



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Tutela internazionale dei diritti umani

PROFILI EVOLUTIVI IN MATERIA DI APPLICAZIONE DEL
PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT*

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Pietro Pustorino

CANDIDATA

Cecilia Campisi

Matr. 141773

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Roberto Virzo

Anno accademico 2018/2019

Salvataggio dei migranti via mare e principio di non respingimento nella prassi recente

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT*: FONTI NORMATIVE E PROBLEMI APPLICATIVI

SEZIONE PRIMA: LE FONTI NORMATIVE UNIVERSALI

1. Considerazioni introduttive
2. Riferimenti alle fonti normative di natura universale: la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato
 - 2.1. La nozione di giurisdizione nella Convenzione di Ginevra del 1951
 - 2.2. Le eccezioni al divieto di *refoulement* nella Convenzione di Ginevra del 1951
3. La Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura

4. Le fonti internazionali sul diritto del mare, con particolare riferimento ai doveri degli Stati in situazioni di *distress*
5. Il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement*
6. La questione della natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement*

SEZIONE SECONDA: LE FONTI NORMATIVE REGIONALI

1. Il principio di *non-refoulement* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo
2. La declinazione del divieto di *refoulement* nel sistema regionale americano
3. La tutela del principio di *non-refoulement* nel sistema africano
4. Il sistema comunitario di protezione dello straniero irregolare
 - 4.1. Il “sistema Dublino” e la questione della sua compatibilità con il rispetto del principio di *non-refoulement*
 - 4.2. Il processo di esternalizzazione dell'UE in tema di controllo delle frontiere: il c.d. *EU-Turkey Statement*

CAPITOLO II

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT* NELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

1. La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della CEDU e alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo
2. Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'interpretazione del principio di *non-refoulement*
3. La protezione *par ricochet* dello straniero: l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo
4. L'applicazione del divieto di espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte europea
5. La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di allontanamento dello straniero irregolare

CAPITOLO III

LA RECENTE PRASSI STATALE IN MATERIA DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT*

1. Considerazioni introduttive
2. Il caso italiano: breve rassegna sulla normativa nazionale in materia di immigrazione e allontanamento dello straniero fino al d.l. 113/2018
 - 2.1. La cooperazione tra Italia e Libia
 - 2.2. La responsabilità internazionale dello Stato italiano per complicità nell'illecito altrui
3. La questione della “chiusura dei porti” nella recentissima prassi italiana
4. Le nuove condotte assunte Governo italiano, con particolare riferimento all'intesa politica raggiunta a Malta il 23 settembre 2019
5. Il caso australiano: la politica migratoria australiana in merito all'isola di Manus e di Nauru.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT*: FONTI NORMATIVE E PROBLEMI APPLICATIVI

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: LE FONTI NORMATIVE UNIVERSALI- 1. Considerazioni introduttive – 2. Riferimenti alle fonti normative di natura universale: la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato – 2.1 La nozione di giurisdizione nella Convenzione di Ginevra del 1951 – 2.2. Le eccezioni al divieto di *refoulement* nella Convenzione di Ginevra del 1951 – 3. La Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura– 4. Le fonti internazionali sul diritto del mare, con particolare riferimento ai doveri degli Stati in situazioni di *distress*– 5. Il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement* – 6. La questione della natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement* – SEZIONE SECONDA: LE FONTI NORMATIVE REGIONALI – 1. Il principio di *non-refoulement* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo – 2. La declinazione del divieto di *refoulement* nel sistema regionale americano – 3. La tutela del principio di *non-refoulement* nel sistema africano – 4. Il sistema comunitario di protezione dello straniero irregolare – 4.1. Il “sistema Dublino” e la questione della sua compatibilità con il rispetto del principio di *non-refoulement* – 4.2. Il processo di esternalizzazione comunitario dei controlli di frontiera: il c.d. *EU-Turkey Statement*

SEZIONE PRIMA

LE FONTI NORMATIVE UNIVERSALI

1. Considerazioni introduttive

L'espressione *non-refoulement* deriva dal francese *refouler*, che significa respingere o rinviare¹. Nello specifico, il termine indica la riconduzione sommaria alla frontiera di individui stranieri entrati illegalmente nel territorio di uno Stato². Tale espressione è stata poi consacrata in un principio giuridico considerato come tra i più rilevanti in materia di diritto internazionale, ossia il

¹ K. SEBESTA, *The principle of non-refoulement, what is its standing in international law*, reperibile online su <http://www.elaw.cz/clanek/the-principle-of-nonrefoulement-what-is-its-standing-in-international-law>.

² G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The refugee in international law*, Oxford, 2011, pp. 201 e ss.

principio di non-refoulement, cristallizzato nell'art. 333 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951. Più precisamente, il paragrafo 1 della disposizione afferma quanto segue:

«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»⁵.

Alla stregua della disposizione in esame è vietato agli Stati di espellere, rinviare o estradare⁶ un individuo verso territori in cui questo corra il pericolo che la sua vita o la sua libertà siano minacciate per motivi essenzialmente discriminatori⁷, risiedendo la *ratio* della disposizione medesima nella «necessità di tutelarne i beneficiari da misure di allontanamento che possano esporre gli stessi a seri rischi per la propria vita»⁸.

Il principio di *non-refoulement*, oltre a costituire una pietra angolare della protezione internazionale dei rifugiati, è considerato un corollario essenziale del diritto di asilo, codificato quest'ultimo nell'art. 14⁹ della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948¹⁰. Tuttavia, non potendosi riscontrare nel diritto internazionale l'esistenza di un "diritto di asilo" o di un "diritto di ingresso" nel territorio di uno Stato¹¹, il divieto di non respingimento si limita a garantire agli individui sottoposti ad un pericolo di persecuzione (latamente inteso, come si vedrà nel prosieguo), il diritto di non venire respinti verso il territorio di partenza, o altro luogo considerato non sicuro, in aggiunta al diritto di vedersi congruamente analizzata dalle autorità competenti la propria situazione

³ Art. 33, Convenzione di Ginevra, 1951: "1. 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. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese".

⁴ O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, 2011, p. 31.

⁵ Art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato.

⁶ La differenza tra i medesimi provvedimenti verrà analizzata nel prosieguo del capitolo.

⁷ K. SEBESTA, *op. cit.*

⁸ G. PUMA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e non-refoulement in mare*, in *Nuove Autonomie*, Rivista Quadrimestrale di diritto pubblico, n. 2, 2013, p. 255.

⁹ Art. 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: "1. Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite".

¹⁰ A. ZIMMERMANN, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol, a commentary*, Oxford, 2011, p. 1334.

¹¹ Sull'inesistenza di un diritto d'asilo nel diritto internazionale, v. M. DI FILIPPO, *L'ammissione di cittadini stranieri*, A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, 2018, pp. 82-85; F. D. VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo, o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 77; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*; HATHAWAY, *The rights of refugees under International Law*, Cambridge, 2005.

giuridica soggettiva¹². Si evidenzia, così, che, «mentre il diritto d'asilo crea un'obbligazione positiva in capo agli Stati, il divieto di *refoulement* pone invece in capo ai medesimi un dovere negativo di astensione dal compimento di determinate azioni»¹³. Prima di addentrarsi nell'analisi del principio in esame, è utile esaminare in via preliminare i profili più rilevanti concernenti i flussi migratori attuali, anche al fine di evidenziare alcune criticità circa il modo in cui questi ultimi sono stati spesso osteggiati dagli Stati, ponendosi talvolta in contrasto proprio con il rispetto del principio qui considerato.

Partendo da tali premesse, giova innanzitutto fare alcune precisazioni relative alla nozione di “migrante”, la quale ricomprende «tutte le diverse categorie di persone che lasciano il loro luogo di origine o di residenza abituale per stabilirsi in un altro luogo in modo temporaneo o permanente»¹⁴. Il processo migratorio si riferisce sia ai movimenti volontari di individui, sia a quelli involontari o forzati¹⁵, rientrando in quest'ultima categoria, oggetto della presente ricerca, «quei movimenti migratori generati da situazioni gravi di crisi nel paese di origine o di residenza abituale, da situazioni di guerra, internazionale o interna, e i casi di esilio o di espulsione forzata»¹⁶. In linea con ciò, viene considerato migrante irregolare¹⁷ colui il quale entri e continui a restare nel territorio di uno Stato in violazione delle norme interne sull'ingresso e sulla residenza dei non cittadini, senza disporre di alcun diritto internazionalmente garantito all'ingresso nello Stato medesimo.

Chiarite tali definizioni di principio, si può constatare come «l'imponente flusso migratorio che riguarda, ormai da diverso tempo, i principali Stati europei, appaia oggi in tutta la sua evidenza

¹² F. ZORZI GIUSTINIANI, *Divieto di non refoulement e tortura. Osservazioni in margine al General Comment n. 4 alla Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, n. 2, 2018: «Il diritto all'asilo, inteso come diritto a ricevere protezione ed essere accolto nello Stato di rifugio, non è riconosciuto formalmente quale diritto umano a livello internazionale. Ancora oggi gli Stati restano liberi, nei limiti degli impegni assunti con i trattati internazionali, di decidere a quali stranieri consentire l'ammissione o la permanenza sul proprio territorio. Ciononostante, alcune limitate forme di asilo sono state previste dal regime convenzionale di tutela dei rifugiati e poi, più ampiamente, dal diritto internazionale dei diritti umani. Ci riferiamo, in particolare, a quella forma minimale di asilo che si sostanzia non già in un compiuto diritto positivo alla protezione bensì meramente nel diritto dello straniero a non essere respinto e nel correlativo divieto di *refoulement* del Paese ospite allorché l'allontanamento possa comportare conseguenze irreparabili»

¹³ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*

¹⁴ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p. 1.

¹⁵ Sulla categoria dei c.d. migranti forzati, v. M. DI FILIPPO, *L'attraversamento di una frontiera e l'ingresso nel territorio di uno Stato*, (a cura di) A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2012, p. 72: «Si tende a parlare di migranti forzati per sottolineare che sono persone che non hanno una reale scelta se partire o meno, ma sono costrette a fuggire all'estero per salvarsi la vita o evitare gravi lesioni ai propri diritti essenziali».

¹⁶ S. TREVISANUT, *op. cit.*

¹⁷ L'immigrazione irregolare è stata definita dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) come «movimenti di individui che avvengono al di fuori delle leggi, dei regolamenti o degli accordi internazionali che disciplinano l'ingresso o l'uscita dallo Stato di origine, transito o destinazione». Ovviamente, tra i migranti irregolari possono esservi anche rifugiati e richiedenti asilo. A tal riguardo, v. <https://www.iom.int/key-migration-terms>

come un dato di fatto incontrovertibile»¹⁸. Sebbene in tutte le epoche storiche si sia assistito a migrazioni più o meno intense, interessanti aree geografiche differenti, e determinate dal bisogno di vedere migliorate le proprie condizioni di vita¹⁹, nel corso dell'ultimo secolo, tuttavia, si è assistito ad «una mondializzazione delle migrazioni, dovuta a diversi fattori che hanno reso di fatto impossibile la permanenza delle diverse popolazioni in paesi teatro di conflitti armati, guerre civili, disastri naturali»²⁰. Sebbene dunque il fenomeno migratorio sia stato sempre presente nella storia dell'umanità²¹, quest'ultimo ha assunto, nell'attuale fase storica, connotati senza dubbio peculiari²². D'altronde, «le spinte verso la “globalizzazione” si manifestano fortissime per quanto riguarda i flussi economici, commerciali e finanziari, portando con sé una crescita dei movimenti oltre frontiera di persone; da qui, accanto alla migrazione legale, vi è anche il manifestarsi del fenomeno sempre più intenso di quella illegale, costituendo quest'ultima un aspetto imponente all'interno delle migrazioni e che pone problemi di indubbia gravità, tali da far sì che sovente nel descrivere la situazione si faccia riferimento alla espressione “emergenze”: emergenze di ordine pubblico, umanitarie e sociali»²³.

Più nello specifico, nel corso degli ultimi anni, con due ondate maggiori in concomitanza dello scoppio della c.d. Primavera araba²⁴ a partire dal 2011 e, successivamente nell'estate del 2015, «ci si è trovati nuovamente a confrontarsi in maniera sempre più pressante con il tema dell'immigrazione»²⁵. A ciò si aggiunga lo scoppio del conflitto libico nel febbraio 2011²⁶, che ha

¹⁸ F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, 2012, introduzione.

¹⁹V.A. DE GATEANO, *Immigrazione e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: breve panoramica della giurisprudenza della Corte EDU*, reperibile online su http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RELAZIONE_DE_GAETANO_1.pdf.

²⁰ C. GIUDICI, C. WIHTOL DE WENDEN, *I nuovi movimenti migratori, il diritto alla mobilità e le politiche di accoglienza*, Milano, 2016, p. 51.

²¹ E. TURCO BULGHERINI, *Prefazione*, L. V. M. SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare*, 2018: «La storia dell'umanità è storia di migrazioni, di individui e di popoli in perenne ricerca di un territorio dove stabilirsi con la speranza di una vita migliore per il futuro. Le vicende storiche del continente europeo, in particolare, sono state caratterizzate, in ogni fase, da enormi ondate migratorie; anche dopo la fine del periodo delle grandi migrazioni – che seguì al crollo dell'Impero Romano – la mappa etnica dell'Europa si è profondamente trasformata a causa delle molteplici conquiste succedutesi nel tempo e dei numerosi fenomeni migratori delle popolazioni».

²² Sul cambiamento delle ragioni che determinano, di fatto, gli individui a spostarsi, sulle diverse nazionalità di questi ultimi e su come vengano poi ricollocati tra i diversi Paesi, v. I. PONZO, *Accoglienza, inclusione e nuove forme di integrazione*, Atlante Geopolitico Treccani, 2019, pp. 60-68

²³ P. Benvenuti, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, 2008.

²⁴ L'espressione Primavera Araba fa riferimento alle rivoluzioni e all'ondata di proteste che hanno attraversato i regimi arabi nel corso del 2011. I paesi maggiormente coinvolti sono stati la Tunisia, la Siria, l'Egitto, l'Iraq, lo Yemen, l'Algeria, il Bahrein e la Giordania. Sul punto, la bibliografia è vastissima. Tra tutti, v. M. CAMPANINI, *Le rivolte arabe e l'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2013; M. HAAS, D. LESCH, *The Arab Spring. Change and Resistance in the Middle East*, Westview Press, Boulder, 2013; Ciro Sbailò, *Diritto comparato e “Primavera araba”*. *Spunti metodologici*, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico comparato ed europeo, 2015, pp. 247-253.

²⁵ S. M. MORELLI, *Approfondimento: La gestione dell'immigrazione vista dai paesi del Nord Africa e del Medio Oriente*, 28 settembre 2018, reperibile online su <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/approfondimento-la-gestione-dellimmigrazione-vista-dai-paesi-del-nord-africa-e-del-medio-oriente-21316>.

da subito generato un massiccio movimento²⁷ di popolazione civile «soprattutto dalle aree interessate dalle maggiori violenze, localizzate nelle regioni costiere e nella regione delle Western Nafusa Mountains»²⁸. Non meno rilevanti sono poi le molteplici crisi politiche e di sicurezza che si consumano nell'area dell'Africa subsahariana²⁹ e nel Nord Africa, nonché altri fattori, oramai da considerarsi strutturali, come povertà, mancanza di prospettive economiche e occupazionali nei paesi di origine, e non ultimi gli effetti dei cambiamenti climatici. A causa del cumularsi di tali circostanze, dunque, un numero considerevole di individui ha raggiunto l'Europa, ma non solo, attraversando il Mediterraneo³⁰, «dando adito ad un dibattito politico pubblico circa la gestione dei flussi migratori e l'effettiva capacità della società e delle istituzioni di far fronte a quella che da più parti viene percepita e classificata come un'emergenza»³¹. A ciò si aggiunge la mancata gestione concreta, effettiva e solidale del fenomeno migratorio, che è indubbiamente da annoverare tra le principali cause della crisi della cultura giuridica europea, la quale sembra trovarsi esposta «ad una serie di aporie e di paradossi, il principale dei quali è quello del crescente iato tra l'ambizione a legare l'attribuzione dei diritti alla qualità di persona (ambizione coltivata per tutta la seconda metà

²⁶ Secondo le stime prodotte dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR) del 2012, il conflitto interno libico ha provocato l'espatrio di 660 mila cittadini libici e 550 mila rifugiati interni al paese. Per un approfondimento in tal senso, v. http://reporting.unhcr.org/node/12003#_ga=2.78858966.396578644.1552388647-152836804.1550515704; <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>.

²⁷ Sul significato da attribuire al termine “massiccio movimento di persone”, v. G. S. GOODWIN-JILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 335: «“Mass influx” is a common catchphrase of asylum discourse, but is not mentioned in the 1951 Convention, the 1967 Protocol, or the 1969 OAU Convention. The term is defined in the EU Temporary Protection Directive as the arrival of “a large number of displaced persons, who come from a specific country or geographical area”. As UNHCR has noted, mass influx cannot be defined in absolute numerical terms because its very existence depends on the resources of the receiving State. Executive Committee Conclusion No. 100 (LV) (2004) par. a noted that mass influx situations may include the followings characteristics: i) considerable numbers of people arriving over an international border; ii) a rapid rate of the arrival; iii) inadequate absorption or response capacity in host States, particularly during the emergency; iv) individual asylum procedures, where they exist, which are unable to deal with the assessment of such large numbers»; sul rapporto tra principio di *non-refoulement* e *mass influx*, v. M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 95.

²⁸ Osservatorio di politica internazionale, *L'impatto delle primavere arabe sui flussi migratori regionali e verso l'Italia*, n. 59 – luglio 2012, a cura del CeSPI (Centro Studi di Politica Internazionale), in http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/a_pprofondimenti/PI0059App.pdf; in ordine ai conflitti esplosi in Siria ed in Libia, v. N. RONZITTI, E. SCISO, *I conflitti in Libia e in Siria, Possibili equilibri e le sfide del diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, «I conflitti in Libia ed in Siria, che da alcuni anni impegnano gli sforzi della Comunità internazionale senza risultati apprezzabili, presentano delle indubbe corrispondenze. Si tratta, infatti, di crisi che insistono sostanzialmente nella medesima area geografica: quella a sud/sud-est del Mediterraneo, tradizionalmente tra le più instabili. Entrambe esplodono nel 2011 ed originano da quelle rivolte popolari contro regimi totalitari – le cosiddette primavere arabe – che tante speranze, rilevatesi poi illusorie, avevano suscitato soprattutto nell'opinione pubblica occidentale».

²⁹ Per Africa subsahariana si intende quella parte di continente situata a sud del Deserto del Sahara, da cui si escludono Repubblica di Sahrawi, Marocco, Tunisia, Algeria, Libia ed Egitto.

³⁰ S. M. TORELLI, *Geopolitica del Mediterraneo*, Atlante Geopolitico Treccani, 2019, p. 52: «Il Mediterraneo è, per definizione, un luogo di collegamento. Punto di unione tra Europa, Africa e Asia. Unione tra terre, ma anche tra culture, sistemi sociali, economici e politici. Da un lato, spazio che unisce – e, unendo, si allarga fino a comprendere idealmente territori non propriamente “mediterranei”, che vanno dalla Russia all'Africa occidentale, dal Golfo di Aden all'Europa settentrionale – dall'altro spazio che tende a dividersi e a divenire ancora più frammentato. Le grandi questioni che lo attraversano, e che qui si manifestano, come l'emergere e l'espandersi della minaccia terroristica e lo sviluppo dei flussi migratori tra le due sponde del *Mare Nostrum*, rischiano di divenire elementi di contrapposizione e chiusura, piuttosto che di collaborazione, dialogo e apertura tra il mondo».

³¹S. M. MORELLI, *op. cit.*

del secolo scorso), e la recente riscoperta della necessità di subordinare la condizione giuridica di un soggetto alla propria dimensione territoriale, e segnatamente alla propria cittadinanza nazionale»³².

2. Riferimenti alle fonti normative di natura universale: la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato

I primi anni del secondo dopoguerra sono stati caratterizzati in Europa dalla fuga di milioni di sfollati e di rifugiati, oltre che per motivi politici, altresì per non sottostare alla sovranità degli Stati vincitori, così come determinata dalle modificazioni territoriali derivanti dai diversi trattati di pace conclusi in quel periodo. Progressivamente, iniziò dunque ad emergere la necessità di fare fronte, attraverso la concessione di forme di protezione, alle esigenze di quegli stranieri, sfollati o fuggitivi, i quali non volevano fare ritorno nel proprio luogo di origine o di residenza³³.

Le conseguenze giuridiche, sociali ed umanitarie provocate dalla guerra «portarono, in seguito, alla convocazione della Conferenza Internazionale, al termine della quale, il 28 luglio 1951, venne aperta alla firma la cosiddetta Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato. Quest'ultima rappresenta il primo documento che affronta, su scala internazionale ed in maniera compiuta, la questione dei rifugiati, a partire dalla determinazione delle condizioni per l'attribuzione del relativo status e dai diritti ed obblighi scaturenti da tale condizione giuridica»³⁴. La Convenzione è stata pertanto ideata per garantire una più stabile condizione a quegli stranieri, apolidi, sfollati o fuggitivi³⁵, «lontani dal proprio paese di provenienza in ragione di sconvolgimenti politici, etnici e territoriali successivi alla Seconda guerra mondiale»³⁶.

³² D. LA ROCCA, *Oltre la cittadinanza, la condizione giuridica degli stranieri nell'ordinamento europeo*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, 2005.

³³ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 203.

³⁴ C. GIUDICI, C. WIHTOL DE WENDEN, *op. cit.*; sempre secondo gli Autori: «In questo senso la Convenzione di Ginevra si pone nel solco tracciato da una serie di accordi internazionali precedenti stipulati perlopiù sotto l'egida della Società delle Nazioni che, a partire dall'inizio del secolo e in occasione di eventi bellici e di particolare gravità, hanno predisposto normative ad hoc per la protezione dei rifugiati che tali conflitti causavano. Si tratta in particolare dell'accordo del 1921 relativo ai rifugiati russi, a quelli del 1924, 1926 1928 in favore dei profughi armeni, assiri, assiro-caldesi, ruteni, montenegrini, ebrei e turchi, nonché di quelli, adottati sempre sotto l'egida della Società delle Nazioni, del 1933 per i rifugiati provenienti dalla Spagna e del 1938 per coloro che fuggivano dalla Germania e dall'Austria sotto le persecuzioni del regime nazista».

³⁵ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*: «Si trattava di individui appartenenti a diversi gruppi etnici: ebrei sopravvissuti all'Olocausto, ex-cittadini dell'Unione Sovietica, lavoratori forzati reclutati dai Nazisti negli Stati occupati; in aggiunta, diversi gruppi di cittadini degli Stati appartenenti all'Europa dell'Est scelsero di emigrare verso gli Stati occidentali per fuggire dal regime comunista. Ancora, dopo il 1945, a causa della guerra civile che scoppiò in Grecia, si aggiunsero altri gruppi di individui. Sebbene alcuni di questi decisero di fare rientro nei propri territori d'origine, molti al contrario necessitavano di assistenza e protezione internazionale».

³⁶ N. MORANDI, P. BONETTI, *Lo status del rifugiato*, scheda pratica aggiornata al 5 febbraio 2013, reperibile online su http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/04/1_013_scheda_rifugiato_asgidocumenti.pdf; a tal proposito, v. anche A. R. ZOLBERG, A. SUHRKE, AND S. AGUAYO, *Escape from Violence, Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Oxford University Press, 1989, pp. 275 e ss.

In realtà, differenti organizzazioni internazionali³⁷ si sono occupate del problema relativo ai rifugiati durante ed immediatamente dopo la Seconda guerra mondiale, segno evidente della necessità di «uno sforzo più ampio e condiviso»³⁸. Inoltre, nella Carta delle Nazioni Unite³⁹ il rispetto dei diritti umani era già stato espresso⁴⁰, e in una delle sue prime sessioni, nel 1946, l'Assemblea Generale considerò «il problema relativo ai rifugiati ed agli sfollati di tutte le categorie di importanza centrale»⁴¹. Iniziò pertanto in diversi contesti a farsi strada l'idea secondo la quale «la questione relativa alla tutela dei rifugiati fosse di portata internazionale e che la responsabilità per la protezione di questi ultimi appartenesse all'intera comunità internazionale»⁴².

In linea con ciò, nel dicembre del 1946 venne istituita l'*International Refugee Organization* (IRO), i cui costi furono sostenuti per la maggior parte dagli Stati Uniti⁴³, e le cui funzioni erano, da un lato, il cercare un rientro volontario dell'individuo nel paese d'origine; dall'altro, di reinsediare in un paese terzo, soluzione quest'ultima utilizzata più frequentemente nella pratica⁴⁴. Sebbene la sua attività fosse limitata principalmente all'assistenza ai rifugiati europei, l'IRO «fu il primo organismo internazionale a occuparsi in modo completo del fenomeno dei rifugiati nel suo complesso»⁴⁵.

Nel 1949, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (*United Nations Economic and Social Council*, ECOSOC), nominò un Comitato ad *hoc*, il quale aveva la seguente funzione:

«Consider the desirability of preparing a revised and consolidated convention relating to the international status of refugees and stateless persons and, if they consider such a course desirable, draft the text of such a convention»⁴⁶.

In seguito, l'Organizzazione delle Nazioni Unite, considerato che l'IRO non aveva in ogni caso risposto efficacemente alla problematica dei rifugiati, decise, nel dicembre 1949, di sostituire l'IRO con una nuova istituzione⁴⁷, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (*United*

³⁷ Il primo ente internazionale ad occuparsi della questione dei rifugiati fu l'High Commission for Refugees, il quale operò tra il 1921 ed il 1930. A questi seguirono il Nansen International Office, 1930-38), l'High Commissioner's Office for refugees from Germany (1933-38), l'High Commissioner's Office for all refugees (1938-46), l'Inter-Governmental Committee on refugees (1938-1947), l'United Nations Relief and Rehabilitation Administration (1943-46), the International Refugee Organization (1946-51), e ultima l'United Nations High Commissioner for refugees (UNHCR), la cui attività iniziò nel 1951.

³⁸ G. MELANDER, *The protection of refugees*, Scandinavian Studies in Law, 1974, p. 165.

³⁹ La Carta delle Nazioni Unite è stata adottata il 26 giugno 1946 ed è entrata in vigore il 24 ottobre 1945.

⁴⁰ Il rispetto dei diritti umani figura, infatti, nel Preambolo e negli artt. 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite.

⁴¹ Ris. Dell'Assemblea Generale n. 8 del 12 febbraio 1946. Per un approfondimento in tal senso, v. <http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>.

⁴² G. MELANDER, *op. cit.*

⁴³ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ UNHCR, *Gli inizi*, reperibile online su <https://www.unhcr.org/pubs/sowr2000/italian/ch01.pdf>

⁴⁶ ECOSOC, ris. 248(IX)B, 8 agosto 1949.

⁴⁷ Ris dell'Assemblea Generale n. 319 (IV) del 3 dicembre 1949.

Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR)⁴⁸, sotto la cui egida venne adottata la Convenzione di Ginevra del 1951⁴⁹ ed il relativo Protocollo addizionale firmato a New York nel 1967⁵⁰. Il pregio di entrambi gli strumenti, secondo il parere di alcuni studiosi, è stato in particolare quello di «avere mutato sensibilmente il clima culturale e politico in riferimento alla tematica in esame»⁵¹. Il “sistema di Ginevra”⁵², caratterizzato da finalità essenzialmente umanitarie richiamate anche nel Preambolo⁵³, occupa un posto centrale nel panorama delle fonti internazionali, almeno per due ordini di considerazioni. In primo luogo, si tratta del primo strumento internazionale nel quale viene delineata la figura giuridica del rifugiato⁵⁴, venendo dunque considerata come “carta dei diritti fondamentali del rifugiato”⁵⁵; in secondo luogo, poiché rappresenta il primo momento di codificazione del principio di *non-refoulement*.

Con riferimento alla definizione convenzionale di rifugiato, quest’ultima non comprende la totalità degli individui che necessitano protezione, non riscontrandosi, sia nella Convenzione sia nel

⁴⁸ S. TREVISANUT, *op. cit.*, pp. 163-164: «L’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (United Nation High Commissioner for Refugees, UNHCR), è un’agenzia delle Nazioni Unite, a cui è riconosciuta personalità giuridica internazionale, ma non è un ente funzionalmente indipendente. È un organo dipendente dalle Nazioni Unite, alle quali vanno direttamente attribuite le attività esercitate dall’UNHCR nell’ambito del proprio mandato. L’UNHCR si contrappone all’IRO per quanto riguarda la missione alla quale era proposto. La funzione dell’IRO consisteva, infatti, nel fornire assistenza alle operazioni di rimpatrio delle migliaia di europei che erano fuggiti dalle azioni belliche e dalle loro conseguenze, in atto nel proprio paese di origine o di residenza. L’IRO provvedeva, ad esempio, all’approvvigionamento agli esuli di cibo, vestiario e mezzi di trasporto durante il viaggio. Nel caso di impossibilità di effettuare ritorno nel proprio paese d’origine, l’organizzazione si occupava della sistemazione temporanea dei rifugiati nel paese ospitante. L’organizzazione si occupava esclusivamente del rimpatrio delle persone fuggite in quanto vittime dei regimi fascisti e nazisti, oppure deportate dai predetti regimi o riconosciute come rifugiati prima dell’inizio della Seconda guerra mondiale. Il suo ruolo era quindi chiamato ad esaurirsi e i rifugiati generati da altri eventi sarebbero rimasti privi di una protezione internazionale generale. La missione dell’UNHCR è materialmente più estesa rispetto a quella dell’IRO, in quanto essa annovera le mansioni di promozione dell’elaborazione e della ratifica di accordi multilaterali e bilaterali per la protezione di rifugiati e di assistenza ai governi e alle organizzazioni private che si occupano del rimpatrio o dell’insediamento dei rifugiati nel paese ospitante. Il carattere non politico della missione dell’UNHCR è affermata al par. 2 del suo Statuto, il quale dispone “the work of the High Commissioner shall be of an entirely non-political character; it shall be humanitarian and social and shall relate, as a rule, to groups and categories of refugees”».

⁴⁹ La Convenzione è stata ratificata dall’Italia con la l. n. 722/1954, ma è stata concretamente attuata soltanto con l’art. 1 della l. n. 39/1990 e con il successivo regolamento d’attuazione (D.P.R. n. 136/1990).

⁵⁰ Riprendendo quanto sostenuto da M. ACIERNO, in *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, reperibile online su <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/115/Acierno.pdf>: «Il Protocollo del 1967 ha avuto il pregio di estendere l’ambito territoriale dei paesi di provenienza dei rifugiati».

⁵¹ E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON, *Refugee protection in international law, UNHCR’s Global Consultation on International Protection*, Cambridge, 2003, reperibile online su <https://www.refworld.org/pdfid/4bed15822.pdf>.

⁵² Sull’analisi relativa alla nascita della Convenzione di Ginevra del 1951, v. anche N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953, p. 3.

⁵³ B. NASCIBENE, *Asilo e status di rifugiato*, Relazione tenuta al Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009: «Il preambolo della Convenzione, oltre a rinviare alla Carta delle Nazioni Unite e alla Dichiarazione universale, sottolinea la necessità di una cooperazione internazionale fra gli Stati membri delle Nazioni Unite».

⁵⁴ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 94: «Un problema interpretativo concerne l’applicabilità della relativa Convenzione ai c.d. richiedenti asilo, cioè a coloro che chiedono protezione affermando di soddisfare i requisiti enunciati dalla definizione di rifugiato e che non hanno visto la propria pretesa ancora accertata dalle autorità dello Stato ospite. L’interpretazione dominante include i richiedenti asilo nell’ambito di applicazione della Convenzione, basandosi sulle finalità umanitarie di quest’ultima e sul carattere dichiarativo e non costitutivo dello *status* di rifugiato da parte delle autorità statali».

⁵⁵ BOLESTA KOZIEBRODZKI, *Le droit d’asile*, Leyden, 1962, p. 140.

Protocollo del 1967, alcun riferimento ai c.d. profughi (*displaced persons*)⁵⁶. Più nello specifico, l'art. 1, lett. A⁵⁷, il quale costituisce «la base su cui la protezione dei rifugiati viene concessa, interrotta o negata»⁵⁸, circoscrivendo così l'ambito di applicazione *ratione personae* della Convenzione, definisce il beneficiario della protezione, nel seguente modo:

*«Chiunque, nel giustificato timore di essere 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 dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Stato; oppure chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di residenza abituale in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi»*⁵⁹.

Gli elementi essenziali per il riconoscimento di tale *status* sono dunque contenuti nella c.d. clausola d'inclusione⁶⁰ della nozione di rifugiato, la quale comprende: «a) il timore fondato; b) la persecuzione; c) l'impossibilità e/o la non volontà di avvalersi della protezione dello Stato di cittadinanza e/o di residenza; d) la presenza dell'individuo al di fuori del Paese di cittadinanza o di residenza abituale»⁶¹. Da ciò, ne deriva che ai sensi della Convenzione, non è rifugiato né candidato

⁵⁶ S. TREVISANUT, *op. cit.*: «Non esiste, in italiano, una traduzione univoca dell'espressione inglese "*displaced persons*", che viene comunemente indicata con il termine "profugo". È di uso corrente anche un'altra espressione che indica la stessa categoria di migranti, ossia gli "sfollati" che sono definiti all'art. 2 c) della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati, nel modo seguente: "i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro paese d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso, anche rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 1° della Convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali ed internazionali che conferiscono una protezione internazionale, ed in particolare: i) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; ii) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni"».

⁵⁷ Art. 1, lett. A della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato: "Ai fini della presente Convenzione, il termine "rifugiato" si applicherà a colui: 1) che sia stato considerato rifugiato ai sensi degli Accordi del 12 maggio 1926 e del 30 giugno 1928, o ai sensi delle Convenzioni del 28 ottobre 1933 e del 10 febbraio 1938 e del Protocollo del 14 settembre 1939, o in applicazione della Costituzione dell'Organizzazione Internazionale per i Rifugiati; Le decisioni di "non-eleggibilità" prese dalla Organizzazione Internazionale per i Rifugiati nel periodo del suo Mandato non escludono che la qualifica di rifugiato possa venire accordata a persone in possesso dei requisiti previsti al paragrafo 2 della presente sezione; 2) che, a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra. Nel caso di persona con più di una nazionalità, l'espressione "del Paese di cui è cittadino" indica ognuno dei Paesi di cui la persona è cittadino. Pertanto, non sarà più considerato privato della protezione del Paese di cui è cittadino colui che, senza valido motivo fondato su timore giustificato, non abbia richiesto la protezione di uno dei Paesi di cui ha la cittadinanza".

⁵⁸ B. NASCIMBENE, *op. cit.*

⁵⁹ Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, articolo 1, lett. a), n.2.

⁶⁰ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*: «Questa clausola limita lo scopo dell'applicazione della Convenzione per motivi personali definendo positivamente i criteri che un individuo deve avere ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato».

⁶¹ S. CELENTANO, *Lo status di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*, *QuestioneGiustizia*, reperibile online su http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/OG_2018-2_06.pdf

a divenire tale, chiunque lasci il proprio paese per motivi diversi dalla persecuzione⁶², ovvero «la cui migrazione sia stata provocata da eventi svoltisi nel proprio paese d'origine o di residenza abituale e la cui gravità ha generato la necessità di cercare protezione in altro paese. Tali avvenimenti possono essere di varia natura: il cambiamento violento del regime al governo o il venire meno di una qualsiasi forma di governo; lo scoppio di un conflitto armato di natura interna o internazionale; la presenza di forze ribelli su di una determinata porzione di territorio. L'elemento comune di tali situazioni risiede nel fatto che lo Stato d'origine o di residenza abituale non garantisce più protezione alla propria popolazione o parte di essa, indipendentemente dal fatto che vi sia un ruolo attivo o una volontà da parte dello Stesso»⁶³. Tali situazioni rientrano tutte nel concetto di *displaced person* sopra menzionato, «che non appare nel sistema di Ginevra del 1951, benché fosse presente nello Statuto dell'IRO. Tale lacuna si deve essenzialmente al fatto che al momento dell'elaborazione del testo convenzionale del 1951, gli Stati parte non vollero obbligarsi nei confronti di tutti coloro i quali, in fuga dalle macerie del proprio Paese, cercavano protezione in altri Stati europei. A parere di diversi studiosi si trattava, invero, di numero elevato di persone, implicante un onere economico e politico considerato eccessivo. Tale lacuna nell'ambito di competenza del sistema del 1951 privò di qualsiasi tutela i flussi di massa causati dalle guerre di decolonizzazione negli anni Sessanta»⁶⁴.

Una sostanziale apertura⁶⁵ verso soggetti non rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra si registrò soltanto nel 1972, con la risoluzione dell'Assemblea Generale 2958 (XXVII). Quest'ultima fece riferimento per la prima volta in modo esplicito ai c.d. profughi, anche se in relazione ad un gruppo specifico, ovvero i profughi sudanesi, non costituendo pertanto un riconoscimento dell'intera categoria dei *displaced persons*⁶⁶. Un segno di riconoscimento da parte dell'Assemblea Generale si ebbe nuovamente con la risoluzione 3455 (XXX) del 1975 in cui nel preambolo venne evidenziato «*the eminently humanitarian character of the activities of the High Commissioner for the benefit of refugees and displaced persons*»⁶⁷. Progressivamente,

⁶² C. Focarelli, *La persona umana nel diritto internazionale*, il Mulino, 2013, p. 83.; Sulle ragioni della persecuzione, v. G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, pp. 70-92.

⁶³ S. TREVISANUT, *op. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ A livello regionale, al contrario, una volta iniziata a farsi strada l'esigenza di far fronte alla gestione dei diversi flussi migratori mediante l'adozione di strumenti in qualche misura simili alla Convenzione di Ginevra, vennero adottati testi convenzionali nei quali si registra una più ampia nozione di rifugiato. Un esempio si può rinvenire nella Convenzione dell'Organizzazione dell'unità africana (OUA) relativa agli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, la quale ha adottato una più estesa definizione di rifugiato, atta ad inglobare anche la categoria dei c.d. profughi. A tal riguardo, l'art. 1, par. 2, della Convenzione OUA dispone che: «Il termine "rifugiato" si applica ugualmente ad ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza, è obbligata ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori del Paese di origine o di cittadinanza».

⁶⁶ S. TREVISANUT, *op. cit.*

⁶⁷ UNGA, ris. 3454 (XXX), 10 dicembre 1975, *Humanitarian assistance to the Indo-Chinese displaced persons*

L'UNHCR si impegnò dunque a garantire una protezione minima a quegli individui non rientranti nella definizione convenzionale di rifugiato, ma allo stesso modo vittime «*of man-made events over which they have no control and they suffer deprivation or uprootedness as the result of sudden upheaval and separation from their homes*»⁶⁸.

Continuando nell'analisi della Convenzione di Ginevra, emerge da subito come quest'ultima non attribuisca alcun diritto d'asilo in capo al rifugiato richiedente⁶⁹, e, si direbbe “di conseguenza”, non obbliga gli Stati parti a prevederlo⁷⁰. Come detto in precedenza, infatti, il diritto internazionale generale non contempla alcun diritto soggettivo di immigrazione in capo ai singoli. In altri termini, questo non impone in alcun modo agli Stati di consentire l'ingresso di individui stranieri sul territorio nazionale, lasciando così la disciplina di questa materia alla competenza della c.d. *domestic jurisdiction*⁷¹ di ciascuno Stato⁷². Tale impostazione⁷¹ la si rintraccia in diversi strumenti di diritto pattizio⁷³, i quali si limitano a prevedere il c.d. diritto di uscita⁷⁴, ossia il diritto

⁶⁸ S. AGA KHAN, *Lectures on legal problems relating to refugees and displaced persons*, Hague Academy of International Law, 1976.

⁶⁹ In relazione alle forme del diritto d'asilo, v. S. PEREZ, *La tutela del migrante nella giurisprudenza delle Alte Corti Europee*, 19 giugno 2015: «Nel diritto internazionale si distinguono due forme di diritto di asilo: l'asilo territoriale, che viene accordato da uno Stato sul proprio territorio per la protezione della vita e della libertà personale e l'asilo diplomatico, consistente nella tutela accordata da uno Stato al di fuori del proprio territorio nelle sedi delle proprie rappresentanze diplomatiche estere, ambasciate o consolati».

⁷⁰ Da più parti della dottrina, è stata sottolineata la differenza tra il diritto d'asilo e il principio di *non-refoulement*. Il diritto d'asilo, infatti, comporterebbe un obbligo positivo in capo allo Stato, al contrario del principio di *non-refoulement* il quale viene configurato come un «atto umanitario, espressione della sovranità degli Stati». Di questa opinione, HATHAWAY, G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAMS.

⁷¹ Sul significato attribuito alla nozione di dominio riservato, v. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, p. 76-77: «Tranne i limiti derivanti dal diritto internazionale consuetudinario o pattizio, lo Stato è libero di assoggettare alla disciplina che più gli conviene i rapporti che si svolgono all'interno del proprio territorio. Si tratta di una sfera di competenza denominata dominio riservato (*domestic jurisdiction* e *domain réservé*, rispettivamente nella terminologia inglese e francese). La Corte internazionale di Giustizia, nell'affare Nigaragua-Stati Uniti, ha affermato che il dominio riservato ha per oggetto tutte le materie in relazione alle quali il principio di sovranità degli Stati lascia ai soggetti di diritto internazionale libertà di scelta. Tra tali materie, la Corte ha elencato la determinazione del sistema politico, economico, sociale e culturale e la formulazione della politica estera, in altri termini gli “affari interni” e quelli “esterni” dello Stato. Classico esempio di materia che rientra nel dominio riservato è costituito dalla forma di Stato e di governo. Il diritto internazionale consuetudinario non può determinare se uno Stato debba essere monarchico o repubblicano oppure avere una forma accentrata o decentrata»; sul significato e sul superamento di tale concezione v., P. PUSTORINO, *Lezione di tutela internazionale dei diritti umani*, Cacucci Editore, Bari, 2019: «Fino all'istituzione delle Nazioni Unite, il sistema di protezione dei diritti umani era debole e fondato pressoché esclusivamente sul diritto interno. In materia di tutela internazionale dei diritti umani, il limite generale era costituito dal principio del dominio riservato degli Stati sul proprio territorio e quindi sulla comunità di persone in esso stanziata, come ribadito dall'art. 2, par.7, della Carta dell'ONU, che esclude l'applicazione del principio soltanto in relazione alle misure coercitive assunte dal Consiglio di Sicurezza sulla base del capitolo VII della Carta. Ne derivava l'esistenza di un potere pressoché assoluto dello Stato circa la disciplina dei rapporti con i propri cittadini e con gli apolidi. Non esistevano limiti imposti dal diritto internazionale al potere dello Stato di regolamentare nel modo che desiderava le attività e i diritti dei propri cittadini, ivi compresa la questione dell'attribuzione della cittadinanza».

⁷² G. M. RUOTOLO, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi recente*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*.

⁷³ Tra le diverse disposizioni che riconoscono un diritto di uscita in capo all'individuo, si menzionano: l'art. 5 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale; l'art. 13, comma 2 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo; l'art. 12, par. 2 del Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966; l'art. par. 2, del Protocollo n. 4 aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1968; l'art. 10, par. 2 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; l'art. 22, par. 2 della Convenzione americana sui diritti umani; l'art. 12, par.

dell'individuo di lasciare qualsiasi paese incluso il proprio, il quale ha ormai acquisito valore consuetudinario⁷⁵. Tale assunto viene sovente definito «come il “paradosso” del diritto internazionale in materia di migrazioni: a fronte del diritto di lasciare il proprio paese garantito dalle convenzioni in materia dei diritti dell'uomo, non esiste un corrispondente obbligo degli altri Stati di accogliere lo straniero»⁷⁶.

Pertanto, il solo obbligo incisivo sancito dalla Convenzione consiste nel divieto di *non-refoulement*, cristallizzato nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra⁷⁷ all'interno del Capitolo V, rubricato “misure amministrative”. Dall'esame del testo del trattato, si evince come intercorra un rapporto imprescindibile tra gli artt. 1 e 33 della Convenzione, essendo la nozione di “rifugiato” propedeutica per la determinazione dell'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement*⁷⁸. Di conseguenza, coloro i quali soddisfino i requisiti di cui all'art. 1 risultano essere automaticamente protetti dal regime giuridico previsto dall'art. 33⁷⁹. A rigore, si specifica che «il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha natura dichiarativa e non costitutiva della relativa condizione: l'obbligo di protezione del richiedente sorge nel momento in cui la sua condizione personale soddisfa i requisiti previsti dall'art. 1 lett. a) della Convenzione, indipendentemente dal riconoscimento formale dello *status* da parte dello Stato di protezione»⁸⁰. Sul punto, una recente pronuncia della Corte di cassazione, nel ribadire il pieno diritto di accesso alla procedura di asilo da parte del soggetto bisognoso della protezione internazionale, ha affermato che le autorità hanno l'obbligo tassativo di astenersi dall'assumere provvedimenti di espulsione o respingimento che possano impedire la definizione del procedimento di asilo⁸¹, statuendo quanto segue:

«Al predetto quadro normativo emerge incontestabilmente che il cittadino extracomunitario giunto in condizioni di clandestinità sul territorio nazionale e come tale suscettibile di espulsione ex art. 13 comma 2 T.U. 286/98 abbia il diritto di presentare istanza di protezione internazionale e che l'Amministrazione abbia il dovere di riceverla (inoltrandola al Questore per le determinazioni

2 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; l'art. 8 della Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie.

⁷⁴ Sull'esistenza del c.d. diritto di uscita, v. M. DI FILIPPO, *La c.d. libertà di circolazione nel diritto internazionale: il diritto di uscita dal paese di origine e il diritto di ingresso o ritorno nel paese di cittadinanza*, A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, 2018, pp. 53-65

⁷⁵ Sull'esistenza di una norma consuetudinaria del diritto di uscita, v. M. DI FILIPPO, *op. cit.*, pp. 63-65

⁷⁶ F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed esternalizzazione della protezione*, M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, p. 194.

⁷⁷ In realtà, il primo divieto internazionalmente vincolante relativo al *refoulement* si rinviene nella Convenzione del 1933, la quale si applicava però unicamente ai rifugiati russi, armeni, turchi, ed assiri. A tal riguardo, v. GOODWIN-GILL E J. MCADAM, *op. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ S. CELENTANO, *op. cit.*

⁸¹ *Ibidem*.

di sua competenza) astenendosi da alcuna forma di respingimento e da alcuna misura di espulsione che impedisca il corso e la definizione della richiesta dell'interessato innanzi alle Commissioni designate ed in ossequio al dettato di legge»⁸².

Da ciò ne deriva che il principio di *non-refoulement* debba essere garantito non solo ai rifugiati riconosciuti, ma anche a coloro il cui *status* non sia stato formalmente dichiarato. Anzi, il rispetto di tale principio risulta essere decisivo proprio per i richiedenti asilo, i quali, «prima di vedersi garantito il diritto ad essere riconosciuti come rifugiati conoscono una situazione “di attesa” in cui deve essere loro permesso di presentare istanze alle autorità dello Stato di accoglienza, secondo le procedure legislativamente previste»⁸³. Si configura, dunque, un «diritto soggettivo perfetto all'ingresso nel territorio dello straniero, e quest'ultimo non dovrebbe essere respinto, estradato o espulso fintantoché non venga emessa una decisione finale concernente il suo *status*»⁸⁴. Questa precisazione acquisterà maggiore pregnanza in un momento successivo, laddove si esamineranno specifici comportamenti tenuti da determinati attori della comunità internazionale finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare e talvolta contrastanti con il pieno rispetto del principio di non respingimento, in quanto atti ad ostacolare l'ingresso degli individui, e quindi l'analisi delle rispettive condizioni giuridico-soggettive.

Con riferimento allo specifico contenuto del divieto di *refoulement*, il principio ha portata generale, applicandosi sia nelle ipotesi di espulsione⁸⁵ e/o respingimento tecnicamente intese, sia in qualsiasi altra forma di allontanamento forzato verso un territorio non protetto, tra le quali – a rigore – devono ricomprendersi le ipotesi di applicazione di misure di estradizione⁸⁶, o di trasferimento

⁸² S. CELENTANO, *op. cit.*: «La natura dichiarativa dello *status* di rifugiato è stata univocamente chiarita dalla sentenza 17 Dicembre 1999 n. 907 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno affermato: “La qualifica di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 costituisce, come quella di avente diritto all'asilo (dalla quale si distingue perché richiede, quale fattore determinante, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito non richiesto dall'art. 10, comma 3, Cost.) una figura giuridica riconducibile alla categoria dello “*status*” e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della posizione di rifugiato (così come quelle sul riconoscimento del diritto all'asilo) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, una volta definitivamente abrogato dall'art. 46 L. 40/98, l'art. 5 dl n. 416/89, convertito con modificazioni dalla L. 39/90 (abrogazione confermata dall'art. 47 del d.lgs 286/98) che attribuiva al giudice amministrativo la competenza per l'impugnazione del provvedimento di diniego dello *status* di rifugiato (cfr. anche Cass. 5055/2002, 8423/2004, 11441/2004, 27319/2008)».

⁸³ P. CHIARELLA, *Il terzo intruso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, Scheda pratica aggiornata al 5 aprile 2017, reperibile online su <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/04/Il-terzo-intruso-problemi-del-fenomeno-migratorio-in-Europa.pdf>.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ In relazione alla differenza di contenuto tra l'art. 32 e l'art. 33, v. A. ZIMMERMANN, *op. cit.*: «Article 32 is wider in scope than art. 33. Art. 32 does not prohibit the expulsion of a refugee, even if no country other than the refugee's country of origin is prepared to admit him or her, as long as the State party has complied with the procedural rules of art. 32. But art. 33 set clear limitations on the possibility of expulsion, provided that the stricter conditions of art. 33, allowing deportation to the country of persecution in exceptional cases, do not apply. And unlike Art. 32, Art. 33 is not tied to a lawful presence of the refugee on the territory of the State party».

⁸⁶ Sul rapporto tra il principio di *non-refoulement* ed il provvedimento di estradizione, v. G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 257.

informale del soggetto⁸⁷; ciò risulta evidente dalla terminologia utilizzata nell'art. 33 della Convenzione, che si riferisce all'espulsione o respingimento precisando: «*in nessun modo*»⁸⁸. In tal contesto, beneficiano degli obblighi di *non-refoulement* coloro i quali, avendo già abbandonato il proprio Paese di origine, non abbiano ancora fatto tecnicamente ingresso nel territorio dello Stato di accoglienza. Questa affermazione si impone in virtù della portata extraterritoriale del principio di *non-refoulement*, la quale mira ad escludere che esso possa trovare applicazione solo qualora i migranti si trovino sul territorio dello Stato o in acque nazionali⁸⁹. Sulla portata extraterritoriale del principio si ritornerà in seguito, essendo una delle questioni più complesse e spinose intorno alla quale non si è raggiunta uniformità di orientamenti e di giudizio, a livello sia universale che regionale.

In definitiva, nel quadro delineato dalla Convenzione del 1951 e dal Protocollo del 1967, il principio in esame costituisce una componente essenziale e non derogabile della protezione internazionale dei rifugiati⁹⁰; l'importanza centrale di tale obbligo la si ricava anche da altre disposizioni inserite nel sistema di Ginevra, quali l'art. 42, comma 1⁹¹, della Convenzione e l'art. VII⁹² del Protocollo del 1967, entrambi i quali indicano l'art. 33 come una delle disposizioni del trattato cui non è consentito apporre riserve⁹³. Il carattere assoluto e non derogabile del principio di *non-refoulement* è stato inoltre affermato anche in numerose Conclusioni⁹⁴ del Comitato Esecutivo

⁸⁷ N. MORANDI E P. BONETTI, *op. cit.*

⁸⁸ UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, 26 gennaio 2007.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ A. MUNYAO, E. WABUKE, *Commentary on the Principle of Non-Refoulement in Refugee Law*, p. 32.

⁹¹ Art. 42 della Convenzione sullo status dei rifugiati: "1. All'atto della firma, della ratificazione o dell'adesione, ciascuno Stato può fare riserve circa gli articoli della presente Convenzione, eccettuati gli articoli 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36 a 44 compreso. 2. Ciascuno Stato Contraente che abbia fatto una riserva conformemente al paragrafo 1 del presente articolo può in ogni tempo ritirarla mediante notificazione scritta al Segretario generale delle Nazioni Unite".

⁹² Art. VII del Protocollo di New York del 1967: "1. Ciascuno Stato partecipante può, al momento dell'adesione, esprimere riserve riguardo all'articolo IV del presente Protocollo e quanto all'applicazione, giusta l'articolo 1 del medesimo, di ogni disposizione della Convenzione, salvo quelle degli articoli 1, 3, 4, 16 (1) e 33, *sempreché*, ove trattisi di uno Stato partecipante, le riserve espresse in virtù del presente articolo non concernano i rifugiati cui è applicabile la Convenzione. 2. Le riserve espresse dagli Stati partecipanti conformemente all'articolo 42 della Convenzione sono applicabili agli obblighi derivanti dal presente Protocollo, a meno che le riserve suddette siano state ritirate nel frattempo. 3. Lo Stato che ha espresso una riserva, giusta il paragrafo 1 del presente articolo, può ritirarla, in ogni momento, inviando una comunicazione al Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. 4. Le dichiarazioni espresse, in virtù dell'articolo 40 paragrafi 1 e 2 della Convenzione, da uno Stato partecipante a questa, che aderisce al presente Protocollo sono applicabili anche a quest'ultimo, a meno che, al momento della adesione, la parte interessata abbia inviato una dichiarazione contraria al Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Le disposizioni dei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 40 e del paragrafo 3 dell'articolo 44 della Convenzione sono applicabili, *mutatis mutandis*, anche al presente protocollo".

⁹³ A. MUNYAO, E. WABUKE, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁴ V. Conclusione n. 6 (XXVIII) "*Non-refoulement*" (1977), par. c; Conclusione n. 17 (XXXI) del 1980, "*Problems of extradition affecting refugees*", par. b; Conclusione n. 25 (XXXIII) del 1982, "*General*", par. b; Conclusione n. 65 (XLII) del 1981, "*General*", par. c; Conclusione n. 68 (XLIII) del 1982, "*General*", par. f; Conclusione n. 79 (XLVIII) del 1996, "*General*", par. j. Le conclusioni del Comitato esecutivo sono reperibili online su <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/doclist?page=excom&id=3bb1cd174>.

dell'UNHCR⁹⁵, il quale ha costantemente⁹⁶ ribadito il carattere fondamentale del principio di *non-refoulement*⁹⁷.

3. La nozione di giurisdizione nella Convenzione di Ginevra del 1951

La questione circa l'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement* è strettamente connesso alla definizione della nozione di giurisdizione, la cui ambiguità costituisce una tematica di carattere interpretativo, che si traduce nella «difficoltà di definire il concetto stesso di giurisdizione, ossia di determinare quali siano gli elementi caratterizzanti il controllo operato da uno Stato affinché esso sia considerato responsabile di una violazione dei diritti garantiti dai trattati sui diritti umani di cui sia parte»⁹⁸.

Su tale problematica, ed in particolare sull'applicazione *extraterritoriale* del principio di *non-refoulement*, non si è tuttora raggiunta piena uniformità di vedute, registrandosi sia a livello giurisprudenziale sia dottrinale ancora posizioni contrastanti. Invero, mentre sull'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione europea si è più volte pronunciata, chiarendone la portata, la Corte EDU⁹⁹, sulla Convenzione di Ginevra risultano ancora esservi orientamenti discordanti. Invero, è proprio l'interpretazione data all'art. 33 ad aver sollevato le maggiori perplessità in dottrina.

Nello specifico, la questione che è stata posta è la seguente: «l'art. 33 della Convenzione di Ginevra si applica anche in acque internazionali o il regime di extraterritorialità vigente in detto spazio marittimo non consente l'applicazione della norma?»¹⁰⁰. A ben vedere, tale quesito è venuto in rilievo, prima ancora che nel contesto CEDU, nel continente americano, quando il Governo statunitense nel 1993 emanò un c.d. *executive order*, finalizzato ad arginare l'ingresso di profughi haitiani¹⁰¹ nel territorio degli Stati Uniti¹⁰². «In un primo momento, precedente all'adozione del

⁹⁵ In ordine alle funzioni del Comitato Esecutivo, v. A. MUNYAO, E. WABUKE, *op.cit.*, pp. 31-21: «The UNHCR Executive Committee is an intergovernmental group currently consisting of 70 Member States of the United Nations (including the United States) and the Holy See that advises the UNHCR in the exercise of its protection mandate. While its Conclusions are not legally binding on States, they are relevant to the interpretation and application of the international refugee protection regime. Conclusions of the Executive Committee constitute expression of opinion which are broadly representative of the views of the international community. The specialized knowledge of the Committee and the fact that its conclusions are reached by consensus add further weight».

⁹⁶ Per un *excursus* sulle Conclusioni adottate dal Comitato ed all'impatto che hanno avuto nella comunità internazionale, v. G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, pp. 216-218.

⁹⁷ Degna di nota è in particolare la Conclusione n. 6 del 1977, adottata in seguito alla Conferenza del 1977 sull'Asilo territoriale.

⁹⁸ In questi termini v. F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, M. MECCARELLI, P. PARCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*.

⁹⁹ La giurisprudenza della Corte EDU in merito all'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement* verrà esaminata nel prosieguo del lavoro.

¹⁰⁰ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*: «Nel 1978, il governo americano avviò il "Programma Haiti", mirante a scoraggiare i richiedenti asilo e migranti di tale Paese dall'entrare negli Stati Uniti. I critici lo videro come un programma per negare agli haitiani una procedura equa ed accelerarne l'espulsione. Di fatto, i tribunali americani posero fine al programma nel 1979. Gli arrivi degli haitiani aumentarono nel 1979 e registrarono un enorme accelerazione nel 1980, lo stesso anno in

suddetto *executive order*, i funzionari americani erano soliti recarsi a bordo delle navi di fortuna – operazione certamente ammissibile ai sensi dell'art. 110 della Convenzione di Montego Bay – che trasportavano i profughi haitiani e ivi accertavano, caso per caso, quali di questi migranti potessero vantare un diritto alla condizione di rifugiato»¹⁰³.

Tuttavia, la complessità di tale procedura ha dato luogo ad un ripensamento da parte del Governo statunitense, il quale, attraverso l'adozione di un altro *executive order*, ha annullato tale metodo di accertamento, prevedendo invece una sorta di respingimento automatico¹⁰⁴. La questione venne portata in giudizio dinanzi alla Corte Suprema americana, la quale elaborò un'interpretazione strettamente territoriale del principio di non respingimento così come enunciato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra¹⁰⁵. A parere della Corte, infatti, soltanto la presenza fisica dell'individuo sul territorio avrebbe potuto giustificare l'applicazione della citata disposizione.

A tale impostazione deve comunque aggiungersi il parere del 1997 della Commissione interamericana per i diritti umani dell'Organizzazione degli Stati americani, con il quale è stata contraddetta la posizione della Corte Suprema, affermandosi al contrario come le garanzie offerte dall'articolo 33 si applichino anche al di fuori dei confini territoriali propri di uno Stato¹⁰⁶.

In realtà, non si può omettere di rilevare come l'interpretazione della Corte Suprema americana¹⁰⁷ sembra porsi in linea con il dato normativo, ed in particolare con quanto previsto dall'art. 40 della Convenzione di Ginevra¹⁰⁸, rubricato “Campo d'applicazione territoriale” della Convenzione, il quale enuncia che la stessa: «sarà applicabile a tutti i territori che esso

cui 125.000 cubani arrivarono negli Stati Uniti durante il c.d. *Marief boatlift*. Subito dopo, molti haitiani e cubani beneficiarono delle pressioni esercitate sul governo americano affinché trattasse su basi di uguaglianza e di equità gli haitiani e i cubani».

¹⁰² Per un'analisi approfondita circa le politiche di contrasto dell'immigrazione poste in essere dal governo statunitense, v. B. FRELICK, *Haitian Boat Interdiction and Return: First Asylum and First Principles of Refugee Protection*, in *Cornell International Law Journal*, 1993, Vol. 26, pp. 675 e ss.

¹⁰³ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 164 e ss. Riprendendo sempre le parole dell'autore: «Si consideri che per tutti gli anni Sessanta e Settanta, regnò una notevole disparità nel trattamento riservato dalle autorità americane ai richiedenti asilo originari di Cuba e di Haiti. I critici affermano che il governo trattava i cubani come rifugiati, poiché fuggivano da un regime comunista, mentre considerava gli haitiani come migranti economici, nonostante le prove evidenti di persecuzioni generalizzate ad Haiti».

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Per un'analisi approfondita relativa alle motivazioni della Corte suprema americana, v. S. TREVISANUT, *op. cit.*, pp. 144-147.

¹⁰⁸ Art. 40 della Convenzione di Ginevra: «1. Ogni Stato può, all'atto della firma, della ratificazione e dell'accessione, dichiarare che la presente Convenzione sarà applicabile a tutti i territori che esso rappresenta in campo internazionale, oppure a uno o più territori siffatti. Tale dichiarazione ha effetto a contare dall'entrata in vigore della Convenzione per detto Stato. 2. In seguito, l'estensione dell'applicazione può avvenire in ogni tempo mediante notificazione al Segretario generale delle Nazioni Unite; essa avrà effetto dopo novanta giorni a contare dalla data in cui il Segretario generale delle Nazioni Unite avrà ricevuto la notificazione oppure alla data d'entrata in vigore della Convenzione per detto Stato se quest'ultima data è posteriore. 3. Per ciò che concerne i territori ai quali la presente Convenzione non sarà applicabile alla data della firma, della ratificazione o dell'accessione, ogni Stato interessato esaminerà la possibilità di prendere il più presto possibile le misure necessarie per l'estensione dell'applicazione a detti territori, con riserva del consenso dei Governi di tali territori qualora ciò fosse richiesto per motivi costituzionali».

rappresenta in campo internazionale, oppure a uno o più territori siffatti»¹⁰⁹. Pertanto, da un'interpretazione letterale della disposizione, si potrebbe desumere che il presupposto ritenuto essenziale per l'applicazione della Convenzione di Ginevra sia la presenza del potenziale rifugiato sul territorio di uno degli Stati contraenti, da ciò derivandosi che essendo l'alto mare c.d. "terra di nessuno", la stessa non potrebbe trovare applicazione in detto spazio marittimo in cui nessuno Stato ha giurisdizione¹¹⁰.

In senso contrario a quanto appena evidenziato depone tuttavia l'applicazione *ratione loci* dell'art. 33 della Convenzione, in base alla quale sembrerebbe chiaro che esso non risulti soggetto ad alcuna restrizione geografica di sorta¹¹¹. Inoltre, una limitazione territoriale dell'ambito di applicazione dell'art. 33 sarebbe discordante anche con la successiva dottrina¹¹² che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, conferma come la Convenzione di Ginevra del 1951 debba essere interpretata in conformità con i trattati sui diritti umani, nessuno dei quali impone restrizioni *ratione loci* all'obbligo di *non-refoulement*. Al riguardo, indicativa è in particolare quella dottrina secondo la quale il principio ora ricordato opera in ogni situazione in cui organi statali esercitano atti di imperio nei confronti di individui, inclusi l'alto mare o il territorio di altri Stati¹¹³; «affermare il contrario significherebbe subordinare a fattori meramente spaziali il rispetto delle norme internazionali sui diritti umani, garantite dal principio qui esaminato, ed a creare zone di "non diritto" totalmente incompatibili con la *ratio* delle norme rilevanti ed il correlato obbligo di attuazione in buona fede. Ciò non implica, tuttavia, che ogni attività di interdizione in alto mare o in acque territoriali altrui implichi di per sé una violazione del principio di *non-refoulement*: occorre aver riguardo a che non siano poste in essere attività di effettivo accompagnamento verso uno Stato ove sussiste il rischio delle violazioni menzionate, fermi restando gli obblighi in tema di salvaguardia della vita in mare. La possibile interdizione navale non dovrà, quindi, comportare il respingimento dell'imbarcazione verso i luoghi nei quali eventuali rifugiati possano essere sottoposti a trattamento persecutorio»¹¹⁴.

¹⁰⁹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, pp. 164 e ss.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² A tal riguardo v. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005; FRANCIS, *Bringing Protection Home: Healing the Schism between International Obligations and National Safeguards created by Extraterritorial Processing*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008.

¹¹³ In tal senso, v. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, pp. 244 e ss.

¹¹⁴ In questi termini, DI FILIPPO, *Il contrasto dell'immigrazione clandestina via mare e la concorrente applicabilità di differenti norme di origine internazionale: una problematica quadratura del cerchio*, in *Le marine e il diritto internazionale: sviluppi e problematiche*, in *Accademia Navale*, 2007.

La suddetta interpretazione è in realtà risalente nel tempo: già a partire dal 1977, infatti, l'EXCOM¹¹⁵ aveva sottolineato come tale principio debba essere osservato sia all'interno del territorio dello Stato sia alle frontiere, nei confronti di quegli individui i quali corrano il rischio di subire persecuzioni una volta rinviiati nel loro Paese di origine¹¹⁶. Tale orientamento è stato poi rafforzato dal parere del 2007 dell'UNHCR riguardante l'“*Extraterritoriale Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*”, con il quale è stato ripetuto come il divieto di *refoulement* sia privo di limitazioni territoriali, trovando applicazione ovunque lo Stato eserciti la propria giurisdizione, ivi compreso l'alto mare. Infine, tale divieto ha trovato ulteriore conferma nel Rapporto “*Rescue at Sea: a Guide to Principles and Practice as Applied to Migrants and Refugees*”, elaborato nel 2006 dall'IMO e dall'UNHCR, e da ultimo sottoposto ad aggiornamento nel 2015, nel quale viene evidenziato l'obbligo incombente in capo al comandante della nave che compie l'intervento di soccorso in mare di tutelare adeguatamente gli individui, verificando la loro presenza a bordo, comunicandola all'UNHCR ed effettuando lo sbarco unicamente laddove sia possibile garantire loro adeguata protezione¹¹⁷.

4. Le eccezioni al divieto di *refoulement* nella Convenzione di Ginevra del 1951

Giunti a tal punto, si pone la questione di verificare se ed in quali circostanze, il principio in esame possa subire deroghe. Il problema è assai dibattuto e di non agevole soluzione, in considerazione del fatto che «sostenere l'inderogabilità del divieto di respingimento equivarrebbe a sostenerne la natura cogente. Costruzione che, già di per sé, non potrebbe fare altro che sollevare delle perplessità, considerata la generale cautela con cui si tende ad affrontare la tematica dello *jus cogens*»¹¹⁸.

A tal proposito, l'art. 33, par. 2¹¹⁹ della Convenzione di Ginevra, disposizione voluta in particolare dal rappresentante britannico alla Conferenza del 1951, dispone che «*la protezione dal refoulement non può essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere*

¹¹⁵ L'*Executive Committee* (EXCOM) è l'ente che supervisiona il lavoro dell'UNHCR. Si riunisce ogni anno a Ginevra per discutere temi relativi all'assistenza ai rifugiati e una serie di altre questioni, non solo con l'UNHCR ma anche con partner intergovernativi e non governativi, al termine dei quali adotta decisioni (*conclusions*) non legalmente vincolanti.

¹¹⁶ EXCOM, *Conclusion n. 6*, 1977

¹¹⁷ A tal riguardo, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, *Questione Giustizia*, 2018; S. TREVISANUT, *op. cit.*

¹¹⁸ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹¹⁹ Art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra: “La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese”.

considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese»¹²⁰.

Posto che tale deroga non va confusa con le clausole di esclusione di cui all'art. 1, lett. F.b) della Convenzione, in tali situazioni «lo Stato ospite non nega in senso stretto la qualifica di rifugiato, quanto piuttosto viene esentato dalla responsabilità di proteggere attraverso il *non-refoulement*, potendo l'individuo ricevere protezione da altro Stato che non lo valuti pericoloso»¹²¹.

In linea con la suddetta disposizione, le eccezioni al principio vengono di fatto rapportate alla natura dell'individuo e ad all'eventualità che questo possa costituire un pericolo effettivo per la sicurezza nazionale, circostanza quest'ultima rimessa al libero apprezzamento proprio di uno Stato¹²².

Circa l'interpretazione da attribuire all'espressione “minaccia per la sicurezza nazionale”, in linea con l'impostazione delineata da Lauterpacht e Bethlehem, ciò che rileva è la circostanza che l'individuo rappresenti un pericolo per lo Stato ospitante, e non invece per la comunità internazionale in generale¹²³. In realtà, a parere della Corte Suprema canadese, un rischio per la sicurezza nazionale potrebbe altresì derivare da eventi distanti ed indiretti, ma che in ogni caso danneggiano ugualmente la sicurezza di un paese, evidenziando al riguardo come il livello di protezione di uno Stato spesso dipenda dal grado di sicurezza proprio di un altro paese¹²⁴. In ogni caso, riprendendo sempre l'impostazione delineata dai due studiosi, il margine di apprezzamento proprio di uno Stato risulta subordinato al soddisfacimento di due requisiti: da un lato, l'esistenza di seri motivi atti a dimostrare che l'individuo rappresenti un concreto pericolo per la sicurezza nazionale; dall'altro, la soglia per stabilire l'operatività di tale eccezione deve particolarmente elevata, considerate le gravi conseguenze individuali derivanti dal *refoulement*¹²⁵.

Tale impostazione si basa principalmente sull'art. 1F, sottolineando i due studiosi come: «*since the threshold of prospective danger in art. 33 (par. 2) is higher than that in art. 1F, it would be hardly be consistent with the scheme of the Convention more generally to read the term “danger” in art. 33 (2) as referring to anything less than very serious danger*»¹²⁶.

In ordine alla determinazione del fattore di rischio, Lauterpacht e Bethlehem sembrano poi adottare l'approccio seguito dalle Corti Australiane, ritenendo che ciò che rilevi sia non tanto la

¹²⁰ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 108.

¹²¹ *Ibidem*

¹²² F. LENZERINI, *op. cit.*

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 234.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

scrupolosa classificazione del crimine, quanto piuttosto il pericolo che l'individuo genera¹²⁷. Conformemente a ciò, in *A. v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Burchett e Lee J. J. stabilirono che «*principal statement of exclusion' in article 33 (2) is that the individual constitutes a danger to the community or to national security, not that he or she has been convicted of a particularly serious crime*»¹²⁸.

Hathaway, invece, sembra abbracciare un'interpretazione evolutiva circa il significato da attribuire alla nozione di sicurezza nazionale, in quanto il *refoulement* sarebbe consentito nel caso in cui «la presenza o le azioni di un rifugiato diano origine ad una reale e concreta possibilità di infliggere, direttamente o indirettamente, danni sostanziali agli interessi fondamentali dello Stato ospitante, incluso il rischio di un attacco armato nel territorio dello Stato o nei confronti suoi cittadini, o la compromissione del funzionamento delle sue istituzioni democratiche»¹²⁹.

Posto che, anche oggi, l'esigenza di garantire la sicurezza dello Stato e dei cittadini continua a rappresentare un valore dirimente, occorre tuttavia valutare se, nel corso dei sessant'anni trascorsi dall'adozione della Convenzione, la percezione della comunità internazionale riguardo alle deroghe a cui può essere sottoposto il principio sia stata interessata da una qualche evoluzione¹³⁰. In primo luogo, prendendo a riferimento i trattati internazionali, si può notare come la Convenzione africana del 1969 che regola determinati aspetti relativi ai problemi dei rifugiati in Africa, contempli il divieto di *refoulement* come esente da qualsiasi possibilità di deroga¹³¹; lo stesso approccio è adottato dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti¹³²; dall'art. 13 della Convenzione americana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985¹³³; dall'art. 19 della Carta dei diritti

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *A. v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 1999, par. 4.; contrariamente alla suddetta impostazione, si rileva che l'Australia ha adottato nel 1958 il già esaminato *Migration Act* ha specificato quali reati debbano essere considerati particolarmente gravi ai fini dell'applicazione dell'art. 33.

¹²⁹ HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 2005, p. 346.

¹³⁰ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Art. 3 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti: "1. Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura. 2. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo".

¹³³ Art. 13 della Convenzione americana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985: "1. Il delitto di cui all'art. 2 sarà considerato reato estraibile in tutti i trattati di estradizione stipulati tra gli Stati Parti. Gli Stati Parti si impegnano ad inserire il crimine di tortura tra i reati suscettibili di estradizione in tutti i trattati di estradizione che stipuleranno tra di loro. 2. Ogni Stato Parte che subordina l'estradizione all'esistenza di un trattato può, se riceve una domanda di estradizione da un altro Stato Parte con cui non ha un trattato di estradizione, considerare la presente Convenzione come base per la concessione dell'estradizione per il crimine di tortura. L'estradizione resta tuttavia soggetta alle altre condizioni stabilite dalla legge dello Stato richiesto. 3. L'estradizione non sarà concessa e la persona ricercata non sarà consegnata quando sussistono ragioni per credere che nello Stato che lo richiede la vita dell'individuo richiesto sarà in pericolo, che egli sarà sottoposto a tortura o a trattamento o punizione crudele, inumano o degradante, o che egli sarà giudicato da una corte speciale o ad hoc".

fondamentali dell'Unione Europea¹³⁴; e, infine, dall'art. 16¹³⁵ della Convenzione per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate del 2006¹³⁶. A ciò si aggiunga la la Dichiarazione di Cartagena del 1984, ove è stata sottolineata «*the importance and meaning of the principle of non-refoulement as a corner-stone of the international protection of refugees*», sostenendo espressamente che «*in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of jus cogens*»¹³⁷.

L'elemento comune di tali convenzioni è dunque dato dalla imperatività del *non-refoulement*, il quale non ammette deroga. Pertanto, «uno Stato vincolato da tali disposizioni pattizie non può più giovare di restrizioni basate sulla sicurezza nazionale o su esigenze riconducibili alla tutela dell'ordine pubblico: chiunque sia lo straniero e qualunque sia la sua condotta pregressa, non è ammesso bilanciare il rischio di esporlo a violazioni gravi dei diritti umani con le esigenze di tutela degli interessi statali»¹³⁸.

A tali riscontri testuali deve aggiungersi la prassi degli organismi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani, nel cui contesto emerge la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁹. Quest'ultima, in particolare, in una sentenza del 1996¹⁴⁰, ha rilevato che il divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo «*enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by State in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion. In these*

¹³⁴ Art.19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: “1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

¹³⁵ Art. 16 della Convenzione ONU per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate: “1. Nessuno Stato Parte espelle, respinge, consegna o estrada una persona verso uno Stato qualora esistano fondate ragioni per credere che, in tale Stato, correrebbe il pericolo di essere vittima di una sparizione forzata. 2. Al fine di determinare se esistono tali ragioni, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di violazioni sistematiche gravi, flagranti o massicce dei diritti dell'uomo o di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario”.

¹³⁶ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹³⁷ *Ibidem.*

¹³⁸ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 109.

¹³⁹ *Ibidem.*

¹⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, par. 79.

circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration»¹⁴¹.

La posizione della Corte di Strasburgo non è affatto isolata; al contrario, essa evidenzia un'impostazione largamente condiviso a livello internazionale, espresso anche dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, segno evidente dell'evoluzione avvenuta negli ultimi decenni in materia di non respingimento¹⁴². Da ciò ne deriva che l'applicazione della clausola derogatoria deve ritenersi preclusa laddove il rifugiato presumibilmente pericoloso corra il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti, una volta ritornato nel paese di origine o di residenza abituale¹⁴³.

A ben vedere, tale ultima affermazione merita di essere precisata alla luce di un'ulteriore considerazione, ossia l'eventuale esistenza di una norma consuetudinaria circa il divieto di *refoulement*. Ove la si ammetta, occorre infatti chiedersi se essa contempri deroghe a favore degli Stati, con una indubbia distinzione tra tortura e trattamenti inumani o degradanti. Nel primo caso, invero, «non pare possibile concepire deroghe, in ragione del divieto assoluto di tortura e della natura del divieto di uccisione arbitraria contemplati nel diritto pattizio e nel diritto consuetudinario. Ove si propenda, invece, per una regola di *non-refoulement* che abbracci anche il rischio di trattamenti inumani e degradanti o il rischio di violazione di altri diritti (tra cui una persecuzione non caratterizzante tortura), occorre considerare alcuni dati della prassi che sembrano deporre a favore di un'eccezione riconducibile al concetto di sicurezza nazionale: l'art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra, le ripetute argomentazioni portate dagli Stati dinnanzi alla Corte di Strasburgo e ad altri organi internazionali per giustificare allontanamenti caratterizzati dalla presenza di un rischio dell'individuo, e il fatto che la Convenzione ONU sulla tortura non preveda una garanzia di *non-refoulement* con riguardo ai trattamenti suddetti»¹⁴⁴. Pertanto, solo nel caso in cui il trattamento temuto non equivalga ad esposizione ad un pericolo di tortura, potrebbero essere ammesse deroghe al principio di *non-refoulement* in caso di “*overriding reasons of national security or public safety*”¹⁴⁵, espressione quest'ultima molto ricorrente nel diritto internazionale, segno evidente di una ricerca costante di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco¹⁴⁶.

¹⁴¹ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹⁴² *Ibidem*

¹⁴³ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 1417-1418.

¹⁴⁴ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹⁴⁶ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 1417-1418: «Art. 33, para. 2 does not contain any explicit reference to the quality of the individual risk of persecution. This being the case, Hathaway concludes that “the Refugee Convention accepts that in extreme and exceptional cases, the usual consideration of humanity must yield to the critical security interests of the receiving state”. Hathaway sees no room for taking into account individual risks once the criteria of the exclusion clause are met, stating that “no purely individual risk of persecution can offset a real threat” to critical security interests as contemplated in the exclusion clause. He comes to the rigorous conclusion that: “Because the objective of art. 33 (2) is

In definitiva, la questione circa l'inderogabilità del divieto può essere risolta utilizzando un sillogismo piuttosto lineare: «posto che il divieto di tortura costituisca un principio di *jus cogens* e che il *non-refoulement* rappresenti una delle fattispecie in cui si scompone il divieto di tortura, la conclusione logica è quella per cui anche il *non-refoulement* assurga al livello di norma cogente ed inderogabile laddove sia funzionale a proteggere l'individuo da trattamenti riconducibili alla tortura. Lo stesso ragionamento può essere applicato alle altre fattispecie in cui la protezione dal respingimento sia indispensabile al fine di proteggere l'individuo da altri trattamenti integranti violazioni di norme di *jus cogens*, quali, ad esempio, la riduzione in schiavitù»¹⁴⁷.

Si può dunque concludere sostenendo che nel caso in cui il respingimento di un individuo sia tale da comportare la sottoposizione dello stesso a trattamenti vietati da norme di diritto cogente, il divieto in esame non potrà essere soggetto ad alcuna eccezione, neppure qualora l'individuo rappresenti, per qualsivoglia motivo, un pericolo per la sicurezza dello Stato ospitante¹⁴⁸.

5. La Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 relativa al divieto di tortura

A livello universale, l'imposizione di un obbligo di *non-refoulement* è altresì presente in quegli «strumenti internazionali che si propongono come fine la prevenzione e la repressione di certe violazioni particolarmente gravi dei diritti umani»¹⁴⁹. Fra questi, un posto centrale occupa la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura conclusa a New York il 10 dicembre 1984¹⁵⁰, volta a rafforzare quanto già delineato nell'art. 5¹⁵¹ della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e nell'art. 7¹⁵² del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (1966)¹⁵³. Il

protection of the most fundamental interests of the host State and its community, a clear risk to such collective interests defeats the refugee's right to invoke the duty of *non-refoulement*».

¹⁴⁷ F. LENZERINI, *op. cit.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2009, p. 53.

¹⁵⁰ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention against Torture. A Commentary*, Oxford, 2008: «La Convenzione ONU contro la tortura venne adottata nel 1984 quale trattato specializzato sui diritti umani, come risposta alle sistematiche e diffuse pratiche di tortura poste in essere in America Latina ed in altre regioni del mondo. Dal momento che il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti figurava già in diversi strumenti internazionali come un assoluto e non derogabile diritto umano e già considerato come appartenente al diritto cogente, i redattori della Convenzione si astenerono dal reiterare questo principio. Piuttosto, la Convenzione si basa sul desiderio esplicito dei suoi redattori di rendere più efficace il contrasto contro la tortura e trattamenti ad essa equiparati, come si evince dal Preambolo. Questo obiettivo doveva essere raggiunto attraverso tre differenti tipi di misure: repressione contro i singoli autori di torture mediante il diritto penale nazionale e il principio della giurisdizione penale universale; riconoscimento del diritto della vittima di tortura di ad un rimedio e adeguata riparazione; obblighi a tutti gli Stati parti di prevenire la tortura e trattamenti crudeli, inumani e degradanti».

¹⁵¹ Art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: «Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti».

¹⁵² Art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici: «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

divieto di tortura era in realtà già stato consacrato nella Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale il 9 dicembre 1975, circostanza quest'ultima che ha di fatto permesso la trasposizione di molte delle precedenti disposizioni nell'attuale Convenzione del 1984¹⁵⁴.

Tale strumento, considerato come il più importante trattato internazionale sui diritti umani contro la tortura¹⁵⁵, consta attualmente di 162 Stati parti¹⁵⁶, composizione piuttosto numerosa se si considera che le Nazioni Unite sono composte al momento da 193 Stati; da ciò si evince come la quasi totalità della comunità internazionale sia pressoché concorde nel condannare, vietare e prevenire qualsiasi forma di tortura e trattamenti ad essa equiparati¹⁵⁷. La cospicua adesione alla Convenzione è anche dovuta al fatto che, ai sensi di quanto previsto all'art. 22¹⁵⁸, è reso di fatto

¹⁵³ C. INGLESE, *United Nations Committee Against Torture: An Assessment*, 2001, p. 4. «Il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti rientra inoltre nel campo di applicazione di altri trattati universali e regionali relativi alla protezione dei diritti dell'uomo, tra cui figurano la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, la Convenzione americana sui diritti umani, la Carta Africana sui diritti dell'uomo ed infine una vasta gamma di altri trattati più specifici».

¹⁵⁴ D. WEISSBRODT, I. HORTREITER, *The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 1 (1999), reperibile online su https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=faculty_articles.

¹⁵⁵ L'articolo 1 della Convenzione contro la tortura è la prima disposizione di un trattato internazionale che fornisce una definizione di tortura. Tale disposizione definisce la tortura nei seguenti termini: «1. Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. 2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia».

¹⁵⁶ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *op. cit.*: «Quando la Convenzione venne aperta alla firma il 5 febbraio 1985, un totale di venti Stati, inclusi dodici Stati membri del Consiglio d'Europa, l'avevano già ratificata; la Convenzione entrò in vigore il 26 giugno 1987, esattamente trenta giorni dopo la data di deposito del ventesimo strumento di ratifica».

¹⁵⁷ Sulla distinzione tra tortura e trattamenti inumani e degradanti, v. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, 2009, pp. 181-182: «Si sottolinea il ruolo decisivo della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha elaborato una chiara definizione di tortura (termine non esplicitato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo). La Corte ha precisato che tortura è qualunque trattamento disumano o degradante che causa intenzionalmente una grave sofferenza fisica o mentale. Essa ha così differenziato la tortura dai trattamenti disumani o degradanti sotto un duplice profilo. Anzitutto, la tortura è sempre intenzionale, mentre un trattamento degradante può risultare da un insieme di circostanze che non sono state create deliberatamente. In secondo luogo, il grado di sofferenza risultante dalla tortura è più intenso che nel caso dei trattamenti inumani o degradanti. Si può ricordare, a tal riguardo, il caso *Tyrrer*. La Gran Bretagna venne accusata di violare nell'isola di Mann la norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che vieta i trattamenti inumani e degradanti per la circostanza che, su quell'isola, le autorità giudiziarie avevano il diritto di far fustigare i minorenni (tra i 14 e i 21 anni) condannati. Secondo gli inglesi questa «pena giudiziaria» era volta a prevenire ulteriori attività criminose. La Commissione europea dei diritti dell'uomo allora esistente, nel 1976, concluse che la «fustigazione» è un'offesa alla dignità dell'uomo che umilia e disonora il reo senza possedere alcun valore sociale di redenzione»; con riferimento alla distinzione tra tortura e trattamenti inumani e degradanti, v. anche altri casi della Corte europea dei diritti dell'uomo, tra i quali: *Irlanda c. Regno Unito* (1976); *Soering c. Regno Unito* (1989); *Tomasi c. Francia* (1992); *Selmouni c. Francia* (1999); *Farbtuhs c. Lettonia* (2004).

¹⁵⁸ Art. 22 della Convenzione ONU contro la tortura: «1. Ogni Stato Parte della presente Convenzione può, in virtù del presente articolo, dichiarare in ogni momento di riconoscere la competenza del Comitato per ricevere ed esaminare le comunicazioni presentate da, o per conto di, privati soggetti alla sua giurisdizione che sostengano di essere vittima di

possibile esperire un'istanza individuale contro le violazioni della Convenzione¹⁵⁹, attribuendo dunque maggiore efficacia ai diritti ivi garantiti¹⁶⁰, sebbene tale possibilità sia subordinata ad una dichiarazione di accettazione da parte degli Stati membri¹⁶¹.

In aggiunta alla Convenzione ONU del 1984, il divieto di tortura, oltre ad essere sancito in diversi trattati internazionali di carattere "generalista", ossia concernenti la protezione di numerosi diritti individuali o collettivi (ad esempio, l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ripreso integralmente nella sua formulazione nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), figura altresì in trattati volti specificamente a vietare tale condotta lesiva, tra i quali rilevano, in particolare, la Convenzione interamericana per la prevenzione e punizione della tortura del 9 dicembre 1985 e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura del 26 novembre 1987¹⁶².

Il divieto di tortura ha progressivamente assunto lo *status* di norma cogente, come riconosciuto da specifici organi di controllo sul rispetto delle convenzioni internazionali sui diritti umani, tra cui figurano il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia¹⁶³, il Comitato dei

una violazione, commessa da uno Stato Parte, delle disposizioni della Convenzione. Il Comitato non riceve alcuna comunicazione concernente uno Stato Parte che non abbia fatto tale dichiarazione. 2. Il Comitato dichiara irricevibile ogni comunicazione presentata in virtù del presente articolo che sia anonima, o che ritenga abusiva rispetto al diritto di presentare tali comunicazioni o incompatibile con le disposizioni della presente Convenzione. 3. Fatte salve le disposizioni del paragrafo 2, il Comitato richiama su ogni comunicazione sottopostagli l'attenzione dello Stato Parte della presente Convenzione che abbia fatto una dichiarazione in virtù del paragrafo 1 e che, a quanto si afferma, ha violato una qualunque delle disposizioni della Convenzione. Durante i sei mesi seguenti, il suddetto Stato sottopone per iscritto al Comitato spiegazioni o dichiarazioni che delucidino la questione e indichino, se è il caso, i provvedimenti presi per rimediare alla situazione. 4. Il Comitato esamina le comunicazioni ricevute in virtù del presente articolo, tenendo conto di tutte le informazioni fornitegli dal, o per conto del, privato e dallo Stato Parte interessato. 5. Il Comitato non esamina alcuna comunicazione di un privato conformemente al presente articolo senza essersi assicurato che: a) la stessa questione non sia stata o non sia in esame dinanzi ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di componimento; b) il privato abbia esaurito tutti i ricorsi interni disponibili; tale norma non si applica se i procedimenti di ricorso superano termini ragionevoli o se è poco probabile che essi diano soddisfazione al privato vittima della violazione della presente Convenzione. 6. Il Comitato, quando esamina le comunicazioni previste nel presente articolo, si riunisce a porte chiuse. 7. Il Comitato comunica le sue constatazioni allo Stato Parte interessato e al privato. 8. Le disposizioni del presente articolo entreranno in vigore quando cinque Stati Parte della presente Convenzione avranno fatto la dichiarazione prevista nel paragrafo 1 del presente articolo. Lo Stato Parte deposita la suddetta dichiarazione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che ne trasmette copia agli Stati Parte. Una dichiarazione può essere ritirata in ogni momento tramite una notifica indirizzata al Segretario generale. Tale ritiro non pregiudica l'esame di qualsiasi questione inerente ad una comunicazione già trasmessa in virtù del presente articolo; nessun'altra comunicazione presentata da, o per conto di, un privato è ricevuta in virtù del presente articolo dopo che il Segretario generale abbia ricevuto la notifica del ritiro a meno che lo Stato Parte interessato non abbia fatto una nuova dichiarazione".

¹⁵⁹ Giova specificare al riguardo che il Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura non ha la facoltà di adottare decisioni legalmente vincolanti.

¹⁶⁰ J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, pp. 111-112.

¹⁶¹ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *op. cit.*: «La dichiarazione di accettazione deve essere depositata presso il Segretario Generale, ed ai sensi dell'art. 22, par. 8, la dichiarazione può essere sottoscritta dallo Stato parte in qualunque tempo attraverso la notificazione al Segretario. Inoltre, in base a quest'ultima disposizione e all'articolo 96, par. 2, del Regolamento del Comitato, il ritiro della dichiarazione non pregiudica l'esame di qualsiasi questione oggetto di una denuncia già trasmessa a norma di tale articolo».

¹⁶² P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 114.

¹⁶³ Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundzija* (Trial Judgement), sentenza del 10 dicembre 1998.

diritti umani¹⁶⁴ ed infine il Comitato contro la tortura¹⁶⁵. Qualche incertezza permane solo «circa il valore cogente del divieto di trattamenti inumani o degradanti, il quale tuttavia costituisce senza dubbio una norma consuetudinaria, come riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza resa nel 2010 nel caso *Diallo*»¹⁶⁶. In particolare, il divieto di trattamenti inumani o degradanti si differenzia dal divieto di tortura per la più ridotta soglia di gravità richiesta per l'accertamento di tali condotte lesive¹⁶⁷. A tal proposito si osserva, peraltro, che «la nozione di tortura di trattamenti inumani o degradanti, come, del resto, le nozioni relative agli altri diritti umani, non sono affatto immutabili nel tempo ma sono condizionate sia dallo sviluppo complessivo del regime giuridico internazionale sui diritti umani, sia dall'evoluzione scientifica realizzatasi in tema di determinazione degli effetti sull'individuo di certe pratiche lesive. Di conseguenza, trattamenti ritenuti oggi inumani o degradanti possono essere qualificati in futuro quali atti di tortura, come espressamente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 28 luglio 1999 nel caso *Selmouni c. Francia*»¹⁶⁸.

Le precisazioni anzidette relative al divieto di tortura, riprese anche successivamente laddove verranno esaminati i diversi strumenti regionali aventi medesima finalità, si pongono come necessarie nella misura in cui emerge, in tutta evidenza, lo stretto legame tra il divieto in esame e il divieto di *refoulement*, consacrato nell'art. 3 della Convenzione medesima. Più precisamente, l'art. 3 della Convenzione stabilisce quanto segue:

«1. *Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura.*

2. *Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo*»¹⁶⁹.

Da ciò ne consegue che fra gli obblighi di prevenzione previsti dalla Convenzione, oltre al divieto di tortura, vi è anche il divieto di non espellere o respingere chi corra il rischio di subire torture una volta giunto nello Stato di destinazione: si tratta, in sostanza, del principio di *non-refoulement*, «applicato in un contesto diverso da quello originario del diritto dei rifugiati»¹⁷⁰, cui

¹⁶⁴ Comitato dei diritti umani, *General Comment n. 24*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994, par. 10.

¹⁶⁵ Comitato contro la tortura, *General Comment n. 2*, CAT/C/GC/2, 24 gennaio 2008, par. 1.

¹⁶⁶ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 206

¹⁶⁷ La differenza tra tortura e trattamenti inumani e degradanti è stata meglio precisata dalla Corte di Strasburgo. Per questo, verrà esaminata più nel dettaglio nel prosieguo del lavoro.

¹⁶⁸ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁹ Art. 3 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984.

¹⁷⁰ A. MARCHESI, *op. cit.*, p. 53.

«si sovrappone»¹⁷¹, ed il cui inserimento risulta essere stato ispirato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, influenzata a sua volta dalla formulazione di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra¹⁷².

Nondimeno, è comunque possibile rilevare una profonda differenza tra la Convenzione relativa allo *status* di rifugiato da un lato, e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura dall'altro. Difatti, mentre nella prima non è prevista né la possibilità di presentazione di ricorsi individuali né la presenza di alcun organo di controllo¹⁷³, al contrario nella Convenzione contro la tortura è stato istituito, con l'art. 17¹⁷⁴, un apposito organo, il Comitato contro la tortura (*Committee Against Torture*, CAT) il quale, oltre alla funzione di vigilare sull'applicazione delle norme della Convenzione da parte degli Stati firmatari, ha anche la competenza a ricevere ricorsi individuali.

La Convenzione in esame ha rivestito, inoltre, un ruolo decisivo ai fini dell'estensione dell'ambito di applicazione *ratione personae* del principio di *non-refoulement*, esigenza quest'ultima particolarmente avvertita a livello internazionale in un periodo storico in cui la

¹⁷¹ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *op. cit.*

¹⁷² S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 2012, p. 78: «E' ravvisabile un coordinamento stretto e reciproco fra gli organi internazionali che vigilano in tema di rispetto dei trattati sui diritti umani, garantendo una sostanziale complementarietà dei relativi sistemi normativi. Pur nell'osservanza delle rispettive norme pattizie di riferimento, essi effettuano spesso richiami alla prassi di altri organi di controllo allo scopo soprattutto di giustificare interpretazioni particolarmente estensive delle norme convenzionali, oppure di mutare gli orientamenti precedentemente adottati alla luce dell'evoluzione complessiva del regime dei diritti umani».

¹⁷³ Art. 38 della Convenzione di Ginevra del 1951: "Per quanto non possano essere regolate in altro modo, le contestazioni tra le Parti della presente Convenzione concernenti la sua interpretazione o la sua applicazione saranno sottoposte, a richiesta di una delle Parti interessate, alla Corte internazionale di Giustizia".

¹⁷⁴ Art. 17 della Convenzione ONU contro la tortura e trattamenti crudeli, inumani e degradanti: "1. È istituito un Comitato contro la tortura (in seguito chiamato il Comitato) con le funzioni qui di seguito definite. Il Comitato è composto da dieci esperti di alta moralità e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti dell'uomo, che partecipano a titolo personale. Gli esperti sono eletti dagli Stati Parte tenendo conto di un'equa ripartizione geografica e dell'interesse che rappresenta per i lavori del Comitato la partecipazione di alcune persone con esperienza giuridica. 2. I membri del Comitato sono eletti a scrutinio segreto su una lista di candidati designati dagli Stati Parte. Ogni Stato Parte può presentare un candidato scelto tra i suoi cittadini. Gli Stati Parte tengono conto dell'interesse di presentare candidati che siano anche membri del Comitato dei diritti dell'uomo istituito in virtù del Patto internazionale sui diritti civili e politici e che siano disposti a partecipare al Comitato contro la tortura. 3. I membri del Comitato sono eletti nel corso di riunioni biennali degli Stati Parte convocate dal Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. In queste riunioni, in cui il quorum è costituito dai due terzi degli Stati Parte, sono eletti membri del Comitato i candidati che ottengono il maggior numero di suffragi e la maggioranza assoluta dei voti dei rappresentanti degli Stati Parte presenti e votanti. 4. La prima elezione avrà luogo al più tardi sei mesi dopo la data di entrata in vigore della presente Convenzione. Il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite invia, almeno quattro mesi prima di ogni elezione, una lettera agli Stati Parte per invitarli a presentare le candidature entro un termine di tre mesi e compila una lista in ordine alfabetico di tutti i candidati così designati, indicando gli Stati Parte che li hanno presentati, e ne dà comunicazione agli Stati Parte. 5. I membri del Comitato sono eletti per quattro anni e sono rieleggibili se nuovamente designati. Tuttavia, il mandato di cinque membri tra quelli eletti alla prima elezione termina dopo due anni; immediatamente dopo la prima elezione, il presidente della riunione menzionata al paragrafo 3 del presente articolo procede all'estrazione a sorte del nome di questi cinque membri. 6. Lo Stato Parte che ha designato un membro del Comitato, qualora questi muoia, si dimetta o non sia più in grado, per una ragione o per l'altra, di svolgere i suoi compiti, nomina tra i suoi cittadini un altro esperto che partecipa al Comitato per la rimanente durata del mandato, fatta salva l'approvazione della maggioranza degli Stati Parte. Tale approvazione si considera acquisita a meno che la metà o più degli Stati Parte non pronunci un'opinione sfavorevole entro un termine di sei settimane dal momento in cui il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite li ha informati della nomina proposta. 7. Gli Stati Parte sostengono le spese dei membri del Comitato per il periodo in cui questi adempiono le loro funzioni al Comitato.

prevalenza dei migranti sono individui i quali fuggono non tanto da un pericolo di persecuzione, quanto piuttosto da una minaccia seria e concreta di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani nel paese di origine o di provenienza. In tal contesto, «un individuo potrebbe certamente non correre il rischio di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o politico, ma comunque essere esposto ad un pericolo di tortura una volta rientrato nel paese d'origine o di provenienza»¹⁷⁵. Tale impostazione teorica venne confermata da uno dei dieci membri del CAT, Ms. *Chanet*, il quale nel 1991 chiarì la finalità dell'inserimento dell'art. 3 nella Convenzione, ovvero, il ricomprendere casi non inclusi nella Convenzione del 1951¹⁷⁶ accordando forme di protezione contro il *refoulement* di individui a rischio di tortura o pene inumane o degradanti nel paese di origine o di residenza abituale.

Il Comitato contro la Tortura, infine, ha avuto un ruolo decisivo altresì nell'affermazione del carattere inderogabile oltre che del divieto di tortura, del principio di *non-refoulement*¹⁷⁷. A conferma di ciò, riprendendo quanto stabilito nel *General Comment*¹⁷⁸ n. 4, adottato il 9 febbraio 2018¹⁷⁹, e «relativo all'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione ONU contro la tortura nel contesto dell'art. 22 della medesima Convenzione, il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti deve essere riconosciuto anche al principio di *non-refoulement* in relazione ad individui che rischiano, nel paese di destinazione finale, di essere sottoposti ai suddetti trattamenti lesivi. Più specificamente, la posizione del Comitato sembrerebbe nel senso di ritenere che il carattere inderogabile e imperativo del divieto di tortura si rifletta sul principio di *non-refoulement*, così da attribuire anche al divieto di non respingimento, sulla base di una interpretazione evolutiva e coordinata dei due principi, il medesimo rango superiore di norma cogente»¹⁸⁰. Oltre al valore da attribuire al principio di *non-refoulement*, il *General Comment* in esame affronta diverse questioni, quali l'applicazione extra-territoriale del divieto o il ruolo da

¹⁷⁵ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Comunicazioni del UN Committee Against Torture nn. CAT/C/SR. 652; CAT/C/NPL/CO/2, 17; CAT/C/FRA/CO/3, 6.

¹⁷⁸ Sulla funzione dei c.d. General Comments, v. *Human Rights Treaty Bodies - General Comments*, reperibile online su <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/pages/tbgeneralcomments.aspx>: «Ogni organo istituito in virtù di un trattato internazionale pubblica la propria interpretazione relativa alle disposizioni delle rispettive Convenzioni sui diritti umani sotto forma di “commenti generali” o “raccomandazioni generali”. Esse coprono una vasta gamma di argomenti, dall'interpretazione completa delle disposizioni sostanziali, come il diritto alla vita o il diritto a un'alimentazione adeguata, all'orientamento generale sulle informazioni che dovrebbero essere presentate nelle relazioni di Stato relative a specifici articoli dei trattati. I commenti generali hanno anche affrontato questioni più ampie e trasversali, come il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani, i diritti delle persone con disabilità, la violenza contro le donne e i diritti delle minoranze».

¹⁷⁹ *General Comment* n. 4, del 9 febbraio 2018.

¹⁸⁰ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 121; sul senso da attribuire al termine di norma cogente, v. SIGIT RIYANTO, *The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System*, in *Jurnal Hukum International/ Indonesian Journal of International Law*, Vol. 7, n. 4, 2010, pp. 744 e ss; sul valore cogente del principio di *non-refoulement*, v. in particolare J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, n. 4, 2001, pp. 533-558.

attribuire alle assicurazioni diplomatiche. Per questo, è stato qualificato «il primo documento internazionale che condensa i principali aspetti del principio di *non-refoulement*»¹⁸¹.

L'affermazione del valore inderogabile del divieto di tortura comporta peraltro il divieto di non espellere neppure gli individui i quali siano considerati un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico¹⁸². È in tal senso che va interpretata la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al caso *Saadi c. Italia*¹⁸³ del 2008, in cui «i giudici di Strasburgo hanno affermato con forza il principio di diritto secondo cui la pur rilevante pericolosità sociale del ricorrente non vale a “giustificare” la sua espulsione verso Paesi nei quali egli corra un rischio apprezzabile di essere sottoposto a tortura o a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione europea, in quanto il divieto di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti è un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento neppure a fronte di interessi di rango elevato quali la tutela dell'ordine pubblico o la sicurezza nazionale»¹⁸⁴. Confermando tale orientamento, il Comitato contro la tortura ha precisato che né i “criminali comuni”¹⁸⁵, né gli individui considerati come “minaccia alla sicurezza nazionale”¹⁸⁶ possono essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 3¹⁸⁷.

Muovendo l'attenzione in ordine ai provvedimenti statali di allontanamento vietati dall'art. 3, si pongono necessarie delle considerazioni in precedenza solo accennate. Alla stregua del contenuto della disposizione in esame, vietato è non solo il *refoulement*, ossia, in linea con quanto rilevato dal Professor Goodwin-Gill, “*il trasferimento sommario di individui entrati illegalmente nel territorio di uno Stato*”¹⁸⁸, ma anche il provvedimento di espulsione, riferendosi quest'ultimo ad individui entrati legalmente nel territorio di uno Stato, ma poi rimossi¹⁸⁹. Invero, il potere di espulsione proprio di ciascuno Stato non include il potere di respingere l'individuo verso territori in cui la sua vita o la sua libertà siano minacciate. A tal proposito, si richiama l'attenzione ad una Conclusione adottata nel 2005 dal Comitato Esecutivo dell'UNHCR, in cui quest'ultimo manifestò una profonda preoccupazione dovuta al fatto che «*refugee protection is seriously jeopardized by expulsion of refugees leading to refoulement*»¹⁹⁰, raccomandando gli Stati ad astenersi dall'adottare

¹⁸¹ F. Z. GIUSTINIANI, *op. cit.*

¹⁸² P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 122.

¹⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ric. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008.

¹⁸⁴ A. COLELLA, *Ennesima condanna dell'Italia a Strasburgo per violazione del divieto di espulsione verso Paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2011.

¹⁸⁵ CAT/C/SR.32, par. 15.

¹⁸⁶ Comunicazioni del UN Committee Against Torture nn. CAT/C/SR.12, par. 21; CAT/C/SR.126, par. 51; CAT/C/SR.372, par. 14; CAT/C/SR.435, par.22; CAT/C/SR.652.

¹⁸⁷ M. NOWAK E E. MCARTHUR, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸⁸ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸⁹ D. WESSBRODT, *The principle of non-refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, 1999, p. 7.

¹⁹⁰ *General Conclusion* n. 102 (2005), par. J.

misure di espulsione contrarie al divieto di non respingimento¹⁹¹. In aggiunta a tali provvedimenti, vi è il divieto di estradizione¹⁹², il cui inserimento si giustifica con la volontà di ricomprendere qualsivoglia misura con la quale venga di fatto disposto l'allontanamento di un individuo verso un luogo non sicuro. Infine, per esigenza di completezza, si rileva come il divieto di *refoulement* trovi applicazione anche in riferimento alle ipotesi di respingimento c.d. indiretto, intendendo con questo il trasferimento dell'individuo verso paesi terzi¹⁹³ in cui sarebbe soggetto ad un serio rischio di essere rinvio nel paese di origine.

6. Le fonti internazionali sul diritto del mare, con particolare riferimento ai doveri degli Stati in situazioni di *distress*

Il diritto del mare risulta governato da un regime giuridico nettamente distinto rispetto a quello vigente sulla terraferma¹⁹⁴. Contrariamente a questa, infatti, soggetta alla piena sovranità di ciascuno Stato, «le porzioni spazialmente delimitate in cui si articola il mare sono solo in rari casi sottoposte al potere di un unico Stato. Molto più spesso, vi sono più Stati che possono esercitare poteri sulle navi e sulle persone che si trovano in una determinata zona marina»¹⁹⁵. Fin dal principio, emerge dunque una tra le principali caratteristiche del diritto del mare, ovvero la costituzione di «zone speciali, adiacenti al mare territoriale, ed entro le quali lo Stato costiero esercita non una piena sovranità, ma diritti relativamente a materie espressamente determinate»¹⁹⁶. Invero, ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare¹⁹⁷, ogni Stato esercita la propria giurisdizione su spazi marini considerati zone costiere dello Stato, i quali comprendono le acque interne¹⁹⁸, il mare territoriale¹⁹⁹ e la piattaforma continentale²⁰⁰. Lo Stato può inoltre

¹⁹¹ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 263.

¹⁹² D. WEISSBRODT, *op. cit.*: «Questa inclusione dà origine a potenziali conflitti tra l'articolo 3 e gli obblighi che gli Stati parti hanno assunto in virtù di trattati di estradizione. Su questo tema due dei principali redattori della Convenzione sulla tortura – H. BURGERS e H. DANELIUS – suggeriscono che quando si stipulano tali trattati di estradizione dopo aver ratificato la Convenzione sulla tortura, è chiaro che i governi devono astenersi dall'assumere obblighi contrari agli obiettivi di la Convenzione. Burgers e Danelius sostengono inoltre che anche i trattati di estradizione precedentemente ratificati possono essere interpretati come completati dall'eccezione di non-refoulement di cui all'articolo 3. Inoltre, una riserva o una dichiarazione sarebbero ammissibili per l'articolo 3 per uno Stato che non si considera vincolato dal divieto di estradizione nella Convenzione sulla tortura, come in precedenza concluso i trattati di estradizione».

¹⁹³ Mutombo c. Switzerland, Comitato Contro la Tortura, *Communication* n. 13/1993, U.N. Doc. A/49/44 at 45 (1994)

¹⁹⁴ I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, fasc. n. 3/2017.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, p. 45.

¹⁹⁷ L'United Nation Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) è stata adottata il 10 dicembre 1982 ed è entrata in vigore il 16 novembre del 1994. Ad oggi, la Convenzione consta di 167 Stati parti, tra cui l'Unione Europea.

¹⁹⁸ Ai sensi dell'art. 8 UNCLOS, sono ricomprese nelle acque interne quelle situate verso terra rispetto alla linea di base del mare territoriale.

¹⁹⁹ Art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, UNCLOS)

²⁰⁰ Art. 77 UNCLOS

predisporre una zona contigua²⁰¹ ed una zona economica esclusiva²⁰². Oltre a queste, vi sono poi l'alto mare²⁰³ e, sotto di esso, l'Area internazionale dei fondi marini²⁰⁴. Tuttavia, ciò che rileva in tale sede sono, in via generale, le acque interne, il mare territoriale, la zona contigua²⁰⁵, l'alto mare e, in misura minore, la zona economica esclusiva²⁰⁶.

Date le definizioni generali, è ora possibile analizzare gli obblighi di soccorso ed assistenza incombenti sugli Stati, sanciti da molteplici strumenti internazionali, tra i quali figurano, in ordine cronologico, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974 (SOLAS)²⁰⁷, la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo del 1979 (SAR)²⁰⁸, ed infine la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (UNCLOS). In ragione della pluralità di tali regimi giuridici, il diritto del mare, nella parte in cui disciplina l'attività di ricerca e salvataggio, è stato definito come "un'ampia tela di trattati sovrapposti"²⁰⁹.

In particolare, a livello internazionale, il tradizionale principio della solidarietà in mare ha trovato espressa codificazione nell'art. 98²¹⁰ della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare, che impegna tutti gli Stati, attraverso i comandanti delle navi, sia pubbliche sia private, a proteggere la vita umana in mare, prestando assistenza alle persone in

²⁰¹ Art. 33 UNCLOS.

²⁰² Art. 56 UNCLOS.

²⁰³ L'alto mare trova la propria disciplina nell'art. 86 dell'UNCLOS, che ricomprende nella definizione *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*".

²⁰⁴ Art. 1, par. 1 (1), UNCLOS.

²⁰⁵ T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 45: «Relativamente alla zona contigua, la Convenzione di Montego Bay ha raddoppiato l'ampiezza, portandola da dodici a 24 miglia dalla linea di base. Entro tale zona lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario per prevenire e reprimere le infrazioni alle sue leggi doganali, fiscali, sanitarie e d'immigrazione commesse nel suo territorio o nel suo mare territoriale».

²⁰⁶ T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 45: «La zona economica esclusiva, invece, ha una estensione pari a 200 miglia a partire dalla linea di base, entro la quale allo Stato costiero spettano i seguenti diritti: "a) diritti sovrani ai fini dell'esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali, biologiche o non biologiche, delle acque, dei fondi marini e del loro sottosuolo, e riguardo alle altre attività dirette a fini economici, come la produzione di energia a partire dall'acqua, dalle correnti e dai venti; b) giurisdizione in materia di stabilimento e uso di isole artificiali, installazioni e strutture, in materia di ricerca scientifica marina e in materia di protezione e preservazione dell'ambiente marino; c) altri obblighi previsti dalla Convenzione stessa».

²⁰⁷ Convenzione internazionale del 1974 per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS), conclusa a Londra il 1° novembre 1974.

²⁰⁸ Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, conclusa ad Amburgo il 27 aprile 1979.

²⁰⁹ D. GHEZELBASH, V. MORENO-LAX, N. KLEIN, B. OPESKIN, *Securitization of search and rescue at sea: the response to boat migration in the Mediterranean and offshore Australia*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 67(2), 2018, pp. 315-351.

²¹⁰ Art. 98 della Convenzione ONU sul diritto del mare: «1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual'è il porto più vicino presso cui farà scalo. 2. Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali».

pericolo²¹¹. In linea con ciò, giova sottolineare «la necessità prioritaria di salvaguardare l'integrità fisica sia di chi si imbarchi clandestinamente sia di chi si affidi a trafficanti e affronti traversate in mare, quantunque finalizzate all'immigrazione clandestina»²¹².

La citata disposizione è stata inserita nella parte VII della Convenzione di Montego Bay recante principi generali applicabili all'alto mare²¹³, motivo per cui parte della dottrina ha sollevato la questione circa l'ambito d'applicazione spaziale della disposizione nelle varie zone marine. Invero, mentre la sussistenza dell'obbligo di portare soccorso viene inequivocabilmente stabilita nella zona contigua e nella zona economica esclusiva, non è però altrettanto chiara l'esistenza dello stesso obbligo nel mare territoriale²¹⁴. Secondo la regola generale di interpretazione dei trattati, sancita dall'art. 31²¹⁵, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, «una norma deve essere interpretata in buona fede secondo il significato letterario dei termini nel loro contesto, alla luce dell'oggetto e dello scopo dello strumento in cui si inserisce»²¹⁶. Applicando tale regola interpretativa, ne consegue dunque come la lettera dell'art. 98 della Convenzione non indichi se la disposizione si riferisca ad una zona marittima in particolare. Inoltre, «in base al par. 1 (a) della stessa disposizione, si deduce come l'assistenza venga garantita a “any person found at sea” e non a “any person found in the high sea”. In aggiunta, analizzando la parte VII della Convenzione, emerge come benché questa sia dedicata all'alto mare, sancisce comunque diversi obblighi di portata generale, quali la necessità che la nave possieda una bandiera e i vari obblighi dello Stato della bandiera in materia di sicurezza della navigazione. In base al principio interpretativo dell'effettività, corollario al principio generale sopra esposto, e secondo un'interpretazione dell'art.

²¹¹ M. M. C. PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2011, p. 606.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Sulle altre disposizioni rilevanti in materia, v. M. M. C. PINTO, *op. cit.*, p. 606: «L'art. 94, par. 4, della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, prevede fra gli obblighi ricadenti sugli Stati di bandiera, quello di operare affinché comandanti, ufficiali ed equipaggi rispettino le norme internazionali vigenti in tema di salvaguardia della vita umana in mare. Ancora senza alcuna discriminazione, l'art. 98, par 1, lett. a) e b), della medesima Convenzione di Montego Bay prevede, conformemente ai tradizionali principi di solidarietà in mare, l'obbligo di ciascuno Stato membro di imporre ai comandanti delle navi nazionali di dare assistenza a tutte le persone incontrate in mare in pericolo di perdersi e, comunque, ove informati della necessità di provvedere al soccorso di persone in pericolo, di dirigersi con tutta la velocità ragionevolmente possibile, al fine di provvedere in tal senso. Il par. 2 del medesimo art. 98 della Convenzione di Montego Bay prevede infine, che ciascuno Stato costiero organizzi un sistema adeguato ed efficace di soccorso in mare».

²¹⁴ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

²¹⁵ Art. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi: ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato; ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato. 3. Si terrà conto, oltre che del contesto, di ogni accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni; di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo; di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti. 4. Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti».

²¹⁶ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

98 alla luce dell'oggetto, inserito nel suo contesto, l'obbligo non può venire meno a causa dell'attraversamento di una frontiera marittima. Leggendo il preambolo della Convenzione, in quanto contesto della disposizione in esame, le espressioni “*needs of mankind as a whole*”, “*justice and equal rights*” fanno propendere per un'interpretazione non geograficamente limitata dell'obbligo, in quanto sarebbe discriminatorio ritenere un natante o delle persone in pericolo degne di ricevere soccorso solo se le loro difficoltà avvengono in alto mare»²¹⁷.

Una volta chiarito l'ambito di applicazione dell'art. 98, si sottolinea come prima dell'adozione della Convenzione medesima nel 1982, numerosi dubbi permanevano relativamente all'adempimento dell'obbligo di prestare soccorso²¹⁸, con particolare riguardo alle sue implicazioni pratiche²¹⁹. Con riferimento al contenuto sostanziale della disposizione in esame, si può concordare certamente sulla sussistenza del dovere, per lo Stato di bandiera, di impegnare i comandanti delle proprie navi nel soccorre i naufraghi trovati in mare, senza tuttavia mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri, indipendentemente, come preliminarmente osservato, della zona di mare di intervento²²⁰.

Se si considera poi la natura giuridica della norma, «strettamente legata al principio generale di salvaguardia della vita in mare, unico vero limite all'esercizio della libertà della navigazione, l'obbligo di portare soccorso non è considerato esso stesso un principio generale, bensì una norma consuetudinaria»²²¹. La natura consuetudinaria della norma, in un primo momento sostenuta dalla sola dottrina²²², ha poi trovato conferma nei vari dibattiti succedutisi alla fine degli anni Settanta in seno all'UNHCR, riguardanti la natura giuridica dell'obbligo in esame²²³. Invero, «durante i primi flussi massicci di *boat people* in provenienza dall'Indocina, negli anni Settanta, l'obbligo di portare soccorso (*duty to rescue*) era considerato da alcuni Stati quale un obbligo strettamente convenzionale e quindi vincolante solo gli Stati parte agli strumenti in materia. Si faceva riferimento, in particolare, alla Convenzione di Bruxelles per l'unificazione di alcune regole in materia di urto di navi e alla Convenzione sulla salvaguardia della vita in mare del 1974 (SOLAS), entrambe applicabili al mare territoriale. Tuttavia, in seguito ad episodi di mancato soccorso in mare

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Degno di nota e quanto più attuale è il quesito posto da un accademico durante la conferenza del *Law of the Sea Institute* del 1978, riportato in J. K. JR. GAMBLE (a cura di), *Law of the Sea: Neglected Issues*, Honolulu, 1979, p. 261: «I would like to ask whether UNCLOS considers it a duty for coastal state to provide for ports of refuge? Do they have a duty to provide charts and to provide navigationally safe routes? Can a master be subject to “hot” pursuit if he picks up some refugees in distress while navigating an international strait? ».

²¹⁹ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

²²⁰ L. V. M. SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare. Profili di diritto interno, europeo ed internazionale*, 2019, p. 195.

²²¹ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

²²² V. in particolare M. PALLIS, *Obligations of States Regarding Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, pp. 329-364.

²²³ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

e all'emergenza della questione di definire chi avesse il compito di compiere salvataggi e quali conseguenze ciò comportasse, venne elaborata la Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio (da qui Convenzione SAR – *Search and Rescue*) adottata il 27 aprile del 1979»²²⁴, anche ai sensi del par. 2 del dello stesso art. 98, il quale prevede che ciascuno Stato costiero organizzi un sistema adeguato ed efficace di soccorso in mare²²⁵.

Da ciò si evince, dunque, come «lo Stato sia obbligato non solo a soccorrere nei singoli casi di pericolo, ma anche ad adottare misure strutturali per far fronte al problema, come lo stabilimento, appunto, di un adeguato servizio di ricerca e soccorso in mare»²²⁶. L'organizzazione del soccorso in mare a livello internazionale è stata peraltro oggetto di una specifica disciplina con la Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979²²⁷ (c.d. Convenzione "SAR"), che «vincola gli Stati contraenti ad adottare le disposizioni necessarie al fine di fornire alle persone in pericolo in mare al largo delle loro coste i servizi di salvataggio e di assistenza richiesti, senza alcuna discriminazione circa i presupposti sulla base dei quali la persona da soccorrere si è venuta a trovare in pericolo»²²⁸. Nello specifico, lo scopo ultimo di tale strumento normativo è stato quello di «creare un sistema internazionale capace di compiere operazioni di salvataggio effettive e quanto più possibile sicure»²²⁹. La Convenzione²³⁰, oltre ad aver chiarito l'irrelevanza della distinzione di nazionalità o *status* delle persone in pericolo, ha mirato ad elaborare precise unità di soccorso da coordinare nell'ambito regionale ove l'emergenza si verificasse²³¹. Invero, le parti devono stabilire delle regioni di ricerca e soccorso, intese come aree di dimensione definita associate a un centro di coordinamento del soccorso, dove sono forniti i servizi di ricerca e soccorso. Per tale motivo, è stato imposto agli Stati costieri l'obbligo di predisporre e mantenere attivo un servizio di ricerca e soccorso, nonché di collaborare con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali, i c.d. accordi SAR²³², attraverso cui vengono disposte le operazioni di ricerca e salvataggio delle navi o individui in pericolo nell'area indicata nello stesso strumento, la c.d. zona SAR²³³. Gli accordi conclusi a tal

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ M. M. C. PINTO, *op. cit.*, p. 607.

²²⁶ T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 67.

²²⁷ L'Italia ha aderito e dato esecuzione alla Convenzione con la l. 3 aprile 1989 n. 147, attuata dal regolamento adottato con il d.P.R. 28 settembre 1994 n. 662. Sull'attuazione della Convenzione SAR nell'ordinamento italiano.

²²⁸ M. M. C. PINTO, *op. cit.*, p. 607.

²²⁹ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 55.

²³⁰ Per un approfondimento relativo al contenuto di tale Convenzione, L. LEANZA, CAFFIO, *L'applicazione della Convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2015, p. 319

²³¹ D. FISICHELLA, *Salvataggio in mare e flussi migratori intensi e sistematici: quali margini di sovranità statale nelle operazioni Search and Rescue*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, Vol. 20, 2015, p. 233.

²³² L. V. M. SALAMONE, *op. cit.* p. 195

²³³ S. TREVISANUT, *op. cit.* p. 55.

fine e le eventuali modifiche devono essere comunicate al Segretario Generale dell'*International Maritime Organisation* (IMO), depositario della Convenzione²³⁴.

Pertanto, in virtù del regime giuridico creato dalla Convenzione SAR, «le autorità di uno Stato costiero, una volta avuta la notizia di individui in pericolo di vita nella zona di mare SAR di propria competenza, sono tenute ad intervenire immediatamente, senza tener conto della nazionalità o della condizione giuridica di dette persone»²³⁵.

A ben vedere, inoltre, è ben probabile che l'individuo il quale si trovi in alto mare, al di là del limite del mare territoriale del suo Stato (di solito, dodici miglia marine dalla costa), sia in possesso delle condizioni richieste per la qualifica di rifugiato²³⁶. Pertanto, ancora di più l'individuo ha il diritto di non essere respinto, di presentare una domanda d'asilo e di vederla esaminata in modo equo ed efficiente²³⁷. A tal proposito, come messo in luce dall'UNHCR vi è la preoccupazione che le misure di controllo dell'immigrazione poste in essere da diversi Stati, le c.d. misure d'intercettazione, non distinguano fra rifugiati e migranti clandestini, respingendo individui che necessitino invece di una specifica protezione internazionale²³⁸. Riprendendo le parole dell'UNHCR:

*«States have a legitimate interest in controlling irregular migration. Unfortunately, existing control tools, such as visa requirements and the imposition of carrier sanctions, as well as interception measures, often do not differentiate between genuine asylum-seekers and economic migrants»*²³⁹.

Per ciò che rileva in tale sede, il divieto di *refoulement* previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, vincola gli Stati parti anche quando i loro agenti operano in alto mare²⁴⁰. Come rilevato dall'UNHCR:

²³⁴ In seno all'IMO, venne anche predisposta la Convenzione di Londra in tema di soccorso entrata in vigore il 14 luglio 1996.

²³⁵ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.* p. 195; riprendendo sempre le parole dell'Autore: «In Italia, la competenza SAR in materia di ricerca e soccorso in mare è affidata al Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia costiera (MARICOGECAP), nella veste di “Centro nazionale di coordinamento di soccorso marittimo” (IMRCC), il quale, con il concorso dei centri secondari di soccorso marittimo (MRCC), assicura la gestione e l'attuazione dell'attività di ricerca e soccorso nell'ambito delle zone SAR di giurisdizione italiana e che, al fine di individuare il *place of safety*, si coordina con il Ministero dell'Interno il quale ha competenza a disporre il dispositivo di accoglienza dei migranti che sbarcano in Italia e funge da “punto di raccordo” per l'attribuzione del *place of safety* interterritorio italiano, necessario anche per la successiva comunicazione all'autorità giudiziaria: quindi l'ingresso nei porti italiani avviene previa autorizzazione da parte delle autorità italiane che sono in seguito presenti nel luogo di sbarco per procedere alla prima accoglienza dei migranti, alla loro identificazione e alla registrazione delle probabili domande di protezione internazionale».

²³⁶ T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 72.

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ UNHCR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc EC/50/SC/CPR.17, 9 giugno 2000, par. 17.

²⁴⁰ T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 72

«The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all government agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept persons at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligations under international refugee law and human rights law»²⁴¹.

Posto che «l'identificazione dei richiedenti asilo e la valutazione delle loro domande sono attività che normalmente non possono essere svolte a bordo di navi, lo Stato che abbia intercettato potenziali rifugiati ha l'obbligo di sbarcarli in un luogo dove essi possano esercitare il diritto di presentare una domanda d'asilo e di vederla esaminata in modo equo ed efficiente»²⁴². Questo luogo è di solito situato sul territorio dello stesso Stato d'intercettazione:

«UNHCR's position is that claims for international protection made by intercepted persons are in principle to be processed in procedures within the territory of the intercepting State. This will usually be the most practical means to provide access to reception facilities and to fair and efficient asylum procedures – core component of any protection-sensitive entry system – and to ensure protection of the rights of the individual»²⁴³.

In definitiva, ciò comporta che finito il salvataggio in mare delle persone soccorse, i doveri degli Stati non possono dirsi conclusi; è dal momento dell'arrivo in un luogo sicuro che cessano gli obblighi internazionali, e quindi nazionali, relativamente alle operazioni di salvataggio, che pertanto non si esauriscono con le prime cure mediche o con la soddisfazione degli altri più immediati bisogni²⁴⁴.

Con riferimento alla nozione di luogo sicuro, quest'ultima è stata non di rado oggetto di interpretazioni differenti da parte degli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, «ma la cui definizione assume invece particolare rilievo stante l'obbligo di rispettare i diritti umani anche nell'individuazione del luogo ove le operazioni di soccorso in mare possono essere considerate terminate»²⁴⁵. Riprendendo le risalenti precisazioni²⁴⁶ del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, per la designazione di un *place of safety*²⁴⁷, «necessario è non solo il rispetto dei bisogni essenziali

²⁴¹ UNHCR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc EC/50/SC/CPR.17, del 9 giugno 2000, par. 23.

²⁴² T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 72.

²⁴³ UNHCR, *Maritime Interception Operation and the Processing of International Protection Claims: Legal Standards and Policy Consideration with Respect to Extraterritorial Processing*, novembre 2010, par. 2.

²⁴⁴ F. V. PALEOLOGO, *La frontiera Mediterraneo: migrazioni irregolari e diritti fondamentali dei migranti*, reperibile online su http://old.asgi.it/public/parser_download/save/la.frontiera.mediterraneo.pdf.

²⁴⁵ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*

²⁴⁶ Conclusione n. 23/1981

²⁴⁷ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*: «In passato è stata considerata la possibilità di individuare un porto sicuro anche in Tunisia, o addirittura in Libia. Da ultimo, in tal senso, si è anche espresso il Ministero dell'Interno con un atto del 18 marzo 2019, recante "Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e

dell'individuo, ma anche il rispetto dei diritti umani e dei rifugiati, con riferimento, in particolare, al divieto di *non-refoulement*»²⁴⁸. Con specifico riguardo al luogo sicuro di sbarco²⁴⁹, si evidenzia come nessuna delle già menzionate Convenzioni abbia finora fornito indicazioni specifiche al riguardo, ovvero elementi tali da poter considerare un luogo come sicuro²⁵⁰. «Nell'ottica della

per il contrasto all'immigrazione irregolare ex art. 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione», la quale prevede che «Né le coste italiane risultino essere gli unici, possibili luoghi di approdo in caso di eventi di soccorso, considerato che sia i porti libici, tunisini e maltesi possono offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria, essendo peraltro più vicini in tema di miglia marine, laddove la sicurezza della navigazione imporrebbe la ricerca di un luogo di sbarco prossimo alle coordinate marine d'intervento». Per quanto riguarda il Paese libico, tuttavia, anche alla luce degli insegnamenti scaturiti dal caso «*Hirsi Jamaa e altri c. Italia*», deciso il 23 febbraio 2012 dalla Corte di Strasburgo, lo stesso non sembrerebbe poter essere considerato un approdo sicuro secondo gli standard del diritto internazionale e del resto negli stessi termini – ossia quale Paese non sicuro in cui ricondurre i migranti – è stata definita anche dall'Alto Commissario ONU per i rifugiati con la «*UNHCR position on returns to Libya – Update II*» del settembre 2018. Nondimeno, a rigore, tale conclusione sembrerebbe oggi contraddetta dalle conclusioni del Consiglio Europeo del 28 giugno 2018 nelle quali, al paragrafo 3, si legge che «tutte le navi operanti nel Mediterraneo devono rispettare le leggi applicabili e non interferire con le operazioni della guardia costiera libica», di fatto legittimando che le operazioni della Guardia Costiera Libica non incontrano limiti in termini di individuazione del *Place of Safety* e possano anche avere termine nello stesso territorio libico, che quindi sembrerebbe essere stato implicitamente riconosciuto dall'UE un approdo sicuro secondo gli standard del diritto internazionale. Per quanto riguarda la Tunisia invece – la quale pur avendo ratificato la Convenzione SAR, non ha finora dichiarato una propria area di responsabilità SAR marittima a causa di un contenzioso con Malta, la cui area SAR marittima si sovrappone in parte alle acque territoriali tunisine – è difficile stabilire se detto Paese sia da ritenere «sicuro», dal momento che, nonostante non si tratti di un Paese instabile come la Libia, gli standard del diritto d'asilo e di protezione dei rifugiati sono ancora oggi di molto inferiori rispetto a quelli garantiti dall'Unione Europea.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Sulla possibilità di individuare quale luogo sicuro l'imbarcazione cui si trovano temporaneamente i migranti soccorsi, v. S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. Decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *QuestioneGiustizia*. In tale occasione, si fa riferimento al caso che si è verificato nel mare antistante l'isola di Lampedusa nel giugno 2019 relativa alla nave *Sea Watch 3*: «La Procura di Agrigento sostiene in proposito che «la normativa sovranazionale non sembra fare stretto riferimento ad un porto sicuro, bensì al diverso concetto di posto sicuro, non ravvisandosi in tale concetto un sicuro e inequivocabile significato di terra ferma. Sembrerebbe che per l'individuazione di un *place of safety* non debba necessariamente farsi riferimento alla terra ferma, ma possa anche alternativamente identificarsi come tale un luogo ove sia assicurata l'assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo definitivo di sbarco». In altre parole, il *place of safety* potrebbe consistere anche nella nave, non per forza nella terra ferma. Si tratta di una conclusione difforme dalla normativa internazionale di riferimento e che, pertanto, non può essere accolta. Il punto 3.1.9 della Convenzione Sar, per come modificata nel 2004, stabilisce che: «La parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione (marittima internazionale). In questi casi, le parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile» (tale norma è riportata e valorizzata anche a p. 8 della sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*). Come si può notare, il luogo sicuro è collegato univocamente allo sbarco, senza possibilità di fare riferimento in via alternativa alla nave. Inoltre, così come scritto nelle linee guida attuative della convenzione Sar (risoluzione MSC 167 –78) e come ritenuto dal suddetto provvedimento del Tribunale dei Ministri di Catania, «sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere tuttavia sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative (para. 6.13). Dunque, la nave di soccorso può costituire un «luogo sicuro» (*A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unite*), ma ciò solo per il tempo strettamente necessario per procedere allo sbarco dei naufraghi nella destinazione finale a terra (*until the survivors are disembarked to their next destination*)». Dunque, il *place of safety* che, per norma internazionale, il comandante della nave ha il dovere di raggiungere è la terraferma: così come scritto nella sentenza del Tribunale di Agrigento sul caso *Cap Anamur* «la nave soccorritrice costituisce un luogo puramente provvisorio di salvataggio in quanto le persone tratte in salvo debbono essere condotte in un luogo (sicuro) della terraferma e la nave soccorritrice deve essere, al contempo, sollevata dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese soluzioni alternative»».

²⁵⁰ A tal proposito, v. COPPENS, SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 377.

Convenzione di Amburgo, il luogo sicuro è da intendersi come quello in cui, oltre che più vicino, viene garantita, da parte dello Stato competente per la zona SAR in cui è avvenuto il soccorso dei migranti irregolari ovvero che ha coordinato le operazioni di salvataggio in mare, innanzitutto l'incolumità fisica e l'assistenza sanitaria dei sopravvissuti, cercando contestualmente di evitare che la vita o la libertà degli eventuali richiedenti asilo o rifugiati soccorsi possano essere minacciate da un sistema statale socio-giuridico che possa nuocere alle stesse. In particolare, il luogo dovrebbe essere preferibilmente individuato tra i porti vicini all'interno del Paese titolare della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso dei migranti irregolari ovvero che ha coordinato le operazioni di salvataggio in mare: l'individuazione di tale luogo, infatti, spetta all'autorità SAR che coordina la singola azione di salvataggio»²⁵¹. In tal contesto, conviene svolgere un'ulteriore precisazione, che risulta peraltro confermata dalle “*Guidelines on the treatment of person rescued at sea*” del 2004. A ben vedere, «sullo Stato responsabile per la zona SAR in cui le persone sono state soccorse, ovvero che ha coordinato le operazioni di salvataggio in mare, non insiste, quantomeno in prima battuta, un immediato obbligo di accoglienza delle navi nei propri porti. Piuttosto su di esso ricade la responsabilità di individuazione di un luogo sicuro, il quale, tuttavia, non deve necessariamente essere ubicato all'interno dei propri confini nazionali. Ciò nonostante, è altrettanto pacifico che tale luogo sicuro, qualora venga individuato in un porto di altro Stato rivierasco non responsabile per la zona SAR in cui le persone sono state soccorse ovvero che non ha coordinato le operazioni SAR, non può non scontare, in via preliminare, il consenso cooperativo di quel medesimo Stato al quale si può solo rivolgere una richiesta motivata, che potrebbe però non essere accolta, specie qualora non esistano specifici accordi preventivi. In tal caso, lo Stato che coordina le operazioni ha l'obbligo di individuare il *place of safety* sul proprio territorio, in ossequio al principio di garantire l'integrità dei servizi SAR. Pertanto, nel caso in cui determinati Paesi rivieraschi si rifiutino di cooperare prestando il consenso all'approdo della nave con a bordo migranti irregolari, sullo Stato responsabile per la zona SAR in cui le persone sono state soccorse ovvero che ha coordinato le operazioni di salvataggio in mare insisterà, inevitabilmente, un immediato obbligo di accoglienza

²⁵¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*; riprendendo sempre le parole dell'autore: «Si deve tenere presente che oggi non sempre il luogo sicuro viene necessariamente individuato nell'approdo più vicino geograficamente all'interno del Paese titolare della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso dei migranti irregolari. Ad esempio, secondo il Governo italiano, in tal senso corroborato dai documenti del *Maritime safety Committee* dell'IMO del 2004 e del 2009, a prescindere dal fatto che l'Italia sia il Paese titolare della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso dei migranti irregolari ovvero che abbia coordinato le operazioni di salvataggio in mare, anche i porti di altri Paesi che si affacciano sul Mediterraneo possono essere considerati sicuri e sufficientemente vicini. Una posizione, questa, cui però nel tempo si sono opposte diverse nazioni quali la Francia, e la Spagna, oltre alle navi militari, commerciali e delle ONG che una volta prestato soccorso ai migranti irregolari sotto il coordinamento SAR italiano sono solite dirigere verso l'Italia. In generale, chi si oppone al citato principio della possibilità di sbarcare i migranti soccorsi in altri Paesi che si affacciano sul Mediterraneo e che possono essere considerati sicuri e sufficientemente vicini, sostiene che il porto sicuro dove effettuare lo sbarco dei migranti debba essere sì il più vicino geograficamente, ma sempre avendo a riferimento il Paese titolare della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso ovvero che ha coordinato le operazioni di salvataggio in mare».

delle navi nei propri porti che pertanto, quantomeno in astratto, non potrebbero essere chiusi all'approdo»²⁵².

7. Il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement*

L'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea, entrato in vigore il 2 maggio 1968, ha introdotto per la prima volta il divieto di espulsione collettiva di stranieri. In realtà, malgrado tale divieto sia stato riconosciuto nel panorama del diritto internazionale solo in tempi relativamente recenti, la sua origine andrebbe in realtà ricercata in quelle espulsioni forzate di gruppi religiosi, ma non solo, imposte durante la Seconda guerra mondiale e già delineate nella parte iniziale del primo capitolo²⁵³. In linea con ciò, si anticipa da subito come la Corte di Strasburgo, benché in tal caso non si sia trattato di una forma di protezione indiretta, abbia svolto un ruolo significativo altresì in ordine all'interpretazione di detta disposizione²⁵⁴.

Ciò posto, con la firma del Protocollo n. 4, venne integrato il novero dei diritti tutelati dal sistema della Convenzione europea non solo attraverso l'introduzione del divieto di espulsioni collettive di stranieri – contenuto, appunto, nell'art. 4 del Protocollo – ma anche del divieto di espulsione, individuale e collettiva dei *cittadini* (art. 3, par. 1); ed infine del diritto di ingresso nel proprio Stato di cittadinanza (art. 3, par. 2)²⁵⁵. Da un primo esame sul regime giuridico introdotto dal Protocollo in esame, emerge in tutta evidenza come, rispetto al divieto di espulsione collettiva, non rilevi in alcun modo la distinzione tra cittadini e stranieri, essendo quest'ultima vietata in termini perentori in entrambi i casi²⁵⁶.

²⁵² L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*; sempre secondo l'autore: «È per detta ragione che il rifiuto di accesso ai porti di imbarcazioni che abbiano effettuato il soccorso in mare di migranti irregolari potrebbe, in astratto, comportare tra le altre ipotesi (violazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione di Ginevra, ecc.), anche la violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU, qualora le persone soccorse in mare abbiano bisogno di cure mediche urgenti, nonché di generi di prima necessità, e tali bisogni non possano essere soddisfatti per effetto del concreto modo di operare del rifiuto stesso. Difatti, il rifiuto aprioristico e indistinto, di far approdare la nave in porto comporta l'impossibilità di valutare le singole situazioni delle persone a bordo, ed è anche suscettibile di violare il divieto di espulsioni collettive previsto dall'art. 4, prot. N. 4, della CEDU. Ciò detto, non può comunque negarsi che la principale lacuna di tutte le norme internazionali ora ricordate continua a consistere nell'assenza di regole certe e inequivocabili circa l'individuazione dello Stato che, dopo il primo soccorso in mare, deve farsi carico dei soggetti tratti in salvo»; sulla questione relativa all'accesso al porto e al rifiuto allo sbarco, v. anche S. TREVISANUT, *op. cit.*, pp. 63 e ss.

²⁵³ Per un'analisi approfondita delle c.d. *mass expulsion*, v. J. M. HENCKAERTS, *Mass expulsion in modern international law and practise*, 1995, pp. 60-180; sul fenomeno delle espulsione collettive v. anche NICHOLAS VAN HEAR, *Mass Expulsion of Minorities: An Overview*, in *Journal of Refugee Studies*, Vol. 6, 1993, pp. 274-285; S. MURPHY, *The Expulsion of Aliens and Other Topics: The Sixty-Fourth Session of the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, 2013, pp. 164-177.

²⁵⁴ F. SCUTO, *op. cit.*, p. 162.

²⁵⁵ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 866.

²⁵⁶ *Ibidem*.

Ai fini della configurabilità della fattispecie in esame, riferita come tale ad un ampio gruppo di individui²⁵⁷, ciò che rileva è soltanto la circostanza che il gruppo sia composto da più individui, non essendo quindi necessario che esso sia quantitativamente considerevole. Pertanto, la condizione necessaria e sufficiente «affinché possa configurarsi un'espulsione di tipo collettivo rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 4 è che l'allontanamento abbia ad oggetto una pluralità di persone in quanto gruppo»²⁵⁸. A differenza, dunque, di quanto avviene in altri strumenti regionali, quali, ad esempio, la Carta Africana dei diritti umani²⁵⁹, il gruppo non è altrimenti definito dalla Convenzione se non in relazione all'esistenza di una pluralità di persone coinvolte²⁶⁰.

Sotto il profilo normativo, la formulazione di tale divieto è stata in seguito inserita in altri strumenti di diritto internazionale a carattere sia universale che regionale. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 12, par. 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli²⁶¹; all'art. 22, par. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo²⁶²; all'art. 26, par. 2 della Carta araba dei diritti umani²⁶³; ed infine all'art. 22 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie²⁶⁴. Non ha trovato, invece, una collocazione normativa nel Patto ONU sui diritti civili e politici.

²⁵⁷ J. M. HENCKAERTS, *op. cit.*

²⁵⁸ G. PUMA, p. 271.

²⁵⁹ Art. 12, par. 5 della Carta Africana dei diritti umani: «L'espulsione collettiva di stranieri è vietata. L'espulsione collettiva è quella che tocca globalmente gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi».

²⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sultani c. Francia*, ric. 45223/95, sentenza del 20 agosto 2007, par. 81; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 866: «Il numero di persone coinvolte affinché l'espulsione possa essere qualificata come collettiva non è determinabile a priori. Tuttavia, l'espulsione di un gruppo non è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie di espulsione collettiva. È infatti possibile che uno Stato proceda ad allontanare più persone in un arco temporale ravvicinato, attraverso analoghi provvedimenti di allontanamento, senza con ciò violare il divieto di espulsione collettiva».

²⁶¹ Art. 12, par. 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: «L'espulsione collettiva di stranieri è vietata. L'espulsione collettiva è quella che tocca globalmente gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi».

²⁶² Art. 22, par. 9 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo: «Le espulsioni collettive di stranieri sono proibite».

²⁶³ Art. 26, par. 2 della Carta araba dei diritti umani: «Uno straniero legalmente presente nel territorio di uno Stato Parte può essere espulso solo in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve avere, salvo che non si oppongano considerazioni di sicurezza nazionale, la possibilità di proporre ricorso dinanzi all'autorità competente; in ogni caso è vietata l'espulsione collettiva».

²⁶⁴ Art. 22 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie: «1. I lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie non saranno soggetti a misure di espulsione collettiva. Ciascun caso di espulsione sarà esaminato e deciso individualmente. 2. I lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie possono essere espulsi dal territorio di uno Stato Parte alla presente Convenzione solo in seguito a una decisione presa dall'autorità competente secondo la legge. 3. La decisione circa l'espulsione sarà comunicata loro in una lingua che comprendono. Su loro richiesta, ove ciò non sia già obbligatorio, la decisione deve essere comunicata loro per iscritto e, salvo in circostanze eccezionali per la sicurezza nazionale, le ragioni della decisione devono essere anch'esse dichiarate per iscritto. Le persone interessate devono essere informate dei loro diritti prima o al più tardi al momento in cui la decisione è comunicata. 4. Tranne se una decisione definitiva è pronunciata da un'autorità giudiziaria, la persona interessata ha il diritto di sottoporre le ragioni contro la sua espulsione e il diritto di sottoporre il proprio caso dall'autorità competente, a meno che ragioni inderogabili di sicurezza nazionale non impongano diversamente. In attesa di tale riesame, la persona interessata ha diritto di chiedere la sospensione del provvedimento di espulsione. 5. Se una decisione di espulsione che è già stata eseguita è successivamente annullata, la persona interessata ha il diritto di chiedere un risarcimento secondo la legge e la precedente decisione non deve essere usata per impedirle di rientrare nello Stato interessato. 6. In caso di espulsione la persona interessata deve avere la ragionevole possibilità,

Il divieto di espulsioni collettive, inoltre, risulta oggi sancito da una norma di diritto internazionale generale, così come sostenuto dal *Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale in materia, Maurice Kamto²⁶⁵.

Come si evince dalla formulazione perentoria delle diverse disposizioni sopra richiamate, le c.d. *collective expulsion* o *mass expulsion*, «da intendersi in senso estensivo, ovvero ricomprendente qualsiasi misura di allontanamento da un territorio, ivi compresi i respingimenti alla frontiera e le intercettazioni, e salvo unicamente misure di estradizione»²⁶⁶, hanno natura assoluta ed indipendente da valutazioni aggiuntive al provvedimento di espulsione; per questo, ai fini della configurabilità di detta violazione, a nulla rilevano elementi quali la condizione regolare o meno dell'individuo, o la sua nazionalità. La configurazione in termini assoluti del divieto, appartenente secondo alcuni autori addirittura al diritto consuetudinario²⁶⁷, deriva, oltre che da un'elevata probabilità di violazione dei diritti fondamentali dell'individuo una volta che questo venga rinvio nel paese di origine o di provenienza, anche dall'assenza di una concreta e specifica individualizzazione dei membri del gruppo. A ben vedere, è proprio tale criterio²⁶⁸ a differenziare i respingimenti collettivi dai respingimenti individuali, attribuendosi quindi maggiore rilevanza ai primi anche mediante la previsione del relativo divieto nei sopra ricordati strumenti internazionali, con conseguente erosione in tale ambito della sovranità propria di ciascuno Stato. In ordine ai respingimenti collettivi, infatti, ciò che si intende condannare, è proprio l'assenza di qualsivoglia procedura statale rivolta all'esatta individuazione, e successivamente identificazione, degli individui ivi coinvolti, anche in considerazione del fatto che tra questi vi possono essere con molta probabilità individui legittimati dal diritto internazionale a ricevere specifiche forme di protezione, come ad esempio, i rifugiati o i richiedenti asilo.

In definitiva, affinché il principio di *non-refoulement* venga correttamente applicato, è necessaria una «concreta valutazione circa la situazione individuale dei soggetti eventualmente respinti alla frontiera, da ciò derivandosi l'esistenza di un obbligo procedurale in capo agli Stati,

prima o dopo la partenza, di regolare ogni richiesta di salario o altri compensi dovuti e qualsiasi impegno pendente. 7. Senza pregiudicare l'esecuzione di una decisione di espulsione, un lavoratore migrante o un membro della sua famiglia che sia soggetto a tale decisione può chiedere di entrare in uno Stato diverso da quello di origine. 8. Nel caso di espulsione di un lavoratore migrante o di un membro della sua famiglia, la persona interessata non deve sostenere i costi dell'espulsione. Può esserle chiesto di pagare i costi del viaggio. 9. L'espulsione dallo Stato di arrivo non pregiudica di per sé i diritti del lavoratore migrante o del membro della sua famiglia acquisiti secondo la legge di tale Stato, compreso il diritto a ricevere il salario e gli altri compensi dovutigli”.

²⁶⁵ M. KAMTO, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, op. cit.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ In particolare, v. HENCKAERTS, op. cit., pp. 45 e ss.

²⁶⁸ Tale criterio è stato individuato dalla Corte di Strasburgo soprattutto nel caso *Conka c. Belgio*, ric. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002.

consistente nel divieto di procedere a forme di respingimento collettivo, caratterizzate dall'assenza di qualsiasi accertamento dell'identità e della situazione soggettiva degli individui»²⁶⁹.

8. La questione della natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement*

La questione circa il valore consuetudinario²⁷⁰ del principio di *non-refoulement* è ancora controversa, ed assume uno specifico rilievo considerata l'esistenza di diversi paesi, seppure pochi, che ancora non sono parte di alcun trattato, universale o regionale, riguardante il principio in esame²⁷¹.

Una parte consistente della dottrina²⁷² propende per la tesi positiva, attribuendo un ruolo decisivo oltre che alla prassi applicativa della Convenzione di Ginevra e dell'UNHCR²⁷³, altresì l'ampio riscontro dato al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti²⁷⁴. Considerato ciò, ritiene l'avvenuta incorporazione del divieto in esame in una regola di diritto consuetudinario come «un assunto indiscusso ed incontrovertibile»²⁷⁵. Al contrario, altra parte della dottrina ha invece rilevato come «i dati della prassi internazionale non sembrerebbero confermare l'esistenza di una norma consuetudinaria sul *non-refoulement*, né per i rifugiati né per gli individui cui sarebbero applicabili i principali trattati sui diritti umani ed il divieto di tortura in particolare»²⁷⁶.

²⁶⁹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 110.

²⁷⁰ Sul significato e sulla funzione svolta da una norma consuetudinaria, v. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli Editore, V Edizione, Torino, 2016: «La consuetudine svolge oggi un ruolo fondamentale nel panorama giuridico delle fonti del diritto, in quanto vincolante tutti gli Stati membri della comunità internazionale. Ogni Stato è infatti tenuto ad osservare una norma consuetudinaria, indipendentemente dal fatto che abbia o meno partecipato alla sua formazione o che l'abbia accettata o meno. Allo stesso modo, gli Stati di nuova formazione sono vincolati dalle norme consuetudinarie generali vigenti al momento della loro nascita. Non accettabile è dunque la tesi dell'obiettore permanente, fondata su un *obiter dictum* della Corte Internazionale di Giustizia, in base alla quale la consuetudine non vincola lo Stato il quale si sia persistentemente opposto, in modo palese ed inequivocabile, al suo processo di formazione».

²⁷¹ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 1343.

²⁷² Tra i sostenitori del valore consuetudinario del principio di *non-refoulement*, v. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 23; CHOWDHURY, *A Response to the Refugee Problems in Post-Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 1995, pp. 101-103; MATHEW, *Sovereignty and the Right to Seek Asylum: The Case of Cambodian Asylum-Seekers in Australia*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1994, pp. 35- 56; PISSILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1999, pp. 694 ss., p. 700; ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, p. 538; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, FELLER, TÜRK e NICHOLSON (a cura di), in *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, pp. 140 ss.; GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, pp. 345 ss; solamente HATHAWAY assume un approccio più prudenziale, negando che il principio di *non-refoulement* abbia ancora raggiunto valore consuetudinario.

²⁷³ Conclusione UNHCR n. 6 (1977); C. n. 65 (1991); C. n. 71 (1993); C. n. 74 (1994).

²⁷⁴ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 107.

²⁷⁵ F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. XCV, fasc. n. 3, 2012.

²⁷⁶ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 108.

In ogni caso, con specifico riferimento all'UNHCR, la totalità degli Stati parti ha di fatto dimostrato di rispettare il principio di non respingimento; ciò lo si desume altresì da occasioni in cui questi hanno risposto alle rappresentanze dell'UNHCR fornendo spiegazioni o giustificazioni in casi di effettivi o presunti *refoulement*, confermando in tal modo anche implicitamente l'esistenza del principio²⁷⁷.

Si conclude riportando il parere del 2007 dell'UNHCR, in cui quest'ultimo ha affermato quanto segue:

«Il divieto di refoulement, previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra e poi completato dagli obblighi di non respingimento previsti dal diritto internazionale, deve essere considerato come una norma appartenente al diritto consuetudinario, come tale vincolante tutti gli Stati della comunità internazionali, inclusi quelli che non abbiano aderito alla Convenzione del 1951 e/o al suo Protocollo addizionale del 1967»²⁷⁸.

²⁷⁷ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 1343; la significatività di tale impostazione è stata evidenziata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)*, del 1986, in cui ha affermato che: «*Se uno Stato agisce secondo modalità prima facie incompatibili con una norma riconosciuta, ma difende il proprio comportamento facendo appello a eccezioni o giustificazioni contemplate all'interno della stessa norma, che la condotta dello Stato sia giustificabile o meno su quella base, il significato di tale atteggiamento è quello di confermare la norma, piuttosto che di indebolirla*».

²⁷⁸ In questi termini v., UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, 26 gennaio 2007, p. 7.

SEZIONE SECONDA

LE FONTI NORMATIVE REGIONALI

1. Il principio di *non-refoulement* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Le fonti regionali sono costituite da quel materiale normativo prodotto nell'ambito di sistemi di integrazione regionale – al cui interno si può riscontrare l'esistenza di diverse organizzazioni internazionali con compiti specifici²⁷⁹ – le quali vincolano l'area di territorio cui si estende il loro ambito di applicazione.

In primo luogo, conviene specificare che le organizzazioni di integrazione regionale si differenziano dalle organizzazioni universali per una più stretta integrazione tra gli ordinamenti interni degli Stati membri²⁸⁰, i quali, «una volta avvertita l'esistenza di un'esigenza comune, vi fanno fronte mediante vari strumenti, i più sofisticati dei quali ricomprendono proprio l'istituzione di organizzazioni internazionali»²⁸¹. Sebbene si tratti di un fenomeno nato principalmente con l'intento di istituire forme di collaborazione di carattere economico o finanziario, successivamente l'ambito di competenze di tali sistemi si è esteso in misura significativa. In tal senso, indicativa è l'esperienza relativa alla creazione dell'Unione Europea²⁸²; già «nel pensiero dei padri fondatori, infatti, è stato lucidamente avvertito come il sistema dagli stessi creato avrebbe dovuto

²⁷⁹ A. DEL VECCHIO, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2012, p. 20: «L'espressione "organizzazione internazionale" è stata intesa fino alla fine del diciannovesimo secolo essenzialmente come l'organizzazione del sistema giuridico internazionale e dei rapporti tra Stati. Solo dopo la Prima guerra mondiale il termine ha iniziato ad assumere il suo attuale significato, volto ad indicare enti astratti capaci di elaborare autonomamente norme e di assumere comportamenti non riconducibili alla volontà dei soggetti che li compongono, ma che ad essi si impongono. Il concetto di organizzazione internazionale, cioè di un ente autonomo, dotato di personalità giuridica internazionale, risulta ulteriormente definito da alcuni specifici caratteri costantemente presenti e necessari: a) la pluralità dei membri; b) la parità e l'uguaglianza tra essi; c) la stabilità e la permanenza nel tempo. La necessità di relazioni sempre più frequenti tra gli Stati e l'accelerazione degli scambi internazionali determinò la necessità degli Stati di cooperare tra loro al fine di raggiungere obiettivi complessi, difficilmente raggiungibili attraverso gli strumenti dell'accordo o delle conferenze internazionali, generalmente utilizzati in precedenza. Si ricorda, infatti, come la complessa riorganizzazione dell'Europa nell'Ottocento, avvenuta dopo il periodo napoleonico, sia stata frutto di una Conferenza internazionale, tenuta a Vienna nel 1815 e nota come Congresso di Vienna. Del resto, nei tempi passati era normale risolvere le più gravi ed importanti questioni internazionali con negoziati di pochi giorni tra i diversi sovrani, che tentavano in tal modo di raggiungere gli obiettivi voluti in modo pacifico».

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 2010.

²⁸² Per un approfondimento relativo alla nascita dell'Unione Europea, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, 2017, pp. 4 e ss.: «La prima organizzazione con la quale ha inizio quel processo di integrazione europea, caratterizzato da un progressivo 'trasferimento' di poteri sovrani da parte degli Stati membri a enti che, proprio in ragione della novità del fenomeno, vennero designati come "Comunità sopranazionali" (e non più organizzazioni internazionali) è la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA). Essa, malgrado la materia economico-commerciale alla quale si riferisce (la produzione e il mercato carbo-siderurgico), mostra l'intimo legame esistente tra la cooperazione in tale materia e la costruzione della pace. Il trattato istitutivo della CECA, firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrato in vigore il 23 luglio 1952, ha costituito il nucleo originario della costruzione oggi designata come Unione Europea».

necessariamente trasformarsi ed evolversi da comunità incentrata essenzialmente su una mera integrazione economica²⁸³, ad un'unione politica caratterizzata da una più convinta consapevolezza unitaria»²⁸⁴.

A conferma di tale impostazione, vi è la proliferazione delle diverse organizzazioni di integrazione regionale istituite, in seguito, con lo scopo di sviluppare ed uniformare il grado di tutela dei diritti dell'uomo assicurato da ogni Stato membro. A tal proposito, si concorda sul fatto che all'interno della comunità internazionale il livello di protezione accordato al rispetto diritti umani si sia notevolmente arricchito proprio grazie al lavoro di interpretazione svolto da alcune Corti regionali istituite all'interno dell'organizzazione regionale di competenza. Queste ultime, in particolare la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte interamericana, non si sono limitate ad una mera applicazione del testo normativo, ma hanno contribuito in alcuni casi alla formazione di precetti normativi vincolanti gli Stati membri. Diversi i fattori che vi hanno contribuito, tra cui sicuramente la previsione nelle medesime Corti, di un meccanismo giurisdizionale cui far ricorso. Si tratta, a ben vedere, di una novità assoluta se si considera la diversa natura degli organi di vigilanza istituiti dalle altre carte internazionali. Fondamentale, inoltre, è la limitazione territoriale su cui tali organi esercitano la propria giurisdizione. A tal riguardo, Thomas Buergenthal²⁸⁵ aveva già intuito, poco dopo l'insediamento della Corte interamericana nel 1978, che «l'omogeneità politica e culturale sono i prerequisiti fondamentali affinché un sistema di protezione dei diritti umani sia efficace, e questi sono più facilmente riscontrabili in ambito regionale. Altri prerequisiti sono un adeguato sistema giuridico così come la condivisione di tradizioni giuridiche e istituzionali. Gruppi regionali di Stati hanno più possibilità di soddisfare tali requisiti rispetto ai sistemi aperti all'intera comunità internazionale»²⁸⁶.

Al pari degli altri obblighi giuridici incombenti sugli Stati, anche il principio di *non-refoulement* trova una propria collocazione normativa all'interno delle diverse convenzioni regionali. Più precisamente, quest'ultimo è previsto oltre che dalla Convenzione europea dei diritti

²⁸³ Già emblematici sono, in tal senso, gli scopi principali prefissati dal Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e dell'Acciaio (CECA). Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del Trattato di Parigi: «La Comunità europea del carbone e dell'acciaio ha la missione di contribuire, in armonia con l'economia generale degli Stati membri e in virtù dell'instaurazione di un mercato comune alle condizioni definite dall'art. 4, all'espansione economica, all'incremento dell'occupazione e al miglioramento del tenore di vita degli Stati membri».

²⁸⁴ S. PAPA, *Sussidiarietà, primazia comunitaria e sovranismo*, in Federalismi.it, 3 aprile 2019, reperibile online su <https://federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=38318&dpath=document&dfile=02042019225231.pdf&content=Sussidiariet%C3%A0%2C%2Bprimazia%2Bcomunitaria%2Be%2Bsovranismo%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B>

²⁸⁵ T. BUERGENTHAL (Lubochňa, 11 maggio 1934) è un giudice ceco naturalizzato statunitense. Insigne giurista e professore universitario, nella sua carriera è stato presidente della Corte interamericana dei diritti umani (dal 1985 al 1987) e membro della Corte internazionale di giustizia (dal 2000 al 2010).

²⁸⁶ TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José* reperibile online su http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Tanz/Tanzarella_sistema-interamericano_astrid.pdf.

dell'uomo, dalla Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità africana (OUA) del 1969, che disciplina determinati aspetti del problema dei rifugiati in Africa²⁸⁷, dalla Convenzione americana del 1969 sui diritti dell'uomo²⁸⁸; dalla Dichiarazione di Cartagena del 1984²⁸⁹; dalla Convenzione interamericana sulla prevenzione e repressione della tortura del 1985²⁹⁰; dalla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981²⁹¹; ed infine dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

²⁸⁷ Art. II della Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana, 1969: "1. Gli stati membri dell'OUA si impegnano a fare quanto in loro potere, nell'ambito delle proprie rispettive legislazioni, per accogliere i rifugiati ed assicurare la sistemazione di quanti tra loro, per serie ragioni, non possono o non vogliono ritornare nel loro Paese di origine o in quello di cui hanno la cittadinanza. 2. La concessione dell'asilo ai rifugiati costituisce un atto pacifico e umanitario e non può essere considerato da nessuno Stato come atto di natura ostile. 3. Nessuno può essere sottoposto da parte di uno Stato membro a misure quali il rifiuto di ammissione alla frontiera, il respingimento o l'espulsione che lo obbligherebbero a ritornare o a restare in un territorio dove la sua vita, integrità fisica o libertà sarebbero minacciate per i motivi enumerati nell'art. 1, paragrafi 1 e 2. 4. Quando uno Stato membro incontra difficoltà nel continuare a concedere asilo ai rifugiati, tale Stato potrà rivolgere un appello agli altri Stati membri, sia direttamente sia tramite l'OUA; e gli altri Stati membri, in uno spirito di solidarietà africana e di cooperazione internazionale, adotteranno le misure appropriate per alleviare l'onere di detto Stato membro concedendo l'asilo. 5. Un rifugiato, che non sia stato autorizzato a risiedere in un qualsiasi Paese d'asilo, potrà essere ammesso temporaneamente nel primo Paese d'asilo dove si sia presentato come rifugiato, in attesa che siano prese le misure necessarie per il suo reinsediamento in conformità con il paragrafo precedente. 6. Per motivi di sicurezza, gli Stati d'asilo dovranno, per quanto possibile, sistemare i rifugiati ad una distanza ragionevole della frontiera del loro Paese di origine".

²⁸⁸ Art. 22 della Convenzione americana del 1969 sui diritti dell'uomo, in materia di libertà di movimento e di residenza: "1. Ogni persona legalmente presente nel territorio di uno Stato Parte ha il diritto di muoversi al suo interno e di risiedervi, nei limiti delle previsioni di legge. 2. Ogni persona ha il diritto di lasciare liberamente qualsiasi paese incluso il proprio. 3. L'esercizio dei diritti sopra enunciati può essere limitato solo in forza di una legge e nella misura necessaria in una società democratica per impedire il crimine o per tutelare la sicurezza nazionale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la morale pubblica, la salute pubblica o i diritti o le libertà di altri. 4. L'esercizio dei diritti riconosciuti nel paragrafo 1 può essere limitata dalla legge in determinate zone per ragioni di pubblico interesse. 5. Nessuno sarà espulso dal territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza o privato del diritto di accedervi. 6. Uno straniero legalmente presente nel territorio di uno Stato Parte della presente Convenzione ne può essere espulso solo a seguito di una decisione adottata in forza di una norma di legge. 7. Ogni persona ha il diritto di richiedere e di ottenere asilo in un territorio estero, in accordo con le leggi interne e le convenzioni internazionali, nel caso sia perseguito per reati politici o per connessi reati comuni. 8. In nessun caso uno straniero può essere espulso o respinto verso un paese, si tratti o meno del suo paese d'origine, se in quel paese rischia di essere violato il suo diritto alla vita o la sua libertà personale per motivi di razza, religione, condizione sociale o opinioni politiche. 9. Le espulsioni collettive di stranieri sono proibite".

²⁸⁹ Dichiarazione di Cartagena, Sezione III, par. 5: "Riaffermare l'importanza e il significato del principio del non-respingimento (compreso il divieto di respingimento alla frontiera) come pietra angolare della protezione internazionale dei rifugiati. Questo principio imperativo nei confronti dei rifugiati deve essere riconosciuto e rispettato, allo stato attuale del diritto internazionale, come un principio di *jus cogens*".

²⁹⁰ Art. 13 della Convenzione interamericana sulla prevenzione e repressione della tortura del 1985, "1. Il delitto di cui all'art. 2 sarà considerato reato estraibile in tutti i trattati di estradizione stipulati tra gli Stati Parti. Gli Stati Parti si impegnano ad inserire il crimine di tortura tra i reati suscettibili di estradizione in tutti i trattati di estradizione che stipuleranno tra di loro. 2. Ogni Stato Parte che subordina l'extradizione all'esistenza di un trattato può, se riceve una domanda di estradizione da un altro Stato Parte con cui non ha un trattato di estradizione, considerare la presente Convenzione come base per la concessione dell'extradizione per il crimine di tortura. L'extradizione resta tuttavia soggetta alle altre condizioni stabilite dalla legge dello Stato richiesto. 3. L'extradizione non sarà concessa e la persona ricercata non sarà consegnata quando sussistono ragioni per credere che nello Stato che lo richiede la vita dell'individuo richiesto sarà in pericolo, che egli sarà sottoposto a tortura o a trattamento o punizione crudele, inumano o degradante, o che egli sarà giudicato da una corte speciale o ad hoc".

²⁹¹ Art. 12 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981: "1. Ogni persona ha il diritto di circolare liberamente e di scegliere la propria residenza all'interno di uno Stato, con riserva di conformarsi alle norme sancite per legge. 2. Ogni persona ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, e di ritornare nel proprio paese. Questo diritto non può costituire oggetto di restrizioni all'infuori di quelle previste dalla legge, necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute o la moralità pubbliche. 3. Ogni persona ha il diritto, in caso di persecuzione, di ricercare e ricevere asilo in territorio straniero, conformemente alla legge di ciascun paese e

europea del 2000²⁹², nota anche come Carta di Nizza²⁹³. Nel prosieguo del presente lavoro, si esamineranno nel dettaglio le modalità in cui il principio qui in esame è stato declinato nei diversi sistemi di integrazione regionale.

Ciò posto, l'analisi del continente europeo merita un discorso a sé, non solo per la presenza del Consiglio d'Europa, «ma anche poiché ospita altre due importanti organizzazioni regionali le quali hanno influenzato la protezione dei rifugiati nell'intera regione ed altrove: l'Unione Europea (UE), e l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OCSE). Tra queste, in realtà, soltanto le prime due hanno contribuito ad uno sviluppo effettivo degli *standards* legali per la protezione dei rifugiati, e del suo corollario, ossia la protezione dal *refoulement*, essendosi l'OCSE concentrata principalmente sull'attuazione di azioni preventive, in particolare nel suo lavoro di tutela delle minoranze e di ricostruzione delle società dopo conflitti interni e/o internazionale»²⁹⁴.

In ordine al Consiglio d'Europa²⁹⁵, uno dei maggiori risultati conseguiti da quest'ultimo è stata la conclusione della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle

alle convenzioni internazionali. 4. Lo straniero legalmente ammesso sul territorio di uno Stato Parte alla presente Carta non potrà essere espulso che in virtù di una decisione conforme alla legge. 5. L'espulsione collettiva di stranieri è vietata. L'espulsione collettiva è quella che tocca globalmente gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi”.

²⁹² Art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: “1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

²⁹³ Per un approfondimento relativo alla creazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, v. *La protezione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, reperibile online su <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/146/la-carta-dei-diritti-fondamentali>: «Le Comunità europee (oggi Unione europea) furono in origine create come organizzazione internazionale con un ambito di intervento essenzialmente economico. Non si era quindi avvertita la necessità di norme esplicite in materia di rispetto dei diritti fondamentali, che per molto tempo non erano menzionati nei trattati, sebbene fossero comunque considerati garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, di cui gli Stati membri sono firmatari. Poiché la CEDU è lo strumento principale per la tutela dei diritti fondamentali in Europa, cui hanno aderito tutti gli Stati membri, l'adesione della CE alla CEDU è apparsa una soluzione logica per la necessità di collegare la CE agli obblighi concernenti i diritti fondamentali. La Commissione europea ha ripetutamente proposto (nel 1979, 1990 e 1993) l'adesione della CE alla CEDU, ma la Corte di Giustizia dell'UE si è sempre pronunciata negativamente a tal riguardo. Parallelamente al meccanismo di controllo “esterno” previsto dall'adesione della CE alla CEDU per garantire la conformità della legislazione e delle politiche ai diritti fondamentali, si era rivelato necessario un meccanismo di controllo “interno” a livello CE per consentire un controllo giudiziario preliminare e autonomo da parte della CGUE. A tal fine era necessaria l'esistenza di una Carta dei diritti specifica dell'UE, e in occasione del Consiglio europeo di Colonia del 1999 si è deciso di convocare una convenzione per elaborare una Carta dei diritti fondamentali. La Carta è stata proclamata solennemente nel 2000 a Nizza dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione. Dopo essere stata modificata, fu poi nuovamente proclamata nel 2007. Tuttavia, solo con l'adozione del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 la Carta acquisì efficacia diretta, come previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, del TUE, diventando così una fonte vincolante di diritto primario. La Carta, benché basata sulla CEDU e su altri strumenti europei e internazionali, era innovativa in vari modi, in particolare perché include, tra le altre questioni, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale tra le ragioni discriminatorie vietate, inoltre annovera tra i diritti fondamentali l'accesso ai documenti, la protezione dei dati e la buona amministrazione. Anche se da un lato il campo di applicazione della Carta è potenzialmente molto ampio, dato che la maggior parte dei diritti che riconosce sono concessi a “tutti”, indipendentemente dalla nazionalità o dallo status, dall'altro, l'articolo 51 limita la sua applicazione alle istituzioni e agli organi dell'UE e, quando agiscono nell'attuazione del diritto dell'UE, agli Stati membri. Tale disposizione serve a tracciare il confine tra l'ambito di applicazione della Carta e quello delle costituzioni nazionali e della CEDU».

²⁹⁴ A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 120.

²⁹⁵ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 110: «L'idea di creare una tale Organizzazione regionale europea fu promossa dallo statista inglese Churchill in un discorso tenuto il 9 settembre 1946 presso il Politecnico di Zurigo. Secondo il disegno originario, avrebbe dovuto costituire la struttura unificante del continente europeo; tuttavia la fine della Guerra fredda e

Libertà fondamentali (CEDU) del 1950²⁹⁶, entrata in vigore il 3 settembre 1953²⁹⁷. Il sistema della CEDU «si avvale oggi di un unico organo di controllo, la Corte, la quale ha sostituito il più articolato, ma meno efficace, duplice sistema di controllo che si incentrava sul ruolo svolto, da un lato, dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, che aveva funzioni, al contempo, amministrative e quasi giudiziarie – decidendo in via definitiva sulla ricevibilità dei ricorsi ad essa presentati e adottando, in caso di ricevibilità del ricorso, un rapporto nel merito della controversia – e, dall'altro lato, dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, cui era demandata l'adozione di una decisione vincolante sul merito dei ricorsi e dalla stessa Corte europea. A quest'ultima, il caso poteva essere deferito su richiesta degli Stati, della Commissione e, successivamente all'entrata in vigore del Protocollo n. 9, degli individui»²⁹⁸.

L'adozione della Convenzione, avvenuta appunto all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, ebbe come scopo primario quello di ricostruire «un'Europa democratica, rispettosa dei principali diritti dell'individuo, particolarmente di quelli civili e politici»²⁹⁹. Non stupisce, pertanto, l'esclusione di qualsivoglia disposizione, all'interno della CEDU, riguardante diritti specifici degli stranieri o il diritto all'asilo³⁰⁰. La suddetta carenza «trova spiegazione nella *ratio* della creazione del Consiglio d'Europa e nell'obiettivo principale perseguito dagli autori della Convenzione, ossia l'armonia tra gli Stati parte. Invero, sebbene nella stessa epoca il problema dei rifugiati era particolarmente avvertito, la tutela del diritto all'asilo e, più in generale, dei diritti degli stranieri, non risultava prioritaria al fine di ristabilire in Europa la pace, la democrazia e la preminenza del diritto»³⁰¹.

Si evidenzia, tuttavia, come l'assenza di una disciplina puntuale sul trattamento degli stranieri non abbia di fatto limitato la protezione accordata a questi ultimi. Al contrario, una volta riconosciuto, ai sensi dell'art. 1³⁰², il godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione a tutti gli

la dissoluzione dell'Unione Sovietica hanno poi comportato una radicale trasformazione nella *membership*, la quale si è estesa anche a paesi asiatici prima membri dell'Unione Sovietica»; con riferimento alla struttura del Consiglio d'Europa, v. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, p. 322: «Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale fondata nel 1949 ed è una delle principali organizzazioni internazionali incaricate della protezione dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto. Il Consiglio d'Europa ha la classica struttura tripartita delle organizzazioni internazionali, essendo composta dai seguenti organi: l'Assemblea Consultiva, il Comitato dei Ministri ed il Segretario Generale».

²⁹⁶ In seguito, CEDU.

²⁹⁷ Sul rapporto tra Consiglio d'Europa e CEDU, v. BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 7.

²⁹⁸ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 45; in merito al processo che ha portato al passaggio dal sistema binario ad un unico organo di controllo, v. G. RAIMONDI, *I vent'anni della nuova Corte*, in *QuestioneGiustizia*, il cui testo è stato estratto dal discorso reso in qualità di presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo per celebrare il 20° anniversario della nuova Corte Edu, in Strasburgo 26 novembre 2018.

²⁹⁹ G. CILIBERTO, A. M. ROȘU, *Asilo e protezione internazionale nella CEDU*, in *QuestioneGiustizia*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.»

individui sottoposti alla giurisdizione degli Stati membri, dunque anche agli stranieri, il giudice di Strasburgo, «attraverso una interpretazione evolutiva e teleologica della Convenzione stessa, intesa come “strumento vivente”, ha elaborato un *corpus* di limiti di matrice giurisprudenziale alla prerogativa sovrana degli Stati contraenti in materia di politiche migratorie, venendo il complesso di tale attività ermeneutica definito protezione “*par ricochet*”, ossia “di riflesso”»³⁰³.

A tal riguardo, è stato addirittura osservato come la protezione indiretta accordata dalla Corte europea abbia di fatto superato quella fornita dalla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato. Invero, la Corte di Strasburgo ha progressivamente riconosciuto la responsabilità degli Stati contraenti «nelle ipotesi in cui questi ultimi allontanino un individuo sottoposto alla propria giurisdizione verso un Paese terzo – non rilevando a tal riguardo che questo sia o meno parte della Convenzione – laddove sussistano seri e comprovati motivi per ritenere che, nello Stato di destinazione, il soggetto allontanato possa subire una violazione di alcuni dei diritti convenzionalmente riconosciuti»³⁰⁴. Il principio viene in rilievo, in particolare, nell'ipotesi in cui l'individuo corra il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti, divieto sancito nell'art. 3³⁰⁵ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il rilievo dell'art. 3 lo si apprenderà solo una volta confrontato con la protezione speculare accordata dalla Convenzione di Ginevra.

Più specificamente, in relazione al rapporto tra l'art. 3 della Convenzione europea e l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, si evidenzia come il primo trovi applicazione indipendentemente dalla circostanza che il pericolo di tortura sia motivato da una specifica ragione, al contrario di quanto accade per la Convenzione di Ginevra, che richiede invece la presenza di uno specifico rischio di persecuzione per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche³⁰⁶.

Inoltre, nel contesto della CEDU, merita di essere segnalata una linea interpretativa che ravvisa il rischio di violazione dell'art. 3 non solo a fronte di comportamenti attivi di organi dello Stato di destinazione, «ma anche di tolleranza o acquiescenza verso lesioni provenienti da soggetti privati e verso un clima sociale di ostracismo nei confronti di donne che non si sono conformate alla morale dominante nella società»³⁰⁷. Si registra, pertanto, una evoluzione della garanzia di *non-refoulement*, una volta realizzatosi il “distacco” dall'ambito della Convenzione di Ginevra. Esso offre infatti «una garanzia accessoria e, potremmo dire, anticipatoria rispetto alle violazioni di

³⁰³ G. CILIBERTO, A. M. ROȘU, *op. cit.*

³⁰⁴ *Ibidem.*

³⁰⁵ Art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

³⁰⁶ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 45.

³⁰⁷ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 100.

alcuni diritti umani particolarmente qualificati. Combinando le norme sui diritti umani con le norme generali sull'illecito internazionale, ne risulta che uno Stato non può realizzare certe condotte a danno degli individui, né da solo, né congiuntamente con altri Stati. Ebbene, la garanzia di *non-refoulement* offre una tutela aggiuntiva (anticipatoria, appunto), vietando ad uno Stato di contribuire, in forme che altrimenti sfuggirebbero alla nozione di complicità o di assistenza, a potenziali violazioni da parte di un altro Stato»³⁰⁸.

In relazione ai diritti umani particolarmente qualificati, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto l'esistenza di ulteriori disposizioni della Convenzione utili per tutelare l'individuo contro un rimpatrio forzato, laddove quest'ultimo non sia sufficientemente protetto nel paese di origine o di provenienza. In particolare, il ragionamento operato dalla Corte, ma anche da parte di altri organi controllo internazionali, è stato quello di estendere per analogia l'ambito di protezione del *refoulement* a tutte le norme sui diritti umani che risultano inderogabili in situazioni di emergenza³⁰⁹. Nel contesto del Patto ONU, ad esempio, «possono essere menzionati il divieto di schiavitù (art. 8); il divieto di imprigionamento per debiti (art. 11); il divieto di irretroattività della legge penale e delle relative sanzioni (art. 15); il diritto alla personalità giuridica (art. 16). Nel sistema della CEDU, la situazione è analoga, in quanto la lista delle norme inderogabili include gli stessi diritti tutelati nell'ambito del Patto»³¹⁰. Si segnalano, quindi, il diritto alla vita³¹¹, consacrato nell'art. 2³¹² della Convenzione; il diritto ad un processo equo, cristallizzato nell'art. 6³¹³, il quale può proteggere dal respingimento nelle eccezionali ipotesi di fragrante diniego di giustizia nel paese

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ Sul ruolo centrale del diritto alla vita, e sulla sua compatibilità con la pena di morte, v. M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 101.

³¹² Art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: "1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione".

³¹³ Art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

di origine o di provenienza; infine, anche il diritto all'integrità fisica o mentale, inerente al diritto alla vita privata sancito nell'art. 8³¹⁴ della Convenzione, può essere eccezionalmente utilizzato per garantire la protezione dal respingimento contro maltrattamenti fisici o mentali al di sotto della soglia prevista nell'art. 3 della Convenzione.

In linea con tale impostazione la Corte, oltre a ricoprire il ruolo di “garante e controllore” della Convenzione stessa, è stato ed è attore fondamentale nell'opera di interpretazione dei diritti ivi sanciti; col suo lavoro ha dotato di dinamicità diritti che -inevitabilmente- sono soggetti al mutare dei tempi, i quali necessiterebbero di un'interpretazione che vada – temporalmente e geograficamente – al di là della Carta, capace anche di abbracciare tradizioni giuridiche profondamente diverse.

In definitiva, si può concordare sul concepire il principio di *non-refoulement* come “un andare al di là” della analoga garanzia prevista dal diritto internazionale dei rifugiati³¹⁵, estendendo il campo di applicazione dei diritti in esso previsti, «tanto da essere attualmente considerata una garanzia funzionale al rispetto dei diritti umani inderogabili di ciascun individuo, anche se non rientrante nella definizione di rifugiato o qualificabile come richiedente asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra e di altro strumento internazionale pertinente»³¹⁶.

2. La declinazione del divieto di *refoulement* nel sistema regionale americano

Negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, il continente americano fu teatro di alcune tra le peggiori violazioni dei diritti umani, trovandosi gran parte della regione in piena guerra civile o sotto il dominio di brutali regimi dittatoriali. A fronte di ciò, la nascita di un ordinamento democratico ha comportato l'emergere di nuove sfide, il cui centro era rappresentato dalla creazione di un sistema interamericano dei diritti umani, nato per dare una risposta concreta all'ondata di gravi violazioni dei diritti umani che hanno attraversato il continente.

Il sistema americano di protezione dei diritti umani «si sviluppa secondo direttrici del tutto differenti rispetto al suo corrispettivo europeo, assumendo una connotazione peculiare. Frutto di una serie di iniziative susseguites nel tempo, esso si contraddistingue per l'intrecciarsi di organismi che, facenti capo a distinte intese tra i paesi aderenti, agiscono secondo le competenze attribuite. Se,

³¹⁴ Art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

³¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

³¹⁶ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 98.

infatti, il sistema europeo di Strasburgo si fonda sull'adesione dei paesi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al contrario quello interamericano è il risultato del coordinamento tra due principali strumenti: la Carta dell'Organizzazione americana degli Stati (OAS), la cui prima stesura risale al 30 aprile 1948, e la Convenzione americana, anche detto Patto di San Josè, del 22 novembre 1969. L'organo politico a capo di entrambi i suddetti accordi è appunto l'Organizzazione degli Stati americani, costituito da trentacinque paesi i quali hanno tutti aderito alla Carta ma non necessariamente alla Convenzione. A differenza di quanto accade nel continente europeo, infatti, dove si prevede un'adesione automatica alla Convenzione EDU nel momento in cui gli Stati si uniscono al Consiglio d'Europa, nel sistema americano gli Stati possono decidere di non ratificare la Convenzione, sottraendosi pertanto alla giurisdizione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Tra gli Stati che si rifiutano di aderire alla Convenzione americana figurano gli Stati Uniti e il Canada, sottoposti al controllo politico della Commissione interamericana ma evitando, dunque, un controllo giurisdizionale sui propri atti giuridici»³¹⁷.

In realtà, «già alla fine dell'Ottocento si diede forma a una primitiva organizzazione degli Stati indipendenti dell'America latina, perlopiù finalizzata allo scambio di informazioni commerciali; soltanto dopo gli anni Quaranta prese il via quello che oggi è conosciuto come OAS, con la funzione di garantire la pace e la sicurezza tra i paesi membri, disponendo di meccanismi di garanzia per la cooperazione e la risoluzione pacifica di dispute tra gli Stati. La Carta dell'OAS, alla stessa stregua della Carta dell'Onu, fa riferimento ai diritti umani come uno dei principi fondamentali dell'Organizzazione. A tal fine, in occasione della conferenza di Bogotà avvenuta tra il 30 marzo e il 2 maggio del 1948, si procedette alla stipulazione della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri delle persone. Essa, analogamente alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, non ha tuttavia valore vincolante, né si aveva allora l'intenzione di incorporarla nella Carta, considerandola dunque un mero strumento dichiarativo da utilizzare come linea guida per lo sviluppo di un "diritto americano". Soltanto dal 1960, con il meeting di Santiago dei ministri degli esteri degli Stati dell'OAS, la Carta poté avvalersi dell'operato di un organo specifico per la promozione e il rispetto dei diritti umani, ovvero la Commissione interamericana. Tra le principali funzioni che la Commissione svolge nell'ambito della Carta vi sono la possibilità di formulare raccomandazioni agli Stati membri per l'adesione di misure atte a promuovere i diritti; preparare report sulle situazioni esistenti, ed infine richiedere informazioni ai governi sullo stato di promozione dei diritti nei singoli paesi»³¹⁸.

³¹⁷ P. TANZARELLA, *Il sistema americano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San Josè*, reperibile online su http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Tanz/Tanzarella_sistema-interamericano_astrid.pdf.

³¹⁸ *Ibidem*

Tuttavia, si dovranno attendere oltre due decenni per l'adozione anche nel continente americano, in analogia con quanto avvenuto nel frattempo in Europa, di un atto vincolante in materia, appunto la Convenzione americana sui diritti umani del 1969, entrata in vigore soltanto il 18 luglio 1978 a seguito del deposito dell'undicesimo strumento di ratifica³¹⁹. L'Organizzazione degli Stati americani lavorò affinché anche «il continente americano avesse un sistema di protezione dei diritti pari a quello europeo, soprattutto perché proprio in quelle terre era forte l'esigenza di creare un concreto meccanismo internazionale di tutela, essendo gran parte degli Stati americani sotto scacco dei regimi autoritari, e lo furono fino agli anni Ottanta. La Convenzione entrò in vigore, con il compromesso tuttavia che i paesi membri dell'OAS potessero scegliere di ratificarla accettando così su base volontaria la giurisdizione della Corte, istituita solo dieci anni dopo dall'approvazione della Convenzione»³²⁰.

Benché l'assetto organizzativo americano ricordi quello europeo, giova comunque sottolineare come durante la discussione del testo convenzionale, si sostenne con vigore l'idea secondo la quale sarebbe stato opportuno differenziare il sistema americano da quello europeo³²¹, in considerazione delle caratteristiche proprie degli Stati americani³²².

«Un primo riflesso di questa tendenza risiede nella scelta dei diritti e delle libertà che la Convenzione americana contempla: oltre a prevederne un numero maggiore rispetto alla CEDU, per alcuni di essi, il Patto di San Josè ne prevede i dettagli nello specifico»³²³. Da un punto di vista strutturale, come il sistema europeo, ciascuna istituzione interamericana si pone invece in maniera indipendente l'una dall'altra ma in un'ottica di complementarità. Più nello specifico, il sistema si poggia su due organi principali, la Commissione e la Corte, i quali operano in maniera cronologicamente differenziata, rispettando la scansione delle fasi procedurali stabilite dalla stessa

³¹⁹R. M. F. SOARES, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani*, in *Democrazia e Sicurezza*, fasc. 2, 2011.

³²⁰P. TANZARELLA, *op. cit.*

³²¹ Secondo P. TANZARELLA, *op. cit.*, i motivi di una tale diversificazione sono dovuti alle profonde differenze tra il continente americano ed europeo di quel periodo. Riprendendo le parole dell'Autore: «La realtà sociale e giuridica dei paesi europei differiva infatti da quella delle repubbliche americane, anche a causa delle condizioni di sottosviluppo e di estrema povertà che hanno agevolato la nascita di governi autoritari e di organismi di tutela implicati in forme di corruzione gravi. Da qui, la necessità di mettere a punto un sistema che potesse sfruttare l'esperienza europea ma che, allo stesso tempo, avesse caratteristiche proprie per affrontare più adeguatamente i problemi specifici del contesto americano».

³²²T. BUERGENTHAL, R. E. NORRIS, *Human Rights: the Interamerican system*, Booklet n. 15, vol. 3, 1982, pp. 67-71.

³²³P. TANZARELLA, *op. cit.*; Sulla differenza sostanziale tra la natura ed il numero dei diritti garantiti nei due strumenti regionali, T. BUERGENTHAL, *The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes*, in *Buffalo Law Review*, 1971: «The American Convention on Human Rights guarantees 23 broad categories of rights and freedoms. By contrast, the European Convention of Human Rights,7 as originally adopted, proclaimed merely 13 rights. Two possible hypotheses suggest themselves to explain this difference between the two instruments. The first is that the draftsmen of the European Convention were more realistic than their American colleagues about governmental attitudes towards international protection of human rights and, to assure its ultimate entry into force, kept its provisions to a bare minimum while leaving the door open to its enlargement by subsequent protocols. The second hypothesis is that the inhabitants of the American Continents urgently need international protection for many more rights than did their European brethren. Both hypotheses are probably valid and that does not bode well for the speedy entry into force of the American Convention».

Convenzione. La Corte rappresenta il cuore dell'organizzazione soprattutto in ordine alla sua funzione giurisdizionale; anche il ruolo della Commissione risulta però centrale in quanto essa detiene il potere di decidere quali ricorsi presentare alla Corte»³²⁴.

Da ciò emerge il carattere essenzialmente binario del sistema regionale americano, il quale ha condiviso forti analogie con il sistema di garanzia previsto dalla Convenzione europea prima dell'entrata in vigore del Protocollo n.11, che ha di fatto abolito la Commissione, concentrando unicamente nella Corte il ruolo di garante e controllore del sistema ivi prefigurato.

Da un punto di vista sostanziale, la Convenzione americana rappresenta un massiccio strumento normativo, composto da 82 articoli³²⁵; per ciò che rileva in tale sede, si evidenzia come anche la Convenzione americana, così come la Convenzione EDU, abbia introdotto una protezione indiretta del principio di *non-refoulement*, ricavandolo dal divieto di tortura che trova una sua espressa consacrazione nell'art. 5³²⁶ della Convenzione stessa. Ad ogni modo, nonostante l'indubbio rilievo esercitato dall'art. 5, all'interno della Convenzione interamericana è possibile rinvenire un fondamento giuridico espresso relativo al *principio de no devolución* di individui stranieri i quali correrebbero il rischio di veder limitato il godimento dei propri diritti fondamentali, ed anzi, di essere sottoposti a trattamenti contrari allo spirito della Convenzione, una volta rinviati nel paese d'origine o di provenienza o in qualsiasi altro territorio non sicuro. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 22³²⁷ della Convenzione, e più precisamente alla disposizione contenuta nel par.

³²⁴ P. TANZARELLA, *op. cit.*

³²⁵ . BUERGENTHAL, *The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes, op. cit.*

³²⁶ Art. 5 della Convenzione interamericana dei diritti umani: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale. 2. Nessuno sarà sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Tutti coloro privati della libertà saranno trattati con il rispetto dovuto alla dignità inerente di persona umana. 3. La pena non sarà inflitta ad alcuna persona diversa dal reo. 4. Le persone accusate saranno detenute separatamente dalle persone condannate, salvo circostanze eccezionali, e saranno sottoposte ad un trattamento adatto alla loro condizione di individui che non hanno subito condanne. 5. I minori d'età saranno sottoposti a procedimenti penali distinti da quelli predisposti per gli adulti, che si svolgono davanti a corti specializzate, con la massima speditezza, in modo da essere comunque trattati in modo conforme alla condizione minorile. 6. Le pene consistenti nella privazione della libertà dovranno tendere essenzialmente alla rieducazione e alla riabilitazione del prigioniero”.

³²⁷ Articolo 22 della Convenzione interamericana dei diritti umani: “1. Ogni persona legalmente presente nel territorio di uno Stato Parte ha il diritto di muoversi al suo interno e di risiedervi, nei limiti delle previsioni di legge. 2. Ogni persona ha il diritto di lasciare liberamente qualsiasi paese incluso il proprio. 3. L'esercizio dei diritti sopra enunciati può essere limitato solo in forza di una legge e nella misura necessaria in una società democratica per impedire il crimine o per tutelare la sicurezza nazionale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la morale pubblica, la salute pubblica o i diritti o le libertà di altri. 4. L'esercizio dei diritti riconosciuti nel paragrafo 1 può essere limitata dalla legge in determinate zone per ragioni di pubblico interesse. 5. Nessuno sarà espulso dal territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza o privato del diritto di accedervi. 6. Uno straniero legalmente presente nel territorio di uno Stato Parte della presente Convenzione ne può essere espulso solo a seguito di una decisione adottata in forza di una norma di legge. 7. Ogni persona ha il diritto di richiedere e di ottenere asilo in un territorio estero, in accordo con le leggi interne e le convenzioni internazionali, nel caso sia perseguito per reati politici o per connessi reati comuni. 8. In nessun caso uno straniero può essere espulso o respinto verso un paese, si tratti o meno del suo paese d'origine, se in quel paese rischia di essere violato il suo diritto alla vita o la sua libertà personale per motivi di razza, religione, condizione sociale o opinioni politiche. 9. Le espulsioni collettive di stranieri sono proibite”.

8, considerato da più autori³²⁸ la base giuridica regionale del principio di *non-refoulement*, il quale stabilisce espressamente il divieto di espellere un individuo in qualsiasi luogo nel quale la sua vita non sarebbe sufficientemente tutelata.

In realtà, è possibile addirittura evidenziare in relazione alla codificazione del principio qui in esame, un'estensione di tutela dell'individuo straniero rispetto a quanto previsto dal modello europeo³²⁹. Invero, esaminato l'articolo in esame si può notare come, a differenza di quanto accade nella Convenzione europea in cui da nessuna disposizione normativa è possibile desumere l'esistenza di un diritto di asilo, al contrario il par. 7 dell'art. 22 espressamente codifica il diritto dell'individuo di cercare e di trovare asilo, seppur limitato a casi specifici e determinati, ossia la circostanza che l'individuo in questione sia perseguitato per reati politici o connessi reati comuni.

3. La tutela del principio di *non-refoulement* nel sistema africano

Il sistema africano di tutela dei diritti umani opera attorno all'Unità Africana (di seguito "UA"), erede dell'allora Organizzazione dell'Unità Africana (di seguito "OUA"), il cui risultato più rilevante è consistito, sulla scorta di quanto avvenuto già in precedenza nei continenti europeo ed americano³³⁰, nell'adozione, il 27 giugno 1981, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, entrata in vigore il 21 ottobre 1986. Sebbene secondo alcuni autori³³¹, l'adozione della citata Carta non abbia prodotto i risultati sperati ai fini di una concreta promozione e protezione dei diritti umani in Africa³³², i pregi di quest'ultima sono stati tutti dal punto di vista procedurale.

Invero, in base alla Carta africana è stata istituita la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la quale, «pur sprovvista di poteri vincolanti, ha la funzione di esaminare sia i rapporti periodici degli Stati parte circa il rispetto della Carta nonché le comunicazioni statali aventi ad oggetto le violazioni della Carta stessa, sia le comunicazioni presentate da individui o organizzazioni non governative che lamentano analoghe violazioni»³³³. Tuttavia,

³²⁸ H. G. ESPIELL, *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Aa.Vv., Estudios básicos sobre derechos humanos*, Madrid, 1998, pp. 252 e ss.

³²⁹ A tal riguardo, v. K.C. PROCACCINI, *Constructing the Right "Not to Be Made a Refugee" at the European and Inter-American Courts of Human Rights*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 22, 2008, pp. 271-291.

³³⁰ B. O. OKERE, *The protection of human rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A comparative Analysis with the European and the American System*, Vol. n. 6, N. 8, 1984, p. 141.

³³¹ G. J. NALDI, *The African Union and the Regional Human Rights System*, in M. EVANS, R. MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006*, Cambridge, 2008.

³³² O. OKERE, *op. cit.*, descrive con queste parole la Carta africana: «Modest in its objectives and flexible in its means».

³³³ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 68. Riprendendo sempre le parole dell'Autore, soprattutto sul ruolo della Commissione: «Va purtroppo segnalato che di recente è riscontrabile la tendenza, in sede di Unione africana, a limitare, se non in prospettiva a cancellare, il ruolo significativo sinora esercitato dalla Commissione africana. Il Consiglio esecutivo dell'Unione Africana, con decisione assunta durante la trentatreesima sessione ordinaria del 28-29 giugno 2018, ha infatti evidenziato l'esigenza di rafforzare il controllo politico sulle attività della Commissione, di rivedere i poteri interpretativi della Commissione ritenuti analoghi a quelli della Corte africana, indicando inoltre, nel merito, la necessità di un allineamento fra la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte al fine di evitare presunti –

indipendentemente dal fatto che sia chiamata a pronunciarsi su comunicazioni di origine statale o individuale, la Commissione può adottare soltanto rapporti sprovvisti di efficacia vincolante³³⁴. Anche per questo motivo, con il Protocollo del 10 giugno 1998, è stata istituita la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli³³⁵ il cui mandato, posto a complemento di quello della Commissione, le attribuisce la facoltà di emettere sentenze vincolanti non solo sui ricorsi statali ma anche su quelli presentati da individui o da organizzazioni non governative³³⁶. In tale ultimo caso, tuttavia, «le condizioni di accesso alla Corte sono rese sicuramente più complesse rispetto ai ricorsi statali, posto che lo Stato convenuto deve avere previamente accettato la competenza della Corte a conoscere di tale seconda tipologia di ricorsi»³³⁷.

Diversamente dalle altre corti regionali per i diritti dell'uomo e dalla Commissione africana³³⁸, «la giurisdizione contenziosa della Corte africana riguarda tutti i casi e le controversie

e nella pratica assai limitati – conflitti fra le decisioni dei due organi di controllo. Se questa decisione del Consiglio esecutivo venisse attuata, ne risulterebbe, in primo luogo, un potenziale “commissariamento” del suddetto organo di controllo (la Commissione), e, in secondo luogo, un notevole ridimensionamento del suo ruolo interpretativo, con la conseguenza di un generale indebolimento del livello di tutela dei diritti umani in Africa».

³³⁴ G. PASCALE, *La tutela dei diritti umani in Africa: origini, istituzione ed attività della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, in la Comunità internazionale, n. 3-4, 2012, p. 574.

³³⁵ G. PASCALE, *op. cit.*: «Il testo finale del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli relativo all'istituzione di una Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli fu sottoposto alla firma dei rappresentanti degli Stati nel corso della 34° sessione ordinaria della Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'OUA, tenutasi a Ouagadougou, in Burkina Faso, il 9 giugno 1998. Conformemente a quanto disposto dall'art. 34, par. 3, il Protocollo istitutivo della Corte è entrato in vigore con il deposito del quindicesimo strumento di ratifica da parte dell'Unione delle Comore, avvenuto il 26 dicembre 2003, essendosi raggiunto il numero minimo di ratifiche necessario perché il Protocollo potesse entrare in vigore esattamente trenta giorni dopo, il 25 gennaio 2004».

³³⁶ A tal riguardo, v. G. PASCALE, *op. cit.*

³³⁷ Per un approfondimento relativo alla genesi della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, G. PASCALE, *op. cit.* Riprendendo le parole dell'Autore: «L'idea di creare una giurisdizione poste a tutela dei diritti dell'uomo nel continente africano emerse, per la prima volta, nel corso del Congresso dei giuristi africani, organizzato dalla Commissione internazionale dei giuristi a Lagos, in Nigeria, dal 3 al 7 giugno 1961. Tuttavia, contrariamente a quanto dichiarato a Lagos, i governanti africani dell'epoca disincentivarono la creazione di organi giurisdizionali regionali attivi nell'ambito della protezione dei diritti dell'uomo, poiché questi venivano considerati di matrice strettamente occidentale e non propri della tradizione africana; gli Stati africani erano, invece, invitati a servirsi di metodi non giurisdizionali di risoluzione delle loro controversie. Successivamente, nel corso degli anni '90, in un clima ormai divenuto più favorevole, vari fattori iniziarono a spingere per l'adozione di un Protocollo alla Carta africana che permettesse di istituire una Corte africana. Tra questi, vi rientrano principalmente l'acquisita consapevolezza del ruolo non efficace svolto dalla Commissione ai fini di una compiuta protezione dei diritti dell'uomo in Africa. Inoltre, fattore anche determinante è stata l'istituzione dell'Unione Europea, molto attiva nel settore della cooperazione allo sviluppo, e che aveva iniziato ad imporre a molti Paesi africani, come contropartita agli aiuti ad essi riservati, il rispetto di alcuni principi attinenti alla democrazia, allo stato di diritto, al buon governo e alla tutela dei diritti dell'uomo, rafforzando indirettamente la necessità dell'istituzione di un organo giurisdizionale operativo in Africa in questi ambiti. Ancora, una spinta decisiva per l'istituzione della Corte africana venne anche dalla volontà di garantire la pace sociale fra i popoli del continente, al fine di scongiurare che si ripropoessero efferatezze simili al genocidio verificatosi in Ruanda nel 1994. Il genocidio ruandese aveva infatti pesantemente segnato le coscienze di tutti gli Stati africani ma, ancor di più, essi erano rimasti negativamente colpiti dalla conseguente istituzione, ad opera delle Nazioni Unite, del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, cioè di un organo giurisdizionale imposto dall'esterno ad un Paese africano. Da ultimo, delle pressioni sono state esercitate dalla crescente consapevolezza del successo raggiunto dalle Corti di Strasburgo, istituita nel sistema CEDU, e di San José, operante nell'ambito del sistema interamericano di tutela dei diritti dell'uomo, le quali hanno dato prova di costituire meccanismi effettivi per la protezione dei diritti dell'uomo nelle loro regioni di afferenza».

³³⁸ Oltre ad una competenza contenziosa, alla Corte africana è stata attribuita anche una funzione consultiva stabilita dall'art. 4 del Protocollo.

ad essa sottoposti concernenti non soltanto l'interpretazione e l'applicazione della Carta africana, ma anche di ogni altro strumento di diritto internazionale rilevante in materia di diritti dell'uomo che sia stato ratificato dallo Stato parte in causa davanti ad essa. Allo stesso modo è stabilito che, nell'adottare una decisione, la Corte africana possa fare riferimento non solo alle norme della Carta, ma anche alle disposizioni di qualsiasi altro atto giuridico internazionale sui diritti dell'uomo che sia rilevante per gli Stati coinvolti in giudizio»³³⁹. Infine, giova ribadire nuovamente l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte, le quali, una volta trasmesse alle parti della controversia e a tutti Stati membri dell'Unione africana, oltre che alla Commissione, vengono poi indirizzate al Consiglio esecutivo dell'UA, il quale, ai sensi dell'art. 29, par. 2 del Protocollo, ha il compito di sorvegliarne l'esecuzione sulla base delle relazioni annuali presentate dalla Corte stessa alla conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'UA³⁴⁰.

Da un punto di vista sostanziale, significata è la definizione di rifugiato, la quale si pone sì in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra, ma con l'aggiunta, tuttavia, delle ipotesi di fuga da un territorio a causa di “aggressioni esterne, occupazione, dominazione straniera o eventi che disturbano gravemente l'ordine pubblico”³⁴¹. Da ciò ne deriva, dunque, una nozione più estesa di rifugiato, che attribuisce a chiunque fugge dal proprio territorio a causa dei motivi suesposti, il diritto ad ottenere lo *status* di rifugiato in Paesi parti dell'OUA, a prescindere dall'esistenza di un rischio di persecuzione individuale³⁴². Ciò posto, ciò che qui rileva ai fini della presente ricerca sono gli artt. 5³⁴³ e 12³⁴⁴ della Carta africana. A tal proposito, infatti, mentre l'art. 5 appare come una disposizione di principio, stabilendo la proibizione assoluta di qualsiasi comportamento assimilabile alla tortura e/o a trattamenti inumani e degradanti, l'art. 12 reca direttive in tema di libertà di movimento degli individui e di diritto d'asilo. In particolare, i par. 3,4 e 5 della disposizione in esame enucleano nella sostanza il principio di non respingimento di individui verso un luogo in cui vi sia un fondato timore di persecuzione, e che si trovino sotto la giurisdizione di

³³⁹ G. PASCALE, *op. cit.*

³⁴⁰ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 68.

³⁴¹ SIGIT RIYANTO, *op. cit.*, p. 740.

³⁴² Per un'analisi delle diverse fonti regionali, v. SIGIT RIYANTO, *op. cit.*, pp. 741 e ss.

³⁴³ Art. 5 della Carta Africana: “Ogni individuo ha diritto al rispetto della dignità inerente alla persona umana e al riconoscimento della sua personalità giuridica. Qualsiasi forma di sfruttamento e di svilimento dell'uomo, specialmente la schiavitù, la tratta delle persone, la tortura fisica o morale, e le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti sono interdetti”.

³⁴⁴ Art. 12 della Carta Africana: “1. Ogni persona ha il diritto di circolare liberamente e di scegliere la propria residenza all'interno di uno Stato, con riserva di conformarsi alle norme sancite per legge. 2. Ogni persona ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, e di ritornare nel proprio paese. Questo diritto non può costituire oggetto di restrizioni all'infuori di quelle previste dalla legge, necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute o la moralità pubbliche. 3. Ogni persona ha il diritto, in caso di persecuzione, di ricercare e ricevere asilo in territorio straniero, conformemente alla legge di ciascun paese e alle convenzioni internazionali. 4. Lo straniero legalmente ammesso sul territorio di uno Stato Parte alla presente Carta non potrà essere espulso che in virtù di una decisione conforme alla legge. 5. L'espulsione collettiva di stranieri è vietata. L'espulsione collettiva è quella che tocca globalmente gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi”.

uno Stato firmatario della Carta africana stessa. Importante è poi precisare che, a differenza delle sue omologhe, la Convenzione africana non prevede la facoltà di deroghe ai diritti da essa garantiti. Ad ogni modo, nonostante l'indubbia rilevanza degli articoli appena citati, attualmente non è ancora possibile rinvenire alcuna applicazione giurisprudenziale del principio di *non-refoulement*.

4. Il sistema comunitario di protezione dello straniero irregolare

Il diritto degli stranieri, «pur essendo una tematica sopranazionale per definizione, è anche una normativa di precipuo interesse nazionale. Lo è per diverse ragioni sia legate al controllo delle frontiere, quindi all'entrata sul territorio nazionale, sia legate alla stessa identità culturale ed economica nazionale. A seguito di tali considerazioni, è facile capire la difficoltà riscontrata, e la conseguente lunghezza dei tempi, nel considerare a livello europeo una materia tanto legata alla sovranità statale come quella dei diritti degli stranieri. Per questo motivo, la normativa sull'immigrazione non è stata comunitarizzata nei primi Trattati, divenendole solo con il Trattato di Amsterdam del 1997»³⁴⁵.

Più precisamente, il primo trattato che, seppure in modo embrionale, richiama l'esigenza di introdurre una politica comune relativa al diritto degli stranieri è l'Atto Unico Europeo del 1986, limitandosi tuttavia quest'ultimo ad affrontare la questione della cooperazione per quanto riguarda il controllo delle frontiere esterne³⁴⁶. In seguito, con il Trattato di Maastricht del 1992³⁴⁷ istitutivo della cittadinanza europea³⁴⁸, si registra un primo effettivo cambiamento in tal senso, venendo di fatto elencato, come terzo pilastro della Comunità europea, quello di “agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza tra i popoli”³⁴⁹. Nondimeno, la concretizzazione di tale obiettivo presupponeva, in via preliminare, la necessità fare fronte alla frammentaria legislazione comunitaria previgente in materia di trattamento dei cittadini di paesi terzi³⁵⁰.

In linea con ciò, si pervenne nel 1999 alla conclusione del Trattato di Amsterdam³⁵¹, il quale pone «le basi per istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, prevedendo, da una parte, l'adozione di misure volte ad assicurare la libera circolazione dei cittadini, accompagnate da provvedimenti in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione,

³⁴⁵ E. ZANROSSO, *Diritto dell'Immigrazione. Manuale in materia di ingresso e condizione degli stranieri in Italia*, 2019, p. 19.

³⁴⁶ *Ibidem*

³⁴⁷ Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, adottato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

³⁴⁸ Art. 8 del Trattato di Maastricht.

³⁴⁹ E. ZANROSSO, *op. cit.*, p. 19.

³⁵⁰ Sulla frammentarietà della precedente normativa, v. H. LABAYLE, *Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne*, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, H. LABAYLE, O. EDSTRÖM (a cura di), *La politique européenne d'immigration et d'asile: Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, 2005, pp. 15 e ss.

³⁵¹ Il Trattato di Amsterdam venne adottato il 2 ottobre 1997 ed entrò in vigore il 1° maggio 1999.

e, dall'altra, l'adozione di misure in materia di asilo, immigrazione e salvaguardia dei diritti dei cittadini di paesi terzi. Il 20 maggio 1999 con decisione n. 435 si approva, da parte del Consiglio, la definizione dettagliata dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, in base al quale viene stabilito che le disposizioni concernenti la cooperazione di polizia sono inserite nel c.d. "Terzo Pilastro", mentre le disposizioni riguardanti la libera circolazione delle persone e la soppressione dei controlli alle frontiere interne sono inserite nel "Primo Pilastro". Per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo, le scelte operate da Amsterdam rappresentano, quindi, il superamento della cooperazione intergovernativa (istituzionalizzata nel "Terzo Pilastro") e il primo passo verso la comunitarizzazione»³⁵². In seguito, tra il 1999 e il 2009, anno dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona³⁵³, il legislatore comunitario ha adottato una serie di direttive e regolamenti, che hanno poste le basi al c.d. Sistema Comune d'Asilo (*Common European Asylum System – CEAS*), oltre che di una politica di immigrazione comune³⁵⁴. Ad oggi, i trattati in vigore per l'Unione Europea il Trattato sull'Unione europea (TUE) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)³⁵⁵.

Da tali premesse, si rileva come il sistema comunitario disciplini con regole e politiche proprie la condizione giuridica dei soggetti che si allontanano dal loro Paese per sfuggire da una situazione di grave pericolo, per sé o per i propri familiari; ciò lo si deve anche dalle molteplici lacune contenute nella Convenzione di Ginevra, ratificata da tutti gli Stati membri dell'UE, colmate dagli Stati mediante proprie normative e azioni³⁵⁶. Così, «attraverso l'Unione Europea, gli Stati si sono dati regole comuni per completare e, laddove possibile, rafforzare il regime internazionale che tutela i migranti forzati»³⁵⁷. In linea con ciò, la politica comunitaria, oltre a tutelare dal pericolo di respingimento i soggetti ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, abbraccia la maggior parte delle altre fattispecie di migranti forzati ricordati nei paragrafi precedenti, e ciò attraverso una lettura evolutiva della nozione di rifugiato³⁵⁸.

Benché il rispetto del principio di *non-refoulement* sia senza dubbio affidato a «provvedimenti *ad hoc* da parte delle autorità di frontiera o di altre autorità, si evidenzia allo stesso tempo come in realtà la forma più idonea consista nella previa definizione, in via generale ed astratta, di un quadro giuridico entro cui collocare la richiesta di protezione del singolo individuo o

³⁵² E. ZANROSSO, *op. cit.*, p. 20.

³⁵³ Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Riprendendo le parole di E. ZANROSSO, «con esso si è cercato di introdurre e rafforzare i principi di democraticità e trasparenza all'interno delle istituzioni europee. In particolare, con il Trattato di Lisbona viene rafforzata la capacità dell'Unione europea in materia di libertà, sicurezza e giustizia».

³⁵⁴ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 248.

³⁵⁵ Sul ruolo della normativa comunitaria dell'Unione europea, v. A. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 127.

³⁵⁶ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 245.

³⁵⁷ *Ibidem*

³⁵⁸ *Ibidem*.

dei gruppi in fuga. Pertanto, seguendo l'esempio di alcuni Stati maggiormente sensibili al tema, l'UE ha configurato due schemi di accoglienza e protezione per migranti forzati ulteriori rispetto a quello relativo ai rifugiati: la protezione temporanea, disciplinata dalla direttiva 2001/55, e la protezione sussidiaria, prevista ora dalla Direttiva Qualifiche 2011/95, capo V e VI»³⁵⁹. La differenza tra tali forme di tutela³⁶⁰ oltre ad insistere sul diverso grado di protezione accordata, risiede anche nelle cause giustificative della fuga da parte dell'individuo³⁶¹.

La protezione temporanea concerne le «situazioni di afflusso massiccio di sfollati alle frontiere di uno o più Stati membri». Per afflusso massiccio, ai sensi dell'art. 2, lett. *d*, si intende «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 venga spontaneamente o sia agevolato». Gli sfollati sono invece riconosciuti come quegli individui i quali «sono stati costretti ad abbandonare il loro paese d'origine o stati evacuati ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel Paese stesso. Tale nozione ricomprende in particolare: *i*) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; *ii*) gli individui soggetti a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o che siano state vittime di siffatte violazioni»³⁶². La valutazione circa il carattere massiccio del flusso migratorio «è lasciato alla discrezionalità degli Stati, fondandosi principalmente sulla percezione soggettiva che lo Stato e la sua comunità hanno del flusso. Tuttavia, l'esistenza di quest'ultima è poi accertata con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione, la quale esamina le eventuali richieste degli Stati membri a tal fine (art. 5, par. 1). Sulla base dell'esame della situazione e delle informazioni comunicate dagli Stati membri, dall'UNHCR e da altre organizzazioni (art. 5, par. 4), il Consiglio adotta una decisione contenente la descrizione dei gruppi specifici a cui si applica la protezione temporanea (art. 3, par. 3)»³⁶³. Tale forma di protezione è stata oggetto di qualche perplessità proprio «per il suo carattere discrezionale e politico: infatti, è solo per via di una decisione del Consiglio che si determina l'applicazione del meccanismo di protezione con riguardo a una specifica situazione, ed è sempre il Consiglio a determinare, sulla base delle disponibilità avanzate dagli Stati membri, come ripartire tra i vari paesi gli oneri di accoglienza degli sfollati»³⁶⁴.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ Sull'opportunità di avere disciplinato tali *status* protetti mediante direttive, v. M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 2015, 1, 47 ss.

³⁶¹ L. BORSI, *Nota breve: Protezione temporanea, protezione umanitaria, protezione temporanea per motivi umanitari*, in Servizio Studi del Senato, n. 80, giugno 2015, reperibile online su <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00926327.pdf>: «Lo *status* di rifugiato e protezione sussidiaria sono specificazione di una medesima voce: la "protezione internazionale", dicitura ricorrente nei recenti atti normativi dell'Unione europea, intesi ad "avvicinare" la disciplina di siffatte due diverse forme di protezione».

³⁶² M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 245 e ss.

³⁶³ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 258.

³⁶⁴ *Ibidem*.

È per tali ragioni, probabilmente, che «il sistema creato dalla direttiva in esame non è mai stato attivato dagli Stati membri dell'Unione, anche quando sottoposti a flussi massicci di migranti»³⁶⁵.

Passando ora ad esaminare la protezione sussidiaria³⁶⁶, regolamentata per la prima volta con la direttiva n. 2004/83/CE, ed ora confluita nella direttiva 2011/95/UE, «quest'ultima è stata introdotta in attuazione del Trattato di Amsterdam del 1997 e delle deliberazioni assunte dalla riunione straordinaria del Consiglio europeo di Tampere del 1999, al fine di predisporre uno strumento di protezione anche a favore di chi non avesse i requisiti per beneficiare dello *status* di rifugiato. Il considerando 24 della Direttiva specifica, infatti, che “*la protezione sussidiaria dovrebbe avere carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla Convenzione di Ginevra*”. L'esigenza si è posta in quanto la definizione di rifugiato adottata dalla Convenzione di Ginevra, risulta particolarmente rigida in virtù della tassativa elencazione dei motivi a cui è necessario ricondurre la persecuzione, sicché non avrebbero trovato protezione situazioni senz'altro meritevoli di tutela in base al diritto pattizio ed europeo già vigente»³⁶⁷. In linea con ciò, beneficiari della protezione sussidiaria sono quegli individui stranieri i quali, una volta rientrati nel paese di origine o di dimora abituale correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno. «Sono considerati danni gravi, in alternativa: a) la condanna a morte o all'esecuzione; b) la tortura o altra forma di trattamento o pena inumana o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»³⁶⁸. Volendo comparare i requisiti necessari per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e quelli per il riconoscimento della protezione sussidiaria ciò che rileva «è il diverso grado di personalizzazione del rischio oggetto di accertamento nei due istituti tutori, atteso che nella protezione sussidiaria si coglie un'attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale ed il rischio rappresentato, sicché, in relazione alle ipotesi descritte, l'esposizione dello straniero al rischio di morte o a trattamenti inumani e degradanti, pur dovendo rivestire un certo grado di individualizzazione, non deve avere i caratteri più rigorosi del *fumus persecutionis*»³⁶⁹.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Sulla protezione sussidiaria, v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo, n. 1/2018, p. 7; v. anche, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del ruolo, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Rel. N. 108, del 20 novembre 2019.

³⁶⁷ S. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *QuestioneGiustizia*, fasc. n. 2, 2018.

³⁶⁸ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 248 e ss.

³⁶⁹ Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del ruolo, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Rel. N. 108, del 20 novembre 2019.

4.1 Il “sistema Dublino” e la questione della sua compatibilità con il rispetto del principio di *non-refoulement*

Oltre ai diversi *status* giuridici di protezione dello straniero, l'analisi relativa al regime di protezione comunitario deve necessariamente concentrarsi anche sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, delineata dal c.d. “sistema Dublino”, la cui base fondamentale è rappresentata dalla Convenzione del 1990, cui sono poi seguiti il Regolamento (CE) n. 343 del 2003 (c.d. “Dublino II”)³⁷⁰, e da ultimo il Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (c.d. “Dublino III”). Invero, da subito si precisa l'attuazione di una profonda revisione del sistema in esame, avvenuta il 26 giugno 2013, in una situazione di grave crisi, acuita soprattutto dall'aumento del fenomeno delle migrazioni in Europa, a causa dei molteplici disordini in Libia, Siria ed Iraq³⁷¹. In tal contesto, si colloca appunto l'abrogazione del citato Regolamento CE 343/2003 (c.d. “Dublino II”) – il quale nel corso del tempo aveva evidenziato carenze sistemiche, rendendone di fatto necessaria una revisione³⁷², - e la contestuale adozione del Regolamento (UE) 604/2013 (c.d. “Dublino III”), entrato in vigore il 19 luglio 2013³⁷³.

Il sistema normativo in questione è stato ideato con l'intento di fare fronte ad una triplice, ossia evitare in primo luogo, «comportamenti abusivi da parte dei richiedenti asilo attraverso la presentazione di domande multiple»³⁷⁴, quindi proposte in più Stati «per aumentare le *chances* di rivedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato; in secondo luogo, l'*asylum shopping*, per cui i richiedenti si recavano verso il Paese per loro più gradito; infine, evitare il fenomeno dei c.d. “rifugiati in orbita”, per cui un richiedente che non otteneva il riconoscimento dello *status* in un

³⁷⁰ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 300: «Il Regolamento (CE) n. 343/2003 era comunemente denominato “Dublino II” perché faceva seguito alla Convenzione internazionale firmata a Dublino il 15 giugno 1990 perché faceva seguito alla Convenzione internazionale firmata a Dublino il 15 giugno 1990 dagli allora 12 Stati membri della Comunità europea (Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito), con l'obiettivo di armonizzare le politiche in materia di asilo, al fine di garantire ai rifugiati un'adeguata protezione nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 e del Protocollo di New York (1967)».

³⁷¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 300.

³⁷² Riprendendo le parole di G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato*, in *Rivista dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. V, 2007: «Malgrado il regolamento Dublino II costituisca un passo avanti, uno studio pubblicato nella primavera del 2006 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) evidenziava la necessità di una sostanziale revisione, al fine di assicurare meglio il rispetto dei diritti di richiedenti asilo e rifugiati. Il funzionamento del Regolamento presuppone che le leggi sull'asilo e le derivanti prassi dei paesi aderenti poggino su standard comuni. Tuttavia – osserva anche tale studio - un'armonizzazione delle politiche d'asilo e delle pratiche adottate all'interno dell'UE non è ancora stata raggiunta. Sia le legislazioni nazionali che le rispettive prassi in materia d'asilo variano ancora molto da paese a paese, generando così un diverso trattamento dei richiedenti asilo. Ciò può produrre disparità nell'applicazione del Regolamento Dublino II. La questione più importante – rileva ancora l'UNHCR - è l'evitare concretamente (cioè in tutti gli Stati comunitari) che il richiedente asilo venga inviato fuori dello spazio regolato da Dublino II, senza che la sua richiesta sia stata esaminata. L'UNHCR evidenzia anche la necessità di un sistema più efficace per assicurare i ricongiungimenti familiari con una definizione più estesa della nozione di membro di una famiglia.

³⁷³ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 300.

³⁷⁴ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 266.

determinato paese si recava in un altro Stato membro presentando una nuova domanda, sperando così di avere maggiore fortuna»³⁷⁵.

Per rispondere a tali esigenze, il sistema Dublino ha di fatto attribuito ad un unico Stato la competenza per la processazione della domanda d'asilo (c.d. "principio dell'unicità della competenza"), non riscontrandosi, a tal riguardo, alcuna discontinuità tra i due Regolamenti³⁷⁶. Al contrario, il Regolamento "Dublino III" sembra allinearsi perfettamente con la precedente disciplina, basandosi anch'esso sul principio in base al quale «una domanda di protezione internazionale che venga proposta nel territorio dell'Unione europea da un cittadino di uno Stato terzo o da un apolide deve essere esaminata dalle autorità competenti di un solo Stato membro»³⁷⁷. Quest'ultimo viene individuato sulla base di criteri applicati in successione³⁷⁸, perlopiù invariati rispetto al Regolamento "Dublino II". Si tratta, nello specifico: dello Stato ove hanno già «ricevuto rifugio determinati familiari; lo Stato che ha già rilasciato al richiedente un titolo di soggiorno o un visto ad altri fini; o, infine, lo Stato in cui per primo il soggetto ha fatto ingresso, regolarmente o irregolarmente»³⁷⁹.

Trattasi di criteri applicati «nell'ordine in cui sono presentati e sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro»³⁸⁰.

A tal proposito, si noti che «se lo Stato competente giunge alla conclusione che il soggetto non soddisfa i requisiti di rifugiato, questi non può fare domanda in altro Paese europeo. Al contrario, se la protezione viene invece accordata, essa dispiega effetti unicamente sul territorio di quello Stato»³⁸¹. In altri termini, l'individuo riconosciuto rifugiato in uno Stato membro risulta, agli

³⁷⁵ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 248.

³⁷⁶ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 303.

³⁷⁷ FERACI, *Il nuovo regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 2, 2013.

³⁷⁸ G. MORGESE, *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, G. CAGGIANO (a cura di), p. 368: «In prima battuta è competente lo Stato in cui si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato oppure in cui un familiare del richiedente goda dello *status* di rifugiato o abbia richiesto tale *status*. Se non ci si trova in queste ipotesi, è competente lo Stato che abbia rilasciato un visto o permesso di soggiorno in corso di validità o scaduto, oppure che non richieda un visto d'ingresso al richiedente asilo. Successivamente la competenza grava in capo allo Stato attraverso le cui frontiere esterne il richiedente sia entrato illegalmente; a quello nella cui zona internazionale di un aeroporto venga presentata la domanda; ed infine a quello di presentazione della domanda. Il regolamento 604/2013 prevede alcune deviazioni dalla regola. In primo luogo, viene prevista una "clausola umanitaria", per la quale ogni Stato membro è tenuto a esaminare una domanda, in via di eccezione, ai fini del ricongiungimento familiare per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi umanitari o culturali (art. 16). È poi contemplata all'art. 17 una più ampia "clausola di sovranità" secondo la quale "ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale, anche se tale esame non gli compete».

³⁷⁹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 250.

³⁸⁰ FERACI, *Il nuovo regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 2, 2013.

³⁸¹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 250.

occhi degli altri paesi, uno straniero ordinario ai fini dell'ammissione e del soggiorno, non rivestendo lo *status* di rifugiato, al contrario del relativo diniego, un ambito di efficacia europeo³⁸².

Il meccanismo in esame nasce, pertanto, «con l'obiettivo di istituire procedure, quantomeno in astratto, più efficaci per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale»³⁸³. Nonostante l'enunciazione di principio circa un'applicazione gerarchica dei criteri, nel Regolamento "Dublino III", in continuità con il precedente, persiste la propensione a favorire l'attribuzione della competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale, *in primis*, sullo Stato di primo ingresso³⁸⁴. La prevalenza di tale criterio risulta rafforzata dall'applicazione di una norma specifica, ossia l'art. 13 del Regolamento, in base al quale laddove sia accertato, sulla base di elementi di prova o circostanze indiziarie, tra cui rilevano i dati sulle impronte digitali raccolte attraverso il sistema *Eurodac*, che «il ricorrente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un Paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo stesso Stato è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale; detta responsabilità cessa dodici mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera»³⁸⁵.

Tale circostanza è, peraltro, «alla base dei cedimenti strutturali del sistema di riparto della competenza così come consegnato fin dalla Convenzione di Dublino del 1990. La valorizzazione del luogo di primo ingresso, infatti, da un lato, finisce per concentrare le domande di protezione in determinati Stati membri, soprattutto quelli di frontiera meridionale dell'Unione, che sono maggiormente interessati dai flussi migratori, favorendo l'insorgere in essi di crisi sistemiche e, dunque, il rischio di violazioni dei diritti fondamentali dei richiedenti. Dall'altro, tale criterio pregiudica gli interessi degli stranieri in cerca di protezione, imponendo agli stesi la proposizione della domanda in un luogo che non solo non sarebbe quello nel quale questi ultimi hanno interesse a restare (o a trasferirsi), per ragioni familiari o personali, ma nel quale, magari sono giunti in modo del tutto casuale e impreveduto, per esempio, per ragioni ambientali (ad esempio, un naufragio in mare) o per scelte opportunistiche e senza scrupoli degli organizzatori dei viaggi clandestini. Peraltro, allo stato attuale, lo Stato individuato dal "sistema di Dublino" come competente ad esaminare la domanda è generalmente anche lo Stato in cui l'interessato dovrà soggiornare una volta ottenuta la protezione. Ciò frustra le aspirazioni dei richiedenti e i loro legami familiari e

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 303.

³⁸⁴ Per un'analisi critica del criterio dello Stato di primo ingresso, v. CARTA, *Il criterio dello Stato di primo ingresso, secondo il Regolamento Dublino III, in occasione degli interventi Search and Rescue (SAR)*, in *Federalismi, Focus Human Rights*, n. 3, 2018.

³⁸⁵ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 305. Riprendendo le parole dell'Autore: «L'EURODAC è il *database* europeo che contiene tutti i dati identificativi e le impronte digitali presi ai richiedenti asilo al momento dello sbarco e grazie al quale vengono identificati i migranti presenti illegalmente in un Paese europeo, consentendo a questo di fare richiesta di riammissione al Paese di primo sbarco».

culturali con alcuni Stati nonché le concrete prospettive di trovare un'occupazione negli Stati membri dell'Unione con un conseguente aggravio degli oneri di assistenza»³⁸⁶.

Per questo, «una volta giunti nel paese di primo approdo, generalmente l'Italia o la Grecia, molti richiedenti asilo preferiscano sottrarsi alle procedure di identificazione, tentando di raggiungere via terra altri paesi europei, ritenuti maggiormente accoglienti, oppure in considerazione del fatto che sono ivi presenti conoscenti o parenti in grado di fornire una prima rete di accoglienza e integrazione, pur se informale. Vi è pertanto il rischio che i paesi più efficienti nel fornire protezione o nel cui territorio esistano già comunità significative di rifugiati o espatriati, quali Germania o Svezia, vengano sovraccaricati, creando ulteriore tensione tra gli Stati membri. Quanto appena rilevato offre peraltro una chiave di lettura più ampia rispetto all'effettivo carico che sopportano i vari paesi europei. Se alcuni Stati sono maggiormente interessati da flussi irregolari via mare o via terra (si pensi a Grecia, Italia, Malta, Spagna, Polonia, Bulgaria e Romania), altri paesi conoscono una massiccia presenza di richiedenti asilo, spesso giunti sul territorio attraverso movimenti secondari irregolari o in seguito a programmi volontari di reinsediamento (si pensi a Germania, Belgio, Svezia, Francia)»³⁸⁷.

Un'ultima considerazione riguarda, infine, la nozione di “paese sicuro”. Malgrado quest'ultima possa essere declinata attraverso modalità differenti – paese di origine sicuro, paese di primo ingresso, e paese terzo sicuro – la *summa divisio*, in tal contesto riguarda da un lato, gli Stati appartenenti all'Unione Europea, per i quali opera una specifica presunzione di sicurezza, e, dall'altro, gli Stati terzi, i quali, nel caso in cui soddisfino determinati requisiti³⁸⁸, possono essere considerati a seconda del Paese comunitario, Stati terzi sicuri.

In riferimento alla prima questione, a livello europeo, il Protocollo n. 29 del TCE (adottato nel 1997 e ora allegato al TFUE) stabilisce che gli Stati membri, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito³⁸⁹, si considerano reciprocamente Paesi di origine sicuri

³⁸⁶ FERACI, *op. cit.*

³⁸⁷ M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*; in ordine alle diverse condizioni di asilo, v. sempre quanto affermato dall'Autore: «Con riferimento a ciò, si sono posti delicati problemi delicati circa il sistema di asilo vigente in Grecia, oggetto di rilevi critici, concernenti in particolare il trattamento dei richiedenti asilo e confermati, talaltro in un documento dell'UNHCR del 2008. Sul punto, è intervenuta una nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la sentenza *M. S.S. c. Belgio e Grecia*. Sulla scorta di ciò, la Corte di Lussemburgo ha chiarito le regole di interpretazione del Regolamento di Dublino, precisando come “lo Stato membro non competente cui sia stata presentata una domanda d'asilo non debba procedere al trasferimento verso lo Stato membro competente (nel caso di specie, la Grecia) laddove sussistano rischi evidenti di violazioni delle regole basilari sul trattamento del richiedente asilo e di allontanamento verso uno Stato terzo in violazione della regola di *non-refoulement*»; sulla sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia*, v. anche V. KAKOSIMOU, *Non-refoulement and access to asylum*, in *International Journal of Social Sciences*, 2017, pp. 167-179.

³⁸⁸ Devono sussistere, in particolare, i seguenti requisiti: nessun tipo di persecuzione; nessuna tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti; nessuna minaccia di violenze; nessun conflitto armato.

³⁸⁹ Si ricordi, a tal proposito, la formulazione a Copenaghen dei tre criteri fondamentali. Sul punto, v. L. RUSSO, *Riforma della PAC e allargamento dell'Unione Europea*, 2005, p. 7: «Il criterio politico, economico, e la capacità di soddisfare gli obiettivi dell'Unione- il cui rispetto rappresenta una precondizione necessaria affinché uno Stato possa

a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti all'asilo³⁹⁰. Pertanto, nei confronti di tali Stati vige una specifica presunzione di sicurezza, la quale deriva, oltre che dalla ratifica da parte di questi ultimi dei principali trattati in materia di diritti dell'uomo, dalla condivisione di un nucleo di valori considerati come fondamentali. Da ciò ne deriva che la domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro viene dichiarata inammissibile all'esame in un altro Stato membro, introducendosi con ciò «una sorta di riserva geografica alla Convenzione di Ginevra, di dubbia compatibilità con la lettera e lo spirito di tale strumento internazionale. Non vi è, infatti, Stato o gruppo di Stati che possa autocertificare che non violerà taluni diritti degli individui, ed affermare il contrario equivarrebbe a privare di rilevanza i diversi meccanismi di controllo sui diritti umani istituiti per gli Stati europei, quali ad esempio la Corte europea dei diritti umani o il Comitato europeo per la prevenzione della tortura»³⁹¹.

Ciò posto, la presunzione di sicurezza comunitaria presenta profili di rilevante criticità in particolare in ordine alla soppressione del diritto di scelta dell'individuo circa il territorio cui presentare domanda d'asilo, essendo tutti gli Stati europei considerati come "sicuri" e dunque idonei a riconoscere detta protezione³⁹². Le perplessità sono dovute soprattutto alla circostanza che il sistema Dublino convive con una situazione in cui «gli Stati membri presentano differenti *standard* reali in termini di prima accoglienza, accuratezza delle procedure di esame, trattamento del richiedente e del rifugiato riconosciuto, possibilità di ricorso a fronte di una decisione negativa. Per tale motivo, molti richiedenti asilo giunti irregolarmente alla frontiera esterna dell'Unione non si presentano alle autorità statali competenti, cercando di raggiungere uno Stato membro che ritengono maggiormente desiderabile o accogliente»³⁹³.

In ogni caso, «la presunzione che gli Stati membri dell'Unione rispettino i valori fondanti di essa e quindi siano da considerarsi, ai fini del sistema di Dublino, ma non solo, paesi sicuri non è assoluta»³⁹⁴. A tal riguardo, la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dal caso *N. S.*³⁹⁵, quindi sotto la cornice normativa del precedente Regolamento, ha progressivamente superato l'idea

fare il suo ingresso nell'Unione europea. In particolare, con il criterio c.d. politico, si è inteso fare riferimento al raggiungimento di una stabilità istituzionale tale da garantire il rispetto, da parte dei paesi candidati, della loro natura democratica, del principio di legalità, dei diritti umani nonché il rispetto e la protezione delle minoranze; con il criterio economico, all'esistenza di una economia di mercato funzionante e alla capacità di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze del mercato all'interno dell'Unione; infine, il terzo criterio è individuato nella capacità da parte dei paesi candidati di assumersi gli obblighi connessi al loro status di paesi membri, inclusa l'adesione agli obiettivi di un'Unione politica, economica e monetaria».

³⁹⁰ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 247.

³⁹¹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 245 e ss.

³⁹² Per un approfondimento in tal senso, M. COLLYER, *The Dublin Regulation, Influences on Asylum Destinations and the Exception of Algerians in the UK*, in *Journal of Refugees Studies*, 2004, pp. 375-400.

³⁹³ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 247.

³⁹⁴ V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza nel sistema Dublino*, in *Federalismi.it*, fasc. 12, 2017.

³⁹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, ric. C-411/10 e C-493/10, sentenza del 21 dicembre 2011.

dell'assolutezza di tale presunzione³⁹⁶. In quell'occasione, ai giudici europei venne chiesto «di risolvere due questioni pregiudiziali: in primo luogo, se uno Stato membro, tenuto a effettuare il trasferimento di un richiedente asilo verso un altro Stato competente a conoscere la domanda di protezione internazionale, dovesse attenersi alla presunzione assoluta di sicurezza di tale Stato di rinvio o se invece l'obbligo di tutelare i diritti fondamentali ostasse all'applicazione di una simile presunzione assoluta e –conseguentemente –se lo Stato tenuto a effettuare il trasferimento dovesse verificare il rispetto, da parte del Paese di rinvio, dei diritti fondamentali della persona. In secondo luogo, se lo Stato di invio, qualora avesse accertato che lo Stato competente all'istruzione della domanda non rispettasse i diritti fondamentali, fosse vincolato a trattenere presso di sé l'esame della domanda di asilo in applicazione della cd. clausola di sovranità»³⁹⁷. La Corte, una volta ribadito che il sistema europeo comune di asilo è stato concepito basandosi sulla presunzione di rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo da parte di tutti gli Stati membri, «ha tuttavia affermato che “non si può escludere che tale sistema incontri, in pratica, gravi difficoltà di funzionamento in un determinato Stato membro, cosicché sussiste un rischio serio che un richiedente asilo sia, in caso di trasferimento verso detto Stato membro, trattato in modo incompatibile con i suoi diritti fondamentali”»³⁹⁸. In circostanze simili, riprendendo le parole della Corte, “gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente ai sensi del Regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscano motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti”³⁹⁹. In tal caso, lo Stato che avrebbe dovuto effettuare il trasferimento ha l'obbligo di individuare un altro Stato competente a conoscere la domanda o a esaminarla esso stesso. Pertanto, riprendendo sempre le parole della Corte, “la presunzione assoluta che i diritti fondamentali del richiedente asilo siano rispettati nello Stato membro di regola competente a conoscere della sua domanda è incompatibile con l'obbligo degli Stati membri di interpretare e di applicare il regolamento n. 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali”⁴⁰⁰.

Sul punto, si richiama infine la sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia*⁴⁰¹ della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰², i cui i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a verificare «se la decisione

³⁹⁶ V. PETRALIA, *op. cit.*

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ *Ibidem.*

³⁹⁹ Par. 70 e ss. della sentenza *N.S. e altri*, *op. cit.*

⁴⁰⁰ Par. 75 e ss. della sentenza *N.S. e altri*, *op. cit.*

⁴⁰¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011.

⁴⁰² Sulla sentenza in esame, la bibliografia è vastissima. Tra tutti, v. V. MORENO LAX, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 1, 2012, pp. 1 e ss.; M. BOSSUYT,

di uno Stato membro dell'Unione di rinviare un richiedente asilo verso un altro Stato membro, in applicazione dei criteri di Dublino e sulla base della presunzione di sicurezza del Paese di rinvio, potesse integrare una violazione dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti sancito all'articolo 3 della Convenzione»⁴⁰³. Nel caso di specie, il giudice di Strasburgo ha affermato che, sebbene il livello di protezione dei diritti fondamentali garantito dall'Unione europea sia da considerarsi corrispondente a quello della Convenzione EDU, tale presunzione non può trovare applicazione senza distinzioni⁴⁰⁴. In particolare, nel caso qui in esame ciò che veniva messo in discussione era l'effettiva capacità dello Stato competente di tutelare l'individuo dal rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Pertanto, una volta accertata l'incapacità dello Stato di rinvio di offrire detta tutela, la Corte «ha fatto discendere il superamento della presunzione di sicurezza del Paese membro verso il cui territorio la persona avrebbe dovuto essere rinvia, e conseguentemente, l'obbligo di accertare le condizioni di accoglienza di detto Stato. Secondo questa giurisprudenza, in definitiva, la protezione dell'individuo non può fondarsi su una presunzione assoluta di sicurezza di uno Stato, in quanto l'applicazione pura e semplice del criterio del “paese terzo sicuro” nei rapporti tra Stati che si considerino reciprocamente, per l'appunto, sicuri, non esclude il pericolo di *refoulement* da parte degli stessi, ancorché europei»⁴⁰⁵.

Con riferimento alla seconda questione, quindi alla nozione di Stato terzo sicuro, questa è stata introdotta con la c.d. “Direttiva Procedure” (Direttiva 2005/85/CE) agli artt. 38⁴⁰⁶ e 39⁴⁰⁷, poi

Belgium condemned for Inhuman or Degrading Treatment Due to Violations by Greece of EU Asylum Law, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2011, pp. 582 ss.

⁴⁰³ V. PETRALIA, *op. cit.*

⁴⁰⁴ *Ibidem*

⁴⁰⁵ *Ibidem*

⁴⁰⁶ Art. 38, Direttiva 2005/85/UE: “1. Gli Stati membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2001/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra. 2. L'applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese: a) norme che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese; b) norme sul metodo mediante il quale le autorità competenti accertano che il concetto di paese terzo sicuro può essere applicato a un determinato paese o a un determinato richiedente. Tale metodo comprende l'esame caso per caso della sicurezza del paese per un determinato richiedente e/o la designazione nazionale dei paesi che possono essere considerati generalmente sicuri; c) norme conformi al diritto internazionale per accertare, con un esame individuale, se il paese terzo interessato sia sicuro per un determinato richiedente e che consentano almeno al richiedente di impugnare l'applicazione del concetto di paese terzo sicuro a motivo del fatto che quel paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico. Al richiedente è altresì data la possibilità di contestare l'esistenza di un legame con il paese terzo ai sensi della lettera a). 3. Quando applicano una decisione basata esclusivamente sul presente articolo gli Stati membri: a) ne informano il richiedente; e b) gli forniscono un documento con il quale informano le autorità del paese terzo, nella lingua di quest'ultimo, che la domanda non è stata esaminata nel merito. 4. Se il paese terzo non concede al richiedente l'ingresso nel suo territorio,

sostituita dalla Direttiva 2013/32/UE. Lo scopo di tale nozione è quello di consentire un esame accelerato delle domande di asilo nel caso in cui il richiedente provenga da uno Paese considerato sicuro dagli Stati comunitari⁴⁰⁸. Invero, la provenienza di un individuo da uno Stato sicuro comporta, in via di principio, «l'inammissibilità della propria domanda di asilo. Ciò avviene o perché i richiedenti provengono da uno Stato *di origine* sicuro e, pertanto, possono farvi ritorno, o in quanto questi in precedenza abbiano transitato o trovato protezione in uno Stato *terzo* verso cui si possa parimenti rinviare»⁴⁰⁹.

Tale meccanismo suscita, in realtà, diversi problemi, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto il profilo procedurale. In ordine al primo profilo, «l'identificazione di parametri comuni sulla base dei quali si possa qualificare uno Stato come sicuro costituisce un punto ancora controverso. Il fallimento nel tentativo di determinare una unica lista di Paesi sicuri per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea rappresenta forse la prova più evidente della mancanza di criteri comuni nella definizione della sicurezza di uno Stato. Sotto il profilo procedurale, invece, l'aspetto più problematico concerne il rischio che procedure accelerate riducano significativamente le garanzie dei richiedenti protezione internazionale a discapito della tutela effettiva dei loro diritti fondamentali. Si aggiunga, infine, che nelle procedure accelerate di analisi delle domande pesa sul richiedente l'onere di scardinare la presunzione di sicurezza dello Stato di provenienza davanti alle autorità competenti ad analizzare la domanda di protezione internazionale; il fatto che l'onere della prova sia a carico esclusivo del richiedente rischia di comportare un pregiudizio rilevante agli interessi dell'individuo, altresì considerato che nelle procedure ordinarie l'accertamento della

gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II. 5. Gli Stati membri comunicano periodicamente alla Commissione a quali paesi è applicato il concetto in questione a norma del presente articolo”.

⁴⁰⁷ Art. 39, Direttiva 2013/32/UE: “1. Gli Stati membri possono prevedere che l'esame della domanda di protezione internazionale e della sicurezza del richiedente stesso nel suo caso specifico, secondo quanto prescritto al capo II, non abbia luogo o non sia condotto esaurientemente nei casi in cui un'autorità competente abbia stabilito, in base agli elementi disponibili, che il richiedente sta cercando di entrare o è entrato illegalmente nel suo territorio da un paese terzo sicuro a norma del paragrafo 2. 2. Un paese terzo può essere considerato paese terzo sicuro ai fini del paragrafo 1, se: a) ha ratificato e osserva la convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche; b) dispone di una procedura di asilo prescritta per legge; e c) ha ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ne rispetta le disposizioni, comprese le norme riguardanti i ricorsi effettivi. 3. Il richiedente è autorizzato a impugnare l'applicazione del concetto di paese terzo europeo sicuro a motivo del fatto che il paese terzo interessato non è sicuro relativamente alle sue condizioni specifiche. 4. Gli Stati membri interessati stabiliscono nel diritto interno le modalità di applicazione delle disposizioni del paragrafo 1 e le conseguenze di decisioni adottate a norma delle disposizioni stesse, in conformità del principio di «non-refoulement», prevedendo altresì le eccezioni all'applicazione del presente articolo per motivi umanitari o politici o di diritto internazionale. 5. Quando applicano una decisione basata esclusivamente sul presente articolo gli Stati membri interessati: a) ne informano il richiedente; e b) gli forniscono un documento con il quale informano le autorità del paese terzo, nella lingua di quest'ultimo, che la domanda non è stata esaminata nel merito. 6. Se il paese terzo non riammette il richiedente, gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritte al capo II. 7. Gli Stati membri comunicano periodicamente alla Commissione a quali paesi è applicato il concetto in questione a norma del presente articolo”.

⁴⁰⁸ S. BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di “Stato terzo sicuro” nel parere dell'Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *QuestioneGiustizia*, 2018.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

sicurezza di uno Stato avviene invece, tramite la cooperazione tra il richiedente e l'autorità accertante»⁴¹⁰.

Alla luce di tali considerazioni, con l'utilizzo di meccanismi che determinano *a priori* la sicurezza dello Stato di destinazione, «la nozione di Stato sicuro diviene sempre più uno strumento che indebolisce la tutela dei diritti individuali dei richiedenti asilo, specie perché gli elenchi di Stati sicuri sono utilizzati sempre più in un'ottica securitaria, in merito alla quale, però, la sicurezza in questione è più dello Stato che allontana che non dello Stato di destinazione. Sembra allora che gli Stati membri dell'Unione europea abbiano ritrovato negli elenchi di Stati sicuri i mezzi più giusti per conseguire la loro protezione e difesa. L'immagine che rimane, certamente paradossale, è quella di un'Europa insicura, circondata da Stati sicuri»⁴¹¹.

4.2. Il processo di esternalizzazione dell'UE in tema di controllo delle frontiere: il c.d. *EU-Turkey Statement*

La Turchia risulta legata all'Unione Europea da una vasta e articolata rete di relazioni, la cui origine risale all'accordo di associazione del 1963 e al negoziato per l'adesione avviato nel 2005, sedi nelle quali la questione dell'immigrazione ha acquisito sempre maggiore rilievo⁴¹².

Nonostante abbia da sempre rappresentato un Paese di tendenziale migrazione verso i paesi europei⁴¹³, «la sua collocazione geografica l'ha resa sempre più anche Paese di immigrazione, nonché di transito di flussi migratori verso l'Europa»⁴¹⁴. Per questo, la seconda metà del 2015 è stata contraddistinta da un intensificarsi di «incontri bilaterali tra l'Unione europea e la controparte turca, mediante interventi diretti dei capi di Stato e di Governo, in cui sono stati definiti nuovi impegni parallelamente al rilancio della cooperazione già esistente»⁴¹⁵. Tuttavia, gli incontri, i negoziati e gli accordi susseguitesi a partire dal settembre 2015⁴¹⁶ non hanno conseguito i risultati

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?* in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, p. 410.

⁴¹³ Ammontano a circa tre milioni i cittadini turchi residenti nell'Unione Europea, soprattutto in Germania.

⁴¹⁴ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 410.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 410: «Il primo risultato di questa complessa rete di incontri è la conclusione di un Piano d'azione UE-Turchia concordato il 29 novembre 2015. Esso contempla una serie di azioni che l'UE e la Turchia si sono impegnate a realizzare con urgenza e contemporaneamente sia per sostenere lo sforzo della Turchia nell'accoglienza dei rifugiati sia per il rafforzamento della cooperazione al fine di prevenire i flussi migratori irregolari verso l'Unione Europea. Per l'Unione ne è derivato un impegno soprattutto finanziario, volto a sostenere l'accoglienza dei rifugiati, l'accelerazione delle modifiche necessarie per rinforzare il sistema di asilo turco e per una più rapida attuazione dell'accordo di riammissione. La cooperazione tra UE e Turchia vede un ulteriore rafforzamento tra febbraio e marzo del 2016, con la prosecuzione del ruolo attivo e diretto dei capi di Stato e di Governo dell'UE nel dialogo con il Primo ministro turco. L'obiettivo in questa fase è diventato quello della ricerca di "iniziative coraggiose per chiudere le rotte del traffico di esseri umani, smantellare il modello di attività dei trafficanti, proteggere le nostre frontiere esterne e porre fine alla crisi migratoria in Europa" nonché per "spezzare il legame che esiste tra la traversata in mare e l'insediamento

sperati in materia di controllo dell'immigrazione irregolare verso l'Europa⁴¹⁷. Pertanto, di fronte al progressivo deteriorarsi della situazione, si è optato per l'adozione di una soluzione radicale ed innovativa, ossia il c.d. *EU-Turkey Statement* del 18 marzo 2016⁴¹⁸, il quale raffigura un ulteriore tentativo europeo di contrastare, o quantomeno ridurre drasticamente, il flusso di migranti e rifugiati, in maggioranza siriani, in transito verso l'Europa, attraversando il Mar Egeo e percorrendo la rotta balcanica⁴¹⁹.

Fin dall'indomani della sua adozione, la Dichiarazione in esame è stata aspramente criticata⁴²⁰, oltre che «per la propria incompatibilità con i diritti umani fondamentali, in particolare con il divieto di tortura e il principio di *non-refoulement*, anche per l'inosservanza delle procedure previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per la conclusione di accordi internazionali»⁴²¹. Tali critiche non sono state tuttavia accolte in sede giurisdizionale. Invero, il 28 febbraio 2017 il Tribunale dell'Unione europea⁴²² ha declinato la propria competenza a pronunciarsi in ordine alla validità di tale Dichiarazione, considerato che si tratta di un atto dei singoli Stati membri, e non del Consiglio europeo⁴²³.

Come dimostrano i dati statistici⁴²⁴, «l'adozione del documento ha rappresentato un *tournant* nella politica migratoria dell'Unione, di fatto determinando la chiusura della rotta migratoria del

in Europa». Sono stati così concordati nuovi impegni reciproci, dapprima annunciati il 7 marzo 2016 e poi meglio definiti nel vertice del 18 marzo 2016, alla conclusione del quale è stata pubblicata una Dichiarazione il cui contenuto deve essere letto congiuntamente alle conclusioni del Consiglio europeo del 17 e 18 marzo 2016 e alla comunicazione della Commissione europea del 16 marzo»

⁴¹⁷ ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: criticità di un accordo a tutti i costi*, in Quaderni di SIDiblog, 2016, p. 77

⁴¹⁸ *EU-Turkey Statement*, Council of EU, Press Release 144/16, del 18 marzo 2016, reperibile online su www.consilium.europa.eu

⁴¹⁹ ROMAN, *op. cit.*

⁴²⁰ A tal proposito, v. anche l'analisi di E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?* in European Papers, vol. 1, 2016, pp. 3-6.

⁴²¹ F. DE VITTOR, *op. cit.*, p. 13; F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 222: «L'atto, invero, non è stato adottato conformemente alla procedura generale di conclusione degli accordi internazionali da parte dell'Unione, procedura ora codificata nell'art. 218 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Tuttavia, in base al diritto internazionale dei trattati, ed in specie alla Convenzione di Vienna del 1969, il termine "trattato" sta ad indicare "*an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*". Non diversamente, dispone la Convenzione di Vienna del 1986, la quale estende la portata della definizione contenuta nel 1969 anche agli accordi conclusi da organizzazioni internazionali. Entrambe le Convenzioni, poi, riconoscono la piena legittimità degli accordi che non sono stati conclusi in forma scritta, consentendo di applicare nei loro confronti le disposizioni pattizie coincidenti con il diritto internazionale generale. Lo scarso rilievo attribuito dal diritto internazionale al rispetto di determinati requisiti formali o procedurali fa sì che una eventuale violazione delle norme di diritto UE sulla competenza a stipulare non sia automaticamente idonea ad escludere la natura di accordo internazionale dello strumento rilevante»; Per un'analisi critica sulle modalità di adozione della presente Dichiarazione v. per tutti, M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in EU Law Analysis, 7 aprile 2016, reperibile online su <http://eu-lawanalysis.blogspot.it>

⁴²² Tribunale, *NF c. Consiglio Europeo*, causa T-192/16.

⁴²³ F. DE VITTOR, *op. cit.*, p. 13.

⁴²⁴ Riprendendo quanto affermato nella *Prima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia*, della Commissione Europea del 20 aprile 2016, reperibile online su <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-231-IT-F1-1.PDF>: «Dopo la dichiarazione UE-Turchia è stata registrata una notevole diminuzione del numero di persone che arrivano in Grecia dalla Turchia: se nelle tre

Mediterraneo orientale. Anziché rappresentare un esempio isolato, la Dichiarazione costituisce, piuttosto, una perfetta rappresentazione di quella “*experimental governance*” che le istituzioni europee hanno sovente utilizzato per far fronte alla questione migratoria. L’*experimental governance* in questione si riferisce allo sviluppo di un approccio casuistico, per lo più contraddistinto dalla elaborazione di soluzioni creative o straordinarie, ritenute consone ad affrontare una situazione eccezionale, quale è considerata, per l’appunto, la crisi dei rifugiati»⁴²⁵.

Circa il contenuto della *Statement*, questo trova le proprie radici nel Summit internazionale tra i capi di Stato e di governo dell’Unione Europea e della Turchia, tenutosi il 7 marzo 2016. In tale occasione, Turchia, Germania e Olanda proposero un piano inedito⁴²⁶, contraddistinto da due principi chiave: da un lato, il rimpatrio in Turchia di tutti i migranti giunti in territorio greco, inclusi richiedenti asilo e rifugiati; dall’altro, l’introduzione del c.d. meccanismo “uno a uno”, riferito ai soli individui di nazionalità siriana, il quale si basa, in sostanza, nell’offerta di un’opportunità di *resettlement* in uno Stato membro dell’Unione, a fronte di ogni richiedente asilo rinvio dalla Grecia alla Turchia⁴²⁷. In altri termini, in base alla suddetta procedura, «per ogni cittadino siriano riammesso in Turchia, un altro viene reinsediato dalla Turchia ad uno Stato Membro UE»⁴²⁸.

Lo *Statement* del 18 marzo⁴²⁹ ha confermato tali linee guida, stabilendo i dettagli del nuovo piano. A tal proposito, giova rilevare che si tratta di due principi nuovi nell’ambito della cooperazione tra Unione europea e Turchia⁴³⁰, fino ad allora limitata al rimpatrio dei soli migranti in condizione irregolare, non aventi dunque diritto alla protezione internazionale⁴³¹, in conformità con quanto previsto dal Protocollo di riammissione bilaterale tra Grecia e Turchia e dall’accordo di riammissione europeo del giugno 2016. Al contrario, invece, una parte essenziale della Dichiarazione è destinata alla previsione del rimpatrio di tutti i migranti giunti attraverso la Turchia nelle isole greche, a partire dal 20 marzo 2016⁴³²; trattasi di una misura qualificata come

settimane precedenti l’applicazione della dichiarazione UE-Turchia 26 878 persone erano entrate irregolarmente nelle isole greche, nelle tre settimane successive sono stati constatati 5 847 arrivi irregolari».

⁴²⁵ F. CASOLARI, *La crisi siriana, l’esodo dei rifugiati e la Dichiarazione UE-Turchia*, N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e in Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 220.

⁴²⁶ ROMAN, *op. cit.*

⁴²⁷ CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 224.

⁴²⁸ ROMAN, *op. cit.*, p. 77.

⁴²⁹ Per un approfondimento sul punto, v. *The EU-Turkey Deal Analysis and Considerations*, reperibile online su https://jrseurope.org/assets/Publications/File/JRS_Europe_EU_Turkey_Deal_policy_analysis_2016-04-30.pdf.

⁴³⁰ Riprendendo le parole di Roman, *op. cit.*: «L’estensione dell’obbligo della riammissione a tutti i migranti, inclusi richiedenti asilo e rifugiati, e il principio della riammissione in cambio del reinsediamento, non sono di per sé una novità. Essi rappresentano infatti il nucleo del cosiddetto “piano Samsom” (dal nome del politico olandese che l’ha reso noto), un piano elaborato e promosso dal *think tank* European Stability Initiative (ESI) e appoggiato sia dal governo olandese che da quello tedesco».

⁴³¹ ROMAN, *op. cit.*

⁴³² C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 77.

“straordinaria e temporanea in attesa che cessino le sofferenze umane e sia ripristinato l’ordine pubblico”⁴³³.

La straordinarietà di tale misura è dovuta all’assimilazione compiuta, per la prima volta, tra migranti irregolari e richiedenti asilo. Tale meccanismo, invero, si estende a tutti gli stranieri irregolari, tra cui rientrano anche i richiedenti asilo, ed in particolare i cittadini siriani, che presentano, peraltro, «un’altissima probabilità di ottenere protezione internazionale in qualsiasi Stato dell’Unione e che, proprio per questo, non potrebbero vedersi negare il diritto di ingresso né in Grecia né in altri Stati membri»⁴³⁴. Al contempo, si stabilisce che ad ogni rimpatrio in Turchia di un cittadino siriano dalle isole greche, consegnerà l’ammissione di un cittadino siriano nell’Unione Europea attraverso canali umanitari⁴³⁵, il c.d. “sistema 1:1”⁴³⁶. Così, «il numero dei siriani riammessi dalla Grecia alla Turchia viene a fungere da parametro numerico del numero dei siriani ammessi direttamente dalla Turchia. Le due misure, il rimpatrio verso la Turchia e l’ammissione verso l’Unione europea, sono strettamente connesse e volte a dissuadere i cittadini siriani dall’affidarsi ai trafficanti di persone per raggiungere la Grecia, in ragione del probabile rimpatrio e visto l’incentivo dato dalla possibilità, per contro, di raggiungere l’Unione in modo regolare»⁴³⁷.

Il meccanismo dell’“uno per uno” è sicuramente uno tra gli aspetti più controversi⁴³⁸ dello *Statement* in questione, ponendosi in contrasto con i principi fondamentali del diritto d’asilo e della tutela dei diritti umani a livello internazionale ed europeo, che impongono invece un esame concreto e puntuale circa la condizione giuridica soggettiva di ciascun individuo⁴³⁹. Inoltre,

⁴³³ Par. 1 della Dichiarazione del 16 marzo 2016.

⁴³⁴ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 410.

⁴³⁵ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 410: «La dichiarazione dei capi di Stato o di governo del 7 marzo 2016 specifica che tale ammissione dovrebbe funzionare “nell’ambito degli impegni esistenti”, vale a dire quelli assunti in base al programma europeo di reinsediamento e di ricollocazione già decisi nel 2015. Questo significa che gli Stati membri non hanno aumentato la propria disponibilità ad accogliere richiedenti asilo, soprattutto siriani, confermando i numeri già concordati precedentemente. Dei 160.000 posti teoricamente disponibili nelle decisioni sulla ricollocazione risultano già impegnati 106.000 a favore della Grecia e dell’Italia, restando dunque una capienza di 54.000 unità da destinare all’ammissione umanitaria dalla Turchia. Analogamente per la raccomandazione sul reinsediamento, che prevede una capienza di 20.000 posti ma con soli 2.000 effettivamente utilizzati. Infine, anche il programma per l’ammissione umanitaria dalla Turchia potrà utilmente fungere da strumento per l’ammissione regolare di richiedenti protezione internazionale nell’Unione europea. Sebbene il reinsediamento, la ricollocazione e l’ammissione umanitaria siano tre strumenti diversi sia per modalità sia per presupposti, la Commissione tende a valorizzarne le analogie, così da poter utilizzare i posti previsti per l’uno anche per l’altro, in quanto ritiene si tratti di espressioni concrete di solidarietà con altri Stati membri o con paesi terzi che devono far fronte a un afflusso massiccio di migranti».

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ UNHCR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as a part of the EU-Turkey cooperation in tackling the migration crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, 23 Marzo 2016, reperibile online su <http://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf>; Consiglio d’Europa, *The situation of refugees and migrants under the EUTurkey agreement of 18 March 2016*, Risoluzione 2109/2016, del 20 Aprile 2016.

⁴³⁹ Si riporta, a tal proposito, quanto sostenuto da ROMAN, *op. cit.*, p. 80: «Un meccanismo che punisce un rifugiato di guerra siriano perché tenta di raggiungere l’Europa e al contempo ne premia un altro perché non ha fatto il tentativo, oltre ad essere moralmente discutibile perché fondato sulla distinzione “rifugiato buono” vs “rifugiato cattivo”, è incompatibile con le basi stesse del diritto d’asilo. Un rifugiato non può essere criminalizzato per ingresso irregolare nel

applicandosi tale meccanismo ai soli cittadini siriani, esso risulta in contrasto con il divieto di discriminazione sulla base del Paese d'origine, di cui all'art. 3⁴⁴⁰ della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati⁴⁴¹. Invero, ancorché l'accordo preveda che tutti i richiedenti asilo siano riammessi in Turchia, allo stesso tempo dispone la possibilità di reinsediamento in Europa per i soli cittadini siriani: solo questi ultimi avrebbero dunque «la possibilità di beneficiare della protezione internazionale in un Paese europeo, mediante il reinsediamento, mentre gli altri potenziali beneficiari sarebbero costretti a restare in Turchia, dove le procedure sono inadeguate e gli standard di protezione insufficienti»⁴⁴². La questione risulta di indubbia gravità, stante che parte dei migranti giunti sulle isole greche sono di nazionalità afgana ed irachena, a cui si aggiungono, sia pure in percentuali minori, cittadini iraniani, pachistani, eritrei e somali, cui avrebbero diritto a richiedere, e nella maggior parte dei casi a ottenere, lo *status* di rifugiato o altra forma di protezione internazionale⁴⁴³. Al contrario, in Turchia a tali individui non viene riconosciuto né l'una né l'altra forma di tutela, diversamente appunto da quanto accade per i cittadini siriani, cui viene riconosciuto, nello specifico, il diritto alla protezione temporanea. Così, «oltre a non rientrare nel meccanismo del reinsediamento “uno per uno”, sembra che i richiedenti asilo non siriani non potranno beneficiare neppure dell'assistenza finanziaria promessa dall'Unione europea, che, stando al testo della dichiarazione del 18 marzo, è mirata a “progetti per le persone oggetto di protezione temporanea”. Sono dunque legittime le preoccupazioni circa le condizioni di vita e le prospettive per tutti i richiedenti asilo “intrappolati” in Turchia»⁴⁴⁴.

Per quanto concerne, infine, la misura del rimpatrio, avente come detto carattere temporaneo e straordinario, “preordinato a porre fine alle sofferenze umane e ristabilire l'ordine pubblico”, oltre ad applicarsi a coloro i quali non abbiano presentato domanda di protezione internazionale, o la cui domanda sia considerata infondata, si rivolge anche ai migranti la cui domanda sia ritenuta invece inammissibile. È tale ultima considerazione ad aver suscitato le maggiori perplessità, posto che l'inammissibilità della domanda viene perlopiù dichiarata facendo appello al concetto di “Paese sicuro”, assente nel testo della Dichiarazione, ma previsto all'interno della Direttiva Procedure (Direttiva n. 2013/32)⁴⁴⁵, che rende di fatto irrilevante la garanzia posta dallo *Statement* in questione, ossia la trattazione individuale da parte delle autorità greche di qualsiasi domanda di

Paese in cui cerca rifugio e il suo diritto alla protezione internazionale non può essere subordinato alle modalità (legali o non) con cui entra in un Paese».

⁴⁴⁰ Art. 3 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati: “Gli Stati Contraenti applicano le disposizioni della presente Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni quanto alla razza, alla religione o al paese d'origine”.

⁴⁴¹ ROMAN, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ 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.

asilo⁴⁴⁶. Invero, la Commissione europea ha ritenuto applicabile l'art. 33⁴⁴⁷ della Direttiva 2013/32 che prevede una procedura accelerata di dichiarazione di inammissibilità di una domanda nel caso in cui si presuma che un altro Paese proceda all'esame o fornisca adeguata protezione⁴⁴⁸, ovvero provenga da un Paese terzo considerato sicuro per il richiedente. A tal proposito, l'art. 38⁴⁴⁹ della medesima Direttiva prevede una serie di requisiti atti a qualificare un paese come sicuro. Nello specifico, è necessario che «non sussistono minacce alla vita del richiedente ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; che non sussiste il rischio di danno grave; che sia rispettato il principio di *non-refoulement* conformemente alla Convenzione di Ginevra; che sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; infine, che vi sia la possibilità di richiedere lo *status* di rifugiato ovvero di ottenere protezione in conformità della Convenzione di Ginevra». In ogni caso, deve sussistere «un legame con lo Stato terzo in questione che renda ragionevole per la persona interessata recarsi nel

⁴⁴⁶ CAGGIANO, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁴⁷ Art. 33 della Direttiva 2013/32: “1. Oltre ai casi in cui una domanda non è esaminata a norma del regolamento (UE) n. 604/2013, gli Stati membri non sono tenuti ad esaminare se al richiedente sia attribuibile la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, qualora la domanda sia giudicata inammissibile a norma del presente articolo. 2. Gli Stati membri possono giudicare una domanda di protezione internazionale inammissibile soltanto se a) un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale; b) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35; c) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'articolo 38; d) la domanda è una domanda reiterata, qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; o e) una persona a carico del richiedente presenta una domanda, dopo aver acconsentito, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a suo nome e non vi siano elementi relativi alla situazione della persona a carico che giustificino una domanda separata”.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ Art. 38 della Direttiva 2013/32: “1. Gli Stati membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di “non-refoulement” conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra. 2. L'applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese: a) norme che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese; b) norme sul metodo mediante il quale le autorità competenti accertano che il concetto di paese terzo sicuro può essere applicato a un determinato paese o a un determinato richiedente. Tale metodo comprende l'esame caso per caso della sicurezza del paese per un determinato richiedente e/o la designazione nazionale dei paesi che possono essere considerati generalmente sicuri; c) norme conformi al diritto internazionale per accertare, con un esame individuale, se il paese terzo interessato sia sicuro per un determinato richiedente e che consentano almeno al richiedente di impugnare l'applicazione del concetto di paese terzo sicuro a motivo del fatto che quel paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico. Al richiedente è altresì data la possibilità di contestare l'esistenza di un legame con il paese terzo ai sensi della lettera a). 3. Quando applicano una decisione basata esclusivamente sul presente articolo gli Stati membri: a) ne informano il richiedente; e b) gli forniscono un documento con il quale informano le autorità del paese terzo, nella lingua di quest'ultimo, che la domanda non è stata esaminata nel merito. 4. Se il paese terzo non concede al richiedente l'ingresso nel suo territorio, gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II. 5. Gli Stati membri comunicano periodicamente alla Commissione a quali paesi è applicato il concetto in questione a norma del presente articolo”.

Paese terzo considerato sicuro, non potendo il mero transito in un Paese essere considerato un tale legame ragionevole. Inoltre, dovrebbero essere sempre considerati come superiori gli interessi dei minori, soprattutto non accompagnati e del diritto all'unità familiare: la presenza di un familiare in uno Stato membro dell'UE dovrebbe, infatti, radicare la competenza dell'esame della domanda di asilo in quello Stato, secondo quanto disposto anche dal Regolamento Dublino, che non può trovare alcuna deroga alla sua applicazione in virtù dell'accordo UE-Turchia»⁴⁵⁰.

Circa la questione, ancora oggi controversa⁴⁵¹, relativa alla valutazione della sicurezza della Turchia, questa deve essere effettuata alla luce di tali criteri⁴⁵², benché l'esame individuale sia comunque imprescindibile ai fini della conferma dell'esistenza della presunzione di sicurezza anche rispetto ad un singolo individuo⁴⁵³. Sul piano normativo, innanzitutto, la Turchia⁴⁵⁴ ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e il suo Protocollo del 1967, con l'applicazione, tuttavia, della c.d. clausola geografica per i richiedenti asilo non europei, in base alla quale si riconosce lo *status* di rifugiato come definito dalla Convenzione solo a chi proviene da un Paese membro del Consiglio d'Europa⁴⁵⁵.

Sebbene la normativa in tema di protezione internazionale⁴⁵⁶ riconosca la possibilità di attribuire lo *status* di “rifugiato condizionato” a chi provenga da un Paese non europeo, quest'ultimo permette di risiedere solo temporaneamente in Turchia, garantendo inoltre un alveo limitato di diritti⁴⁵⁷. Per quanto concerne, invece, i cittadini siriani, «che pure non possono beneficiare della protezione in base alla Convenzione di Ginevra, è garantita loro una speciale protezione temporanea riconosciuta per legge⁴⁵⁸. In tal contesto, invero, «i siriani rappresentano un caso specifico. Inizialmente accolti come “ospiti”, a partire dall'ottobre 2014 sono destinatari di un

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ Per un'analisi critica, v. anche E. ROMAN, T. BAIRD, T. RADCLIFFE, *Why Turkey is Not a “Safe Country”*, in Statewatch, 2016, reperibile online su www.statewatch.org.

⁴⁵² CAGGIANO, *op. cit.*, p. 231: «La previsione del rimpatrio/rinvio si basa sulla qualifica della Turchia quale “Paese terzo sicuro” (direttiva-procedure, art. 38) e non su quella del “Paese europeo terzo super-sicuro” (ivi, art. 39), che in astratto potrebbe valere per la Turchia in quanto parte-contrante della CEDU ed opererebbe in modo automatico senza necessità di un esame individuale delle domande d'asilo. La seconda norma richiede però esplicitamente quale condizione di applicabilità la partecipazione alla Convenzione di Ginevra senza riserva geografica ai soli richiedenti provenienti dai Paesi europei secondo una clausola che costituisce un “vero e proprio relitto” della II Guerra mondiale».

⁴⁵³ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁵⁴ La Turchia è inoltre uno dei membri fondatori dell'ONU, membro della NATO, del Consiglio d'Europa, dell'OCSE e dell'OSCE. Non è invece membro dell'Unione Europea, sebbene abbia più volte proposto domanda formale di ammissione, la prima risalente al luglio 1959. Sul punto, v. L. MISSIR, *Difficoltà europee di approccio con la Turchia*, in Rivista di Studi Politici Internazionali, vol. 65, n. 4 (260), 1998.

⁴⁵⁵ ROMAN, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁵⁶ La normativa di riferimento è la *Law on foreigners and international protection* (LFIP), adottata dal Parlamento turco il 4 aprile 2013, ed entrata in vigore nel 2014 cui si aggiunge il *Temporary Protection Regulation* (TPR), ossia un sistema di protezione temporanea riferito ai soli richiedenti siriani; per un'analisi relativa alla normativa turca in tema di immigrazione, v. M. AÇIKGÖZ, H. ONUR ARINER, *Turkey's new law on foreigners and international protection: An introduction*, 2014.

⁴⁵⁷ ROMAN, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁵⁸ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 414.

regime speciale di protezione temporanea che evita loro di dover passare attraverso la procedura regolare. Tuttavia, anche i profughi siriani possono risiedere nel Paese solo temporaneamente e i loro diritti sono limitati, in particolare per quanto riguarda l'accesso all'educazione e al lavoro. Risulta quindi evidente che nessun richiedente protezione proveniente da un Paese non europeo, cittadini siriani inclusi, può richiedere e vedersi riconosciuto in Turchia lo *status* di rifugiato in senso pieno, così come definito dalla Convenzione di Ginevra, e come invece richiesto dall'art. 38, par. 1, lett. *e* della Direttiva Procedure»⁴⁵⁹. Pertanto, nonostante le recenti riforme che hanno interessato, in particolare, lo *status* riconosciuto ai cittadini siriani⁴⁶⁰, «i richiedenti asilo in Turchia affrontano i problemi di un sistema ancora ampiamente non funzionante, in cui mancano le strutture di accoglienza e le garanzie procedurali minime»⁴⁶¹.

Muovendo l'attenzione dal piano normativo a quello applicativo, la questione risulta decisamente più critica⁴⁶². Invero, sono molteplici i rapporti e le denunce⁴⁶³ che attestano «l'impossibilità di qualificare la Turchia come Paese sicuro e ciò anche chiaramente distinguendo il tema più generale del rispetto dei diritti umani e dello Stato di diritto in tale Paese, da quello della sicurezza della Turchia rispetto alla protezione internazionale di cittadini stranieri»⁴⁶⁴. Significativa risulta inoltre la risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa⁴⁶⁵, «fondata oltre che su un'approfondita analisi giuridica, su un rapporto relativo al trattamento dei richiedenti asilo e dei beneficiari della protezione internazionale in Turchia»⁴⁶⁶.

⁴⁵⁹ ROMAN, *op. cit.*

⁴⁶⁰ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 414: «In virtù della stessa Dichiarazione, la Turchia si è impegnata, da un lato, a cambiare il regime di protezione per i Siriani, modificando la regola secondo cui la protezione temporanea cessa nel momento in cui una persona lascia la Turchia, così da consentire a chi viene rimpatriato di poter nuovamente beneficiare di tale protezione; inoltre ha anche accettato di rendere il trattamento dei beneficiari della protezione temporanea più simile a quello dei rifugiati, consentendo ad essi di accedere al mercato del lavoro turco, oltre ovviamente al soddisfacimento degli altri standard minimi di accoglienza cui concorre anche l'UE con il suo supporto finanziario. In effetti, come risulta dal rapporto sull'attuazione della Dichiarazione, la Turchia ha poi adottato una legge che specifica che i cittadini siriani rinviiati in base alle nuove disposizioni possono chiedere e ricevere protezione temporanea; ciò vale sia per i cittadini siriani che erano stati precedentemente registrati in Turchia, sia per quelli non registrati. In aggiunta alle modifiche legislative la Turchia ha fornito garanzie sul fatto che a tutti i cittadini siriani riammessi nel Paese sarà concessa protezione temporanea al loro ritorno».

⁴⁶¹ ROMAN, *op. cit.*

⁴⁶² Per un'analisi puntuale relativa alla questione della sicurezza della Turchia, v. E. ROMAN, T. RADCLIFFE, *Analysis: Why Turkey is Not a "Safe Country"*, febbraio 2016, reperibile online su <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf>.

⁴⁶³ Dutch Council for Refugees, ECRE, *The DCR/ECRE desk research on application of a safe third country and a first country of asylum concepts to Turkey*, maggio 2016, reperibile online su <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/DCR-and-ECRE-Desk-Research-on-application-of-a-safe-third-country-and-a-first-country-of-asylum-concepts-to-Turkey-May-2016.pdf>; V. anche quanto affermato da E. SINCLAIR-WEBB (Senior Turkey researcher di Human Rights Watch), secondo cui «*human rights and the rule of law in Turkey are at the worst level I've seen in the 12 years I've worked on Turkey's human rights*».

⁴⁶⁴ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁶⁵ Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, n. 2109/2016, *The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*.

⁴⁶⁶ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 416.

In particolare, sebbene la Turchia riconosca normativamente il principio di *non-refoulement*, impegnandosi formalmente a rispettarlo, nel passato sono stati riportati numerosi episodi di respingimenti, che non sono tuttavia diminuiti⁴⁶⁷. Più nello specifico, sono stati denunciati molteplici episodi di respingimenti⁴⁶⁸, deportazioni, detenzioni arbitrarie e violenza fisica a danno di richiedenti asilo di diversa nazionalità, i quali tentavano di entrare in Turchia o di arrivare in Grecia, da ciò derivandosi che «se anche si potesse affermare che il principio di *non-refoulement* è rispettato nella maggior parte dei casi, non si può affermare che lo sia in tutti i casi e in maniera generalizzata, come vuole la lettera (c) dell'art. 38, par. 1, Direttiva Procedure»⁴⁶⁹. La Turchia è inoltre segnata da una storia di torture e trattamenti inumani o degradanti a danno di migranti e richiedenti nei centri di detenzione⁴⁷⁰, riconoscendo altresì il giudice di Strasburgo⁴⁷¹ la violazione dell'art. 3 della Convenzione. A ciò si aggiunga il conflitto interno tra il governo turco e i ribelli curdi, intensificatosi progressivamente nel corso degli anni, il quale costituisce certamente un pericolo per la sicurezza dei richiedenti e rifugiati che vivono nel Sudest del Paese⁴⁷².

⁴⁶⁷ ROMAN, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁶⁸ V. in particolare il rapporto di Human Rights Watch, *Turkey: Syrians Pushed Back at the Border*, del 23 novembre 2015, reperibile online su <https://www.hrw.org/news/2015/11/23/turkey-syrians-pushed-back-border>.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ L. RASTELLO, *La frontiera addosso. Così si deportano i diritti umani*, Laterza, 2014: «Nei centri di detenzione turchi, cui giungono gli individui dopo essere trasferiti dalla Grecia, per aver in precedenza violato le norme nazionali turche in materia attraversamento delle frontiere, oltre a vedere le proprie richieste di protezione sottoposte a procedura accelerata, si registrano altresì numerose violazioni dei diritti umani fondamentali. I due centri più vicini alla frontiera con la Grecia, Edirne e Kirklareli raccolgono i migranti espulsi da Atene. Le strutture hanno una capacità media di 200 posti, ma spesso vi si trovano 600-700 persone. Le rivolte per chiedere migliori condizioni di vita sono state tutte represses con la violenza, più volte con il ricorso alle armi da fuoco. Sparsi in varie città, «i centri principali si trovano ad Istanbul (centro di Kumkapi), Edirne, Kirklareli, Smirne, Hatay e Van, collocati per lo più in ex strutture militari utilizzati negli anni Ottanta per le esercitazioni NATO. A questi vanno aggiunte le celle nei commissariati di polizia e nelle zone di transito degli aeroporti. Circa le condizioni di vita degli individui in tali centri, numerose sono le denunce di episodi di violenze, deportazioni, assenza di assistenza medica, scarsissima alimentazione e condizioni igieniche accettabili.

⁴⁷¹ Tra gli altri, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, ric. N. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009.

⁴⁷² ROMAN, *op. cit.*, p. 82.

CAPITOLO II

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT* NELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della CEDU e alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – 2. Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'interpretazione del principio di *non-refoulement* – 3. La protezione *par ricochet* dello straniero: l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – 4. L'applicazione del divieto di espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte europea – 5. La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di allontanamento dello straniero irregolare

SEZIONE PRIMA

1. La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della CEDU e alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo

La questione circa la nozione di giurisdizione costituisce una tematica di carattere interpretativo, ancora oggi oggetto di ampie opinioni dottrinali e giurisprudenziali discordanti. Invero, sebbene la sentenza relativa al caso *Hirsi*, di seguito esaminata, abbia rappresentato «un importante precedente a livello giurisprudenziale in ordine sia al concetto di giurisdizione, sia rispetto alle garanzie minime cui hanno diritto i migranti intercettati in alto mare, vale a dire il principio di non respingimento e il divieto di espulsione collettiva»⁴⁷³, su tale problematica non si è tuttora raggiunta piena uniformità di vedute.

Volgendo innanzitutto lo sguardo al dato normativo, l'ambito di applicazione *ratione loci* della Convenzione europea è delineato nell'articolo 1 della stessa, che afferma quanto segue:

«Le Alte parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione medesima»⁴⁷⁴.

Ebbene, tale disposizione è stata oggetto di diverse interpretazioni dottrinali. Secondo una parte della dottrina, infatti, la disposizione in esame sembra riferirsi al *territorio* entro il quale lo Stato esercita la sua potestà pubblica, inteso quest'ultimo come quella «limitata cerchia spaziale

⁴⁷³ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁷⁴ Art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

entro la quale stabilmente, normalmente e del tutto prevalentemente si svolge la sua multiforme attività»⁴⁷⁵. Dunque, una volta assunto il territorio come elemento essenziale e costitutivo dello Stato, «si verifica agevolmente come l'ordinamento internazionale prenda in considerazione il rapporto Stato-territorio in ragione dell'esigenza di individuare la sfera di competenza spaziale esclusiva dello Stato stesso. L'ordinamento, in altri termini, valuta il rapporto in parola con riguardo ad una molteplicità di fattispecie, regolate da norme inerenti ora all'acquisto o alla perdita di territorio, ora all'esercizio di poteri sullo spazio territoriale. La *ratio* dell'art. 1 della Convenzione appare, dunque, evidente: lo Stato viene preso in considerazione in quanto gestore di un ordinamento giuridico la cui sfera spaziale coincide con il suo territorio»⁴⁷⁶.

Tale impostazione è stata tuttavia progressivamente disattesa dalla giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione, i quali hanno progressivamente esteso l'ambito di applicazione della citata disposizione, attraverso un'interpretazione evolutiva del concetto di giurisdizione, evidenziandosi come tale nozione «non debba necessariamente ed in ogni caso rivestire quel carattere di completezza che le è proprio nell'ambito del relativo contesto territoriale»⁴⁷⁷. In linea con ciò, è stato da più parti sottolineato come «*the meaning of jurisdiction under Article 1 is an intensely pragmatic definition*»⁴⁷⁸. Seguendo tale impostazione, la giurisdizione di uno Stato sembrerebbe più correttamente sorgere laddove lo Stato eserciti un controllo effettivo, anche se temporaneo, sull'individuo, da ciò derivandosi come la condizione di cui all'articolo 1 venga soddisfatta nel momento in cui i poteri esercitati dallo Stato parte della Convenzione siano idonei ad incidere sul godimento dei diritti fatti valere in giudizio⁴⁷⁹.

Per ciò che rileva in tale sede, quindi volgendo l'attenzione al dato giurisprudenziale, il giudice di Strasburgo ha affermato in più di un'occasione la sussistenza della giurisdizione statale al di fuori dei confini territoriali, dunque anche in acque internazionali. Si fa riferimento, in primo luogo, alla decisione emessa dalla Corte europea in relazione al caso *Xhavara c. Italia e Albania*⁴⁸⁰. Il ricorso originava dalla collisione avvenuta nel corso di una intercettazione in alto mare - svoltasi in base ad un accordo con l'Albania - tra la corvetta italiana Sibilla, e la nave priva di bandiera *Kater i Rades A 451*, con a bordo cinquantaquattro migranti albanesi, rimasti uccisi. L'incidente

⁴⁷⁵ M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati. L'ambiente dell'attività degli Stati*, G. BALLADORE PALLIERI, G. MORELLI, R. QUADRI (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1956.

⁴⁷⁶ G. PUMA, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009.

⁴⁷⁹ G. PUMA, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Xhavara e altri cinque c. Italia e Albania*, ric. 39473/98, decisione di irricevibilità dell'11 gennaio 2001.

avvenne il 28 marzo 1997, a circa 35 miglia nautiche da Brindisi, quindi in alto mare⁴⁸¹. In tal caso, la Corte, benché abbia dichiarato irricevibile nel merito il ricorso per mancato esaurimento dei ricorsi interni, ha allo stesso modo rilevato la sussistenza della giurisdizione italiana, assegnando rilievo centrale alla circostanza per cui il naufragio della nave albanese «*a été directement provoqué par la navire de guerre italienne Sibilla*»⁴⁸². Nello specifico, il giudice di Strasburgo ha ritenuto implicitamente esistente la giurisdizione dello Stato italiano, essendo l'incidente stato provocato da una nave italiana nel corso di un'operazione di intercettazione in alto mare, aggiungendo inoltre che la responsabilità dello Stato che conduce l'operazione non viene meno per la presenza di eventuali accordi internazionali⁴⁸³ con lo Stato di bandiera delle navi intercettate. Conformemente a ciò, si sottolinea come «l'esistenza di un accordo non costituisce di per sé il legame giuridico tra lo Stato convenuto e la vittima, ma consiste in un elemento supplementare di prova della giurisdizione del primo sulla seconda, prova normativa che inquadra le prove fattuali alla base del caso. Conseguentemente, l'imbarcazione con a bordo dei migranti la cui navigazione viene interrotta da una nave militare, nell'ambito di un'operazione di contrasto all'immigrazione irregolare eseguita nel quadro di un accordo di cooperazione, è sottoposta alla giurisdizione della nave militare»⁴⁸⁴.

Sempre per quanto riguarda la giurisdizione, ancora più netta è stata poi la posizione della Corte nel caso *Medvedyev e a. c. Francia*⁴⁸⁵, «nel quale non ha esitato a ritenere sussistente la giurisdizione dello Stato convenuto per le azioni commesse su di una nave battente un'altra bandiera (nel caso di specie, un commando militare francese aveva abbordato, al di fuori delle proprie acque territoriali, nell'ambito di un'operazione di contrasto del traffico di stupefacenti, un cargo battente bandiera cambogiana; una volta salito a bordo, ne aveva arrestato l'equipaggio, di nazionalità ucraina, richiudendolo nelle cabine del cargo fino allo sbarco in Francia)»⁴⁸⁶. Secondo la

⁴⁸¹T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 57: «Le “manovre cinematiche d’interposizione” che l’Italia effettuò nei confronti della *Kater i Rades* erano qualcosa di ben diverso dal “diritto di visita” che l’art. 110 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare prevede riguardo a navi senza bandiera che si trovano in alto mare. Le manovre in questione, che costituiscono una pesante interferenza con il diritto di libera navigazione in alto mare, non erano dirette a visitare l’imbarcazione, ma a deviarla da una rotta verso l’Italia, cioè a dirottarla indietro verso l’Albania. Al riguardo, il 25 marzo 1997, e cioè tre giorni prima dell’incidente, l’Albania e l’Italia avevano concluso un accordo mediante scambio di lettere, “relativo alla collaborazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l’ordine giuridico nei due paesi e l’immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l’Albania”. L’accordo, entrato in vigore lo stesso 25 marzo 1997, richiamava nel preambolo “la situazione molto difficile creatasi in Albania in quest’ultimo periodo, caratterizzata da gravi violazioni dell’ordine giuridico e da un massiccio flusso illegale di cittadini verso altri Paesi”».

⁴⁸²Corte europea dei diritti dell’uomo, *Xhavara c. Italia*, ric. 39473/98, sentenza dell’11 gennaio 2001, par. 1

⁴⁸³Sul tema, v. anche T. SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale sull’immigrazione illegale via mare con particolare riferimento ai rapporti tra Italia e Albania*, A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999, p. 255.

⁴⁸⁴S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁸⁵Corte europea dei diritti dell’uomo Camera, *Medvedyev e altri c. Francia*, ric. 3394/03, sentenza del 10 luglio 2008.

⁴⁸⁶A. LIGUORI, *I respingimenti in mare ed il diritto internazionale*, Relazione presentata al Convegno su “Il diritto d’asilo in Italia e in Europa”, organizzato dall’Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa della Fondazione Basso, Roma 22 novembre 2010.

Corte, la giurisdizione dello Stato convenuto poteva ritenersi dunque sussistente in ragione del fatto che le truppe francesi avevano esercitato sui ricorrenti un controllo effettivo «*at least de facto, from the time of its interception, in a continuous and uninterrupted manner*»⁴⁸⁷.

In relazione, infine, alla decisione emessa nel già citato caso *Hirsi c. Italia*, si osserva come «la Corte abbia agevolmente rilevato la sussistenza della giurisdizione italiana sui ricorrenti, essendo gli eventi avvenuti a bordo di una nave della marina militare italiana, il cui personale era composto da soli organi militari dello Stato»⁴⁸⁸.

2. Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'interpretazione del principio di *non-refoulement*

Come noto, in ambito europeo, «la presenza di accordi tra Stati nel campo della tutela dei diritti ha conosciuto un rilevante sviluppo con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e la previsione di una specifica Corte, con sede a Strasburgo, quale apposito organo giudiziario di tutela dei diritti in essa proclamati»⁴⁸⁹. A ben vedere, una delle ragioni per le quali la Corte è stata da più parti considerata come «il meccanismo più avanzato ed efficace di protezione dei diritti»⁴⁹⁰, è costituita senz'altro dalla possibilità di adire tale organo giudiziario anche per le persone fisiche⁴⁹¹, oltre che dagli Stati, in conformità con quanto previsto dall'art. 34 della Convenzione⁴⁹², e sempre che siano soddisfatte le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 35⁴⁹³ della stessa. In particolare, come più volte affermato dalla medesima Corte⁴⁹⁴, «il

⁴⁸⁷ *Medvedev e altri c. Francia*, *op. cit.* par. 67.

⁴⁸⁸ G. PUMA, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁸⁹ F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, p. 27.

⁴⁹⁰ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁹¹ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 626: «L'art. 34 CEDU – nella sua attuale formulazione – riconosce un vero e proprio diritto di azione individuale dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per far valere la responsabilità degli Stati contraenti in caso di violazione dei diritti garantiti dalla CEDU o dai suoi protocolli».

⁴⁹² Art. 34 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

⁴⁹³ Art. 35 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. 2. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se: (a) è anonimo; oppure (b) è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi. 3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: (a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o (b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno. 4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento».

diritto di ricorso individuale costituisce oggi una delle garanzie fondamentali dell'effettività del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani, sicché nell'interpretare la disposizione che lo prevede, bisogna aver riguardo al carattere speciale della Convenzione quale trattato per la garanzia collettiva dei diritti umani e delle libertà fondamentali»⁴⁹⁵.

In materia di immigrazione, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁹⁶ muove dal presupposto che il potere di disciplinare l'ammissione⁴⁹⁷ di individui stranieri costituisca «una prerogativa sovrana dello Stato, in virtù di un consolidato principio generale di diritto pubblico internazionale: gli obblighi imposti dal diritto pattizio, e segnatamente dalla Convenzione europea, costituiscono limiti alla libertà dello Stato in materia»⁴⁹⁸. Si tratta di un principio «ben consolidato nella prassi internazionale, come già dimostrato dai lavori che, alla fine del diciannovesimo secolo, l'*Institut de droit international* aveva dedicato al tema dell'ammissione e della espulsione degli stranieri»⁴⁹⁹. In particolare, nel preambolo della risoluzione dedicata all'argomento, l'Istituto rileva che «*le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une consequence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance*»⁵⁰⁰.

A ben vedere, sotto tale profilo si sono registrati in dottrina «due distinti orientamenti, che valorizzano, ora il principio della sovranità dello Stato, ora il principio dell'interdipendenza e della solidarietà tra i membri della comunità internazionale. Allorquando si riconosce rilevanza al secondo, si finisce per configurare qualche limite alla libertà statale, attraverso canoni più o meno incisivi di condotta: è stato ad esempio prospettato come la partecipazione alle Nazioni Unite e ad altre organizzazioni internazionali di cooperazione sarebbe incompatibile con una politica generalizzata e stabile di chiusura delle frontiere»⁵⁰¹. Ad ogni modo, se è innegabile che il dibattito

⁴⁹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ric. n. 46827/99, 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005, par. 100.

⁴⁹⁵ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 626.

⁴⁹⁶ In relazione al ruolo che la Corte europea riveste nell'ordinamento italiano, P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2004, reperibile online su https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/anticipazioni/multilivello_frontiere/index.html.

⁴⁹⁷ Sul significato da attribuire al termine ammissione M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 82: «In dottrina è stato sostenuto che l'ammissione andrebbe definita quale 'il comportamento dello Stato territoriale, inteso a consentire la presenza fisica dello straniero nel proprio ambito spaziale ed il contatto di quell'individuo con la comunità nazionale', anche per un breve lasso di tempo, restando escluse le ipotesi di mera presenza dello straniero occasionate da situazioni nelle quali sia assente una manifestazione di volontà dello Stato territoriale, quali il naufragio sulla costa, l'atterraggio di un aeromobile in situazione di emergenza, l'esercizio del diritto di passaggio inoffensivo nel mare territoriale da parte delle navi straniere: in tali circostanze, infatti, mancherebbe un contatto in senso proprio con la comunità territoriale».

⁴⁹⁸ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁹⁹ G. PUMA, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁰⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. XII, 1892-1894, p. 218.

⁵⁰¹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, pp. 82-83.

teorico evidenzi posizioni differenziate⁵⁰², non si può tuttavia sottacere che «un esame obiettivo della prassi internazionale offra sostegno ancora oggi alla tesi che riconosce agli Stati una libertà di principio in ordine all'ammissione degli stranieri e nega, come più volte detto, l'esistenza di un diritto degli individui fondato su norme internazionali a fare ingresso nel territorio di uno Stato straniero»⁵⁰³. Tale impostazione è stata altresì confermata dal *Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale in materia di espulsione degli stranieri, il quale ha rilevato come «*le droit d'expulsion fait corps avec le principe de la souveraineté territoriale*»⁵⁰⁴. In tal contesto, si evidenzia come la Corte europea dei diritti dell'uomo, «lungi dal discostarsi da questo principio, ne ha, al contrario, riaffermato la natura consuetudinaria, ponendolo in relazione agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁵⁰⁵. Indicativo è in particolare l'*Affaire Abdulaziz, Cabeles et Balkandali c. Regno Unito*, nel quale la Corte ha rilevato che «*d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol*»⁵⁰⁶.

Ciò detto, si rileva come «la sfera di libertà sommariamente descritta appaia decisamente mitigata rispetto ad un'epoca nella quale la potestà d'imperio dello Stato sugli individui, a vario titolo presenti sul territorio, presentava un contenuto notevolmente più ampio: è noto, infatti, che l'attuale ordinamento giuridico internazionale pone una serie di obblighi, di origine sia pattizia che consuetudinaria, in ordine alla tutela della persona in quanto tale»⁵⁰⁷. Più nello specifico, prima la Commissione⁵⁰⁸ europea e poi la Corte «hanno progressivamente esteso l'ambito di applicazione di alcune disposizioni della Convenzione, impedendo così che l'allontanamento o il mancato accoglimento di un individuo si traducano in una violazione della legalità convenzionale»⁵⁰⁹. A ciò si aggiunga come i limiti imposti al diritto di asilo⁵¹⁰ e l'inasprimento delle politiche statali di

⁵⁰² Alcune normative statali (in particolare dell'America Latina) sono caratterizzate da uno spirito di apertura nei confronti del fenomeno migratorio: si veda, per esempio, la legge argentina n. 25.871 del 2004. Ad ogni modo, la stessa dottrina latino-americana non ha posizioni univoche sul punto: v. tra tutti, DOLINGER, *Direito internacional privado: parte general*, 2008, pp. 207-220.

⁵⁰³ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 82-83.

⁵⁰⁴ M. KAMTO, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, 19 aprile 2007, reperibile online su http://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_581.pdf, p. 3.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ *Affaire Abdulaziz, Cabeles et Balkandali c. Regno Unito*, ricorsi n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 maggio 1985, par.67.

⁵⁰⁷ G. PUMA, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁰⁸ O. DELAS, *op. cit.*, p. 45: «In primo momento, la problematica circa l'allontanamento degli stranieri si era posta dinanzi alla Commissione europea, oggi non più esistente poiché all'originaria impostazione binaria basata sull'affiancamento di Commissione e Corte, si è poi sostituita la concentrazione del contenzioso giudiziale nella Corte europea dei diritti dell'uomo. In ogni caso, sin dai primi anni di attività, la Commissione si era occupata di tale problematica in ordine alla compatibilità con l'art. 8 della Convenzione, relativo alla protezione della vita privata e familiare degli individui, per poi convergere successivamente attorno all'art. 3, concernete piuttosto il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti».

⁵⁰⁹ L. ZAGATO, S. DE VITO, *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, 2013.

⁵¹⁰ Per un approfondimento in tal senso, v. F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995.

controllo delle frontiere, abbiano reso ancora più decisivo, e necessario, il ruolo della Corte di Strasburgo e delle corti regionali in generale, le quali hanno dato vita ad un'imponente giurisprudenza che ha progressivamente esteso le garanzie minime di protezione dello straniero⁵¹¹. In tal contesto, se il ricorso all'art. 2 della Convenzione non ha prodotto una significativa giurisprudenza⁵¹², l'articolo 3, invece, concernente il divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti, ha, viceversa, garantito un'ampia tutela nei confronti di individui irregolarmente presenti sul territorio di uno Stato membro contro il rischio di *refoulement*.

In definitiva, una volta consacrato il potere di ciascuno Stato di regolare, e quindi anche di impedire, l'ingresso di individui stranieri all'interno del proprio territorio⁵¹³, la Corte ha poi posto dei limiti agli stessi, laddove l'allontanamento di un individuo dal territorio di uno Stato rischi di pregiudicare il diritto alla vita (art. 2), di non garantire il divieto di tortura (art. 3), di non assicurare il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), o anche il diritto ad un ricorso effettivo (art. 13)⁵¹⁴. In linea con la Corte, infatti, sebbene la Convenzione non preveda espressamente l'esistenza di tali diritti in capo allo straniero, quest'ultimo riceve comunque una protezione indiretta, *par ricochet*, da parte della stessa⁵¹⁵. Come già rilevato in precedenza, tale interpretazione evolutiva proposta dalla Corte⁵¹⁶, ha portato alcuni studiosi⁵¹⁷ a ritenere che la Convenzione europea abbia di fatto accordato agli stranieri una tutela più ampia rispetto a quella offerta dal diritto internazionale dei rifugiati, consacratosi nella Convenzione di Ginevra del 1951.

⁵¹¹ F. SCUTO, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁵¹² F. SCUTO, *op. cit.*, pp. 154-155: «Tale articolo vieta l'espulsione o l'extradizione dello straniero nel caso in cui l'allontanamento verso uno Stato terzo metta in pericolo la sua vita. Inoltre, l'espulsione sarebbe in tal caso contraria anche all'art. 1 del Protocollo n. 6 che vieta la pena di morte. Un noto caso di rifiuto di estradizione riguarda il cittadino turco Oelan, leader del partito curdo PKK, che aveva chiesto asilo in Italia. L'extradizione verso la Turchia non venne concessa e, con un'ordinanza del tribunale di Roma del 20 novembre 1998, si sottolineava il rischio che il soggetto venisse condannato a morte in Turchia in caso di estradizione».

⁵¹³ Prerogativa, questa, considerata come caratteristica fondamentale della stessa sovranità statale da S. ODA, *The individual in International Law*, (a cura di) M. SORESENSEN, *A Manual of Public International Law*, 1968, pp. 469 e ss.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ Sull'importanza del ruolo del sistema del Consiglio d'Europa, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*: «La giurisprudenza della Corte europea e la dottrina vedono nella Convenzione uno strumento di diritto oggettivo di tutela dei diritti dei singoli, a prescindere dai suoi riflessi sui rapporti fra gli Stati che della Convenzione sono parti. Secondo l'opinione della nostra Corte costituzionale (sentenze nn. 348 e 349 del 2007, e n. 80 del 2011), la Convenzione non dà vita ad un ordinamento comparabile con quello dell'Unione Europea, nel senso che non implica una limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 della Cost., sicché le sue norme non sono suscettibili di immediata e diretta applicazione nell'ipotesi di conflitto fra le stesse e le norme di legge dell'ordinamento nazionale italiano. Secondo la Corte Costituzionale, nell'ipotesi di un tale conflitto, i giudici debbono investire della Corte della questione, in quanto questa è risolvibile in base al nuovo testo dell'art. 117 Cost, co. 1, Cost., secondo il quale il legislatore statale e regionale è tenuto al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali dello Stato. La Corte si è così ritenuta competente a conoscere della conformità della nostra interna legislazione ordinaria alle norme della Convenzione».

⁵¹⁷ A. G. LANA; H. LAMBER, *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*. In *International and Comparative Law Quarterly*, 48 (3), 1999, 515-544.

3. La protezione *par ricochet* dello straniero: l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea, con sede a Strasburgo, «ha elaborato un'importante giurisprudenza che ha esteso la tutela dei diritti a favore dello straniero partendo dal contenuto di alcune specifiche norme della Convenzione europea, non direttamente riferite a quest'ultimo ma che, per la loro portata universale, devono tutelare ogni persona. In particolare, riferendosi ad alcuni articoli della CEDU, il giudice di Strasburgo ha ricavato *par ricochet* la base giuridica per tutelare lo straniero irregolare dall'espulsione in presenza di determinate circostanze. Malgrado la giurisprudenza della Corte abbia seguito l'orientamento della prassi internazionale sopra ricordata, che riconosce allo Stato il diritto di controllare gli ingressi e, pertanto, di respingere ed espellere lo straniero, essa ha tuttavia posto dei limiti agli Stati firmatari nel caso in cui l'allontanamento rischi di non tutelare alcuni diritti considerati come fondamentali»⁵¹⁸.

Per ciò che attiene ai già menzionati profili sostanziali, la «Convenzione europea non configura espressamente in capo agli Stati parti un obbligo di *non-refoulement*; né l'articolo 2, relativo al diritto alla vita, né l'articolo 3, inerente al divieto di tortura, contengono infatti traccia dell'obbligo in parola. La seconda delle disposizioni citate, in particolare, limitandosi a stabilire che “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, non vieta esplicitamente allo Stato di espellere o di allontanare uno straniero dal proprio territorio»⁵¹⁹.

È tuttavia noto che la Corte di Strasburgo «ha sovente fatto ricorso alla protezione indiretta al fine di estendere l'ambito di applicazione materiale dell'art. 3»⁵²⁰; trattasi di un meccanismo di creazione giurisprudenziale⁵²¹, che ha consentito alla Corte «*de pallier les insuffisances les plus criantes de la Convention a l'égard des étrangers*»⁵²².

⁵¹⁸ F. SCUTO, *op. cit.*, p. 154.

⁵¹⁹ G. PUMA, *op. cit.* p. 264; La Convenzione non contiene neppure disposizioni concernenti l'ingresso o l'allontanamento dello straniero dal territorio degli Stati membri. A tal proposito, v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 867: «L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 5, comma 1, let *f*, che contempla, tra le cause giustificative della restrizione della libertà personale, l'arresto o la detenzione per evitare l'ingresso illegale della persona o per procedere all'espulsione o all'extradizione. Tuttavia, con la firma del Protocollo n. 4, entrato in vigore il 2 maggio 1968, venne integrato il novero dei diritti tutelati dal testo normativo, con l'inserimento del divieto di espulsione, individuale e collettiva, dei *cittadini* (art. 3, comma 1); del diritto di ingresso nel proprio Stato di cittadinanza (art. 3, comma 2); ed infine del divieto di espulsioni collettive di stranieri (art. 4). Al contrario, non si ritenne opportuno intervenire in materia di espulsione individuale degli stranieri, ritenuta quest'ultima di esclusiva competenza degli Stati».

⁵²⁰ G. PUMA, *op. cit.* p. 264.

⁵²¹ Sono ventinove le decisioni della Corte relative a violazioni del principio di *non-refoulement* derivanti dal divieto di tortura. Tra questi, v. in particolare: *Soering c. Regno Unito*, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, *H.L.R. c. Francia*, *Jabari c. Turchia*, *Chahal c. Regno Unito*, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, *Thampibillai c. Olanda*, *Bader e altri c. Svezia*, *D. e altri c. Turchia*, *Aoulmi c. Francia*, *Olaechea Cahuas c. Spagna*, *Salah Sheekh c. Olanda*, *Garabayev c. Russia*, *Sultani c. Francia*, *Saadi c. Italia*, *Ismoilov e altri c. Russia*, *N. c. Regno Unito*, *NA. c. Regno Unito*.

⁵²² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parigi, 2019, p. 662; F. SUDRE, *Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention Européenne des droits de l'homme*, in

Invero, sebbene l'Assemblea Parlamentare già nel 1965⁵²³ abbia ricavato da tale disposizione l'esistenza di un divieto di respingimento, soltanto l'opera di interpretazione della Corte ha permesso di assicurare piena tutela contro il rischio concreto di rinvio di un individuo verso un paese non sicuro⁵²⁴.

Contrariamente alla questione relativa all'espulsione individuale, ritenuta di esclusiva competenza statale, è possibile invece sottolineare la presenza nel sistema convenzionale del divieto di espulsioni collettive, previsto dall'art. 4, del Protocollo n. 4. Pertanto, in relazione all'applicazione del divieto di espulsione, si può operare una *summa divisio*: da un lato, vi è il divieto di espulsione di singoli individui, ricavato *par ricochet* della Convenzione; dall'altro, il divieto di espulsione di gruppi di individui, previsto invece esplicitamente dall'art. 4 del Protocollo n. 4. Secondo i più, «il punto di svolta di siffatta costruzione giurisprudenziale è da ravvisarsi nel celebre caso *Soering c. Regno Unito*⁵²⁵ del 1989, nel quale la Corte europea ha affermato che l'estrazione dello straniero può impegnare la responsabilità dello Stato che procede alla misura, laddove sussista il fondato rischio che l'interessato sia sottoposto, nel paese di destinazione, ad un trattamento proibito dall'art. 3 CEDU»⁵²⁶. Il caso di specie riguardava, in particolare, l'estradizione di un cittadino tedesco, il quale, una volta tornato negli Stati Uniti, avrebbe potuto essere sottoposto alla pena capitale⁵²⁷ a causa di un duplice omicidio ivi commesso⁵²⁸. La Corte europea

Hughues Fulchiron dir., *Gli stranieri e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Atti dalla giornata del lavoro organizzata a Lione 14-15 novembre 1997*, Parigi, L.G.D.J., 1999: «Più che di trattamenti inumani e degradanti, sembra più opportuno parlare di condizioni di vita contrarie alla dignità umana. Non è nient'altro che questo ciò che è stato consacrato implicitamente dalla Corte; l'obbligo di non procedere a respingimenti di uno straniero che sarebbe esposto a condizioni di vita contrarie alla dignità umana».

⁵²³ A tal riguardo, Raccomandazione n. 434 del 1965, par. 3, reperibile online su <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14471&lang=en>: «Considering Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which, by prohibiting inhuman treatment, binds Contracting Parties not to return refugees to a country where their life or freedom would be threatened».

⁵²⁴ Prima della Corte, la Commissione rilevò l'esistenza di un principio di *non-refoulement*. A tal riguardo, A. MUNYAO, E. WABUKE, *Commentary on the Principle of Non-Refoulement in Refugee Law. Challenges and Opportunities*, Lambert, Academic Publishing, p. 45: «The European Commission on Human Rights has in series of decisions, the most notable of which was *Amerkane v. UK* (No. 567/72, 16 YB 356 1973), interpreted Article 3 so as to contain a *non-refoulement* component».

⁵²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 91: «The decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Art. 3, anche hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country».

⁵²⁶ G. PUMA, *op. cit.* p. 264.

⁵²⁷ Il Protocollo n. 6, entrato in vigore il 1° marzo 1985 e reso esecutivo in Italia con la legge del 2 gennaio n. 8/1989, è stato il primo strumento giuridico obbligatorio in Europa e nel mondo che ha sancito l'abolizione della pena di morte in tempo di pace, non essendo permesse deroghe in situazioni di emergenza né riserve. Per un approfondimento relativo alla normativa internazionale ed interna in materia di pena di morte, v. N. BOBBIO il 3 aprile 1981, Conferenza tenuta a Rimini il 3 aprile 1981 in occasione della VI assemblea nazionale di Amnesty International, reperibile online su http://bibliotecaborghi.org/wp/wp-content/uploads/2016/02/Norberto-Bobbio_Contro-la-pena-di-morte.pdf.

⁵²⁸ C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 maggio 2012, reperibile online su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1494-ergastolo-senza-possibilita-di-liberazione-anticipata-e-art-3-cedu-meno-rigidi-gli-standard-garanti>.

ha sostenuto l'illegittimità della misura di estradizione sostenendo che la permanenza nel "corridoio della morte" – ovvero il periodo di reclusione che l'individuo avrebbe dovuto trascorrere in attesa dell'esecuzione della pena – avrebbe costituito un trattamento inumano o degradante, come tale vietato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione. Tale impostazione, originariamente applicata ad un caso di estradizione, «venne progressivamente estesa ad altre forme di allontanamento dello straniero dal territorio, quali l'espulsione e il *refoulement*»⁵²⁹. In relazione alla prima, lo stesso ragionamento è stato applicato nel caso *Cruz Varas c. Svezia*⁵³⁰ in cui la Corte, nonostante abbia negato l'esistenza nel caso specifico di violazioni dell'art. 3, ha stabilito l'applicabilità del divieto di *refoulement* anche alle fattispecie relative all'espulsione di cittadini stranieri irregolari. In relazione al respingimento, invece, «particolarmente significativo è il caso *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* del 30 ottobre 1991. Nel caso di specie, i ricorrenti, cittadini dello Sri Lanka di etnia Tamil, lamentavano la violazione dell'art. 3 della CEDU in ragione del respingimento operato dallo Stato convenuto in loro danno. Benché la Corte non abbia ravvisato gli estremi del rischio concreto ed attuale nel caso in esame, la Corte ha nondimeno ritenuto che il principio elaborato nelle sentenze *Soering* e *Cruz Varas* fosse applicabile anche all'ipotesi di rimpatri coatto»⁵³¹.

Pertanto, «dalla giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione europea si desume, pertanto, il principio per il quale una decisione di allontanamento è suscettibile di integrare una violazione dell'art. 3, laddove produca come risultato diretto quello di esporre il destinatario del provvedimento medesimo al pericolo fondato, in quanto ragionevolmente prevedibile, di subire trattamenti inumani e degradanti, o addirittura di tortura, nello Stato di destinazione. L'indicata ricostruzione giurisprudenziale poggia, secondo parte della dottrina, su un principio ermeneutico codificato nell'art. 31, par. 3, lett. c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in virtù del quale, nell'interpretazione di una disposizione si deve tenere in considerazione qualsiasi norma di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti. l'articolo 3 della Convenzione europea andrebbe, dunque, letto alla luce dell'obbligo di *non-refoulement* che, come anzidetto, è contenuto in diversi accordi conclusi nel quadro delle Nazioni Unite, nonché in una norma che ha acquisito natura consuetudinaria. Così ricostruita, la responsabilità dello Stato che adotta delle misure di allontanamento si configura come preventiva, non essendo legata all'effettivo prodursi dell'atto di

⁵²⁹ G. PUMA, *op. cit.* p. 264.

⁵³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, ric. n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991, par. 70; il ricorrente, oppositore politico in patria del regime del Generale Pinochet, dopo aver subito arresti e persecuzioni, era riparato illegalmente in Svezia ed aveva chiesto asilo politico, ma il governo di quel Paese aveva rifiutato tale richiesta e previsto una procedura di espulsione nei suoi confronti.

⁵³¹ G. PUMA, *op. cit.*, p. 264.

tortura o di trattamenti inumani o degradanti, e sussiste in ragione della mera esposizione dello straniero al rischio di patire siffatti trattamenti nello Stato di destinazione»⁵³².

Circa la valutazione della nozione di rischio, l'art. 3 trova applicazione solo laddove «sussistano fondati motivi per ritenere che l'individuo corra un rischio reale e concreto di essere sottoposto a trattamenti proibiti nello Stato di destinazione»⁵³³, rilevandosi, tuttavia, la necessità che soglia del rischio si attesti ad un «livello di mera probabilità»⁵³⁴. Vale la pena di notare, peraltro, come parte della dottrina⁵³⁵ abbia individuato nella giurisprudenza della Corte «talune categorie di rischi suscettibili di venire in rilievo nell'applicazione dell'art. 3: vi sono, in primo luogo, i rischi derivanti dalla natura del regime politico dello Stato di destinazione, nelle ipotesi in cui, ad esempio, detto regime pratici violazioni massicce dei diritti fondamentali; o ancora, quelli che derivano da situazioni di disordine e grave insicurezza generale dovuti alle attività di gruppi armati di vario genere; o, ancora, quelli che riguardano la situazione del ricorrente»⁵³⁶. A tal proposito, si deve fare ovviamente riferimento alla situazione esistente al momento dell'adozione della decisione da parte della Corte, così da prendere in considerazione anche gli eventuali mutamenti, peggiorativi o migliorativi⁵³⁷, circa l'esistenza nel paese considerato di un rischio di trattamenti contrari all'art. 3⁵³⁸. Con riferimento alla situazione personale del ricorrente, significativa è la decisione adottata nel caso *R.C. c. Svezia*, in cui la Corte, escluso che la situazione di rispetto dei diritti umani in Iran sia tale, di per sé, da comportare un pericolo per gli individui, ha ravvisato l'esistenza di un rischio specifico per quegli individui i quali non possono dimostrare di aver lasciato l'Iran legalmente. In senso analogo, nel caso *N. c. Svezia*, la Corte, dopo aver escluso l'esistenza di un rischio generale di violazione dei diritti umani in Afghanistan, ha evidenziato come l'espulsione di una donna, la quale ha mancato di conformarsi ai rigidi costumi e tradizioni locali, implichi una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

In ordine alla determinazione dei trattamenti vietati dalla disposizione in esame, «nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, deciso con la sentenza del 18 gennaio 1978, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito come tutte le violazioni da ricondurre nel quadro di applicazione dell'art. 3 della CEDU debbano possedere un livello minimo di gravità, che non può essere individuato in termini assoluti, ma relativi, variando a seconda delle circostanze del caso specifico, quali la durata della violazione, le conseguenze fisiche e mentali prodotte dalle condotte lesive, l'età e lo stato di

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, p. 113.

⁵³⁵ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 669 e ss.

⁵³⁶ G. PUMA, *op. cit.*, p. 264.

⁵³⁷ In ordine al miglioramento sia della situazione generale di rispetto dei diritti umani sia, più specificamente, delle condizioni di detenzione nel Paese di destinazione, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Dzhaksybergenov c. Ucraina*, sentenza del 10 febbraio 2011, par. 36-37.

⁵³⁸ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 87.

salute del soggetto leso. In ogni caso, la violazione del divieto di tortura, così come del divieto di trattamenti inumani o degradanti, può realizzarsi in concreto sia alla luce dell'applicazione di uno soltanto dei criteri appena menzionati – ritenuto di particolare importanza nel caso di specie –, sia in base all'applicazione cumulativa di tali criteri, i quali, complessivamente considerati, inducono l'interprete a ritenere sussistente la violazione di questi divieti. La Corte ha altresì rivestito un ruolo determinante nella distinzione fra le fattispecie riconducibili alla tortura e quelle concernenti i trattamenti inumani o degradanti. In linea con ciò, a parere della Corte, il divieto di tortura comprende la sofferenza fisica o mentale, distinguendosi dal divieto di trattamenti inumani in relazione alla più ridotta soglia di gravità richiesta per l'accertamento di queste ultime condotte lesive. Con specifico riferimento alla distinzione fra trattamento inumano e degradante, rileva poi la sentenza dell'11 luglio 2006 relativa al caso *Jalloh c. Germania*, in cui la Corte ha qualificato come *inumano* il trattamento premeditato, applicato per ore, e che causi lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico o mentale; al contrario, ha considerato *degradante* il trattamento tale da creare nella vittima un senso di paura, angoscia e inferiorità così da umiliarla e piegare la sua resistenza fisica o morale nonché indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza. Va peraltro osservato che le nozioni di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, come del resto le nozioni relative ai diritti umani in generale, non sono affatto immutabili nel tempo, essendo condizionati dall'evoluzione scientifica realizzatasi in tema di determinazione degli effetti sull'individuo di certe pratiche lesive. Di conseguenza, trattamenti ritenuti oggi inumani o degradanti possono essere qualificati in futuro quali atti di tortura, come espressamente affermato dalla Corte nella sentenza del 28 luglio 1999 nel caso *Selmouni c. Francia*⁵³⁹.

Circa la natura del divieto di *refoulement*, di recente la Corte ha avuto l'occasione di chiarire la propria posizione con riferimento all'art. 3 della Convenzione⁵⁴⁰, disposizione quest'ultima, che già di per sé riveste carattere inderogabile e assoluto. Sotto il primo profilo, si segnala come l'art. 15 della Convenzione, relativo alle misure di deroga adottabili dagli Stati parte in caso di guerra o di altro pericolo pubblico, individui uno stretto nucleo di disposizioni definito come «una specie di santuario inviolabile di diritti e libertà insuscettibili di deroga»⁵⁴¹, tra i quali viene ricompreso proprio l'art. 3⁵⁴². Per quanto concerne, invece, il carattere assoluto del divieto in parola, quest'ultimo sta a significare che «i valori in esso tutelati non possono essere oggetto di bilanciamento con altri valori od obiettivi generali, quali, ad esempio, le esigenze legate alla lotta al

⁵³⁹ P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁴⁰ A. MUNYAO, E. WABUKE, *op. cit.*, p. 48

⁵⁴¹ M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, p. 175.

⁵⁴² G. PUMA, *op. cit.*, p. 265

terrorismo e alla criminalità organizzata»⁵⁴³. In ogni caso, a partire dalla sentenza resa nel caso *Soering*, considerato il vero “manifesto del proporzionalismo applicato all’art. 3”, la Corte ha a più riprese escluso la legittimità di qualsiasi forma di limitazione posta al divieto di tortura⁵⁴⁴. Nel caso *Chahal c. Regno Unito*, ad esempio, «il giudice di Strasburgo ha rifiutato di operare un bilanciamento tra il rischio per il ricorrente di subire torture o trattamenti inumani e le esigenze di sicurezza nazionale dello Stato convenuto»⁵⁴⁵. Più nello specifico, una volta sottolineato come il divieto posto dall’art. 3 “*is equally absolute in expulsion cases*”, il giudice di Strasburgo ha affermato che «*the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration*»⁵⁴⁶, emergendo, in tutta evidenza, la più ampia tutela offerta dalla CEDU con riguardo all’allontanamento degli stranieri rispetto a quella ricavabile dalla Convenzione di Ginevra del 1951⁵⁴⁷.

Seguono tale impostazione, poi, «le argomentazioni svolte dalla Corte nei casi *Chameiev c. Georgia e Russia*, relativo all’extradizione verso la Russia di un presunto terrorista ceceno, *Saadi c. Italia e Daoudi c. Francia*»⁵⁴⁸. In realtà, più delle altre, la decisione *Saadi c. Italia*⁵⁴⁹ rappresenta un precedente fondamentale nella giurisprudenza della Corte europea con riferimento alle misure di espulsione legate alla prevenzione del terrorismo internazionale⁵⁵⁰. Nel caso di specie⁵⁵¹, infatti, la

⁵⁴³ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Labita c. Italie*, ric. n. 26772/95, sentenza del 6 aprile 2000, par. 119; *Tomasi c. Francia*, ric. n. 12850/87, sentenza del 27 agosto 1992, par. 115.

⁵⁴⁴ G. PUMA, *op. cit.*, p. 265.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, par. 80

⁵⁴⁷ G. PUMA, *op. cit.*, p. 265.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ Sul valore della decisione in esame, v. S. SILEONI, *La CEDU e l’espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in Rivista italiana di diritto costituzionale, fasc. n. 3, 2009, pp. 719-720.

⁵⁵⁰ Per una breve analisi relativa al caso in esame M. Pacini, *Il controllo della CEDU sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, reperibile online su <https://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/Pacini-Il-controllo-della-Cedu-sul-rispetto-dei-diritti-umani-da-parte-di-Stati-terzi.pdf>.

⁵⁵¹ M. C. LOCCHI, *I limiti all’espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili*, reperibile online su https://diritti-cedu.unipg.it/CEDUhtml/LOCCHI-Saadi_c.Italia67dc.pdf_%3b%20modification-date%3d_Fri%2c%2005%20Aug%202011%2010_04_12%20%2b0200_%3b%20size%3d91129%3b?option=com_docman&task=doc_download&gid=186&Itemid=160&lang=it : «Nel caso qui in esame, alle argomentazioni proposte dal ricorrente in ordine all’esistenza di un concreto rischio di subire torture una volta detenuto in Tunisia (a sostegno delle quali aveva allegato al ricorso rapporti di diverse Organizzazioni non governative, quali Amnesty International, Human Rights Watch e del Dipartimento di Stato americano), il Governo italiano ha opposto sostanzialmente due ordini di argomentazioni. In primo luogo ha tentato di minimizzare la configurabilità di detto rischio, sottolineando, da un lato, l’eccessiva indeterminatezza delle prove adottate dal ricorrente, e, dall’altro, l’adesione della Tunisia a numerosi strumenti internazionali in materia di protezione dei diritti dell’uomo, nonché ad accordi con l’Italia e con la stessa Unione europea, che dimostrerebbero una base comune di rispetto dei diritti fondamentali (par. 111); a tal proposito, inoltre, il Governo italiano si era premurato di richiedere assicurazioni diplomatiche alla Tunisia, a seguito delle quali quest’ultima aveva garantito di applicare leggi nazionali improntate al divieto di tortura e alla tutela dei diritti di difesa dei detenuti. In secondo luogo, il Governo faceva presente alla Corte la necessità di tener conto dell’ampiezza del pericolo rappresentato dal terrorismo internazionale, in relazione al quale si rendeva opportuno considerare non solo i rischi legati all’espulsione, ma anche quelli che sarebbero sorti in caso di non espulsione (par. 114). Degne di nota sono infine le valutazioni espresse dal Governo del Regno Unito, intervenuto nel caso in virtù di quanto previsto nell’art. 36, comma 2, con l’obiettivo di ottenere dalla Corte la revisione, o almeno il chiarimento, dell’orientamento “assolutista” già espresso nel caso *Chahal* sopra menzionato. Secondo il Regno Unito, infatti, tale principio aveva creato seri

Corte, dopo un breve richiamo ai principi generali della propria giurisprudenza⁵⁵², «ha riaffermato e consolidato il carattere di previsione assoluta ed inderogabile dell'art. 3, negando fermamente qualsivoglia forma surrettizia di “*fair balance*” tra il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti, e la tutela di altri valori pur fondamentali, quali, come nel caso di specie, la sicurezza pubblica minacciata dal terrorismo internazionale»⁵⁵³.

4. L'applicazione del divieto di espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte europea

L'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea vieta, «in modo chiaro e insuscettibile d'interpretazioni, la pratica delle espulsioni collettive di stranieri»⁵⁵⁴. La *ratio* di tale divieto è quella di garantire un'analisi individuale delle situazioni soggettive degli individui, considerando, al momento dell'adozione del provvedimento di espulsione, le singole e differenziate condizioni giuridico-soggettive. Come già rilevato in precedenza, il dato caratterizzante le espulsioni collettive⁵⁵⁵ non è l'elemento quantitativo del numero di soggetti coinvolti, bensì il carattere non individualizzante della misura, dato dal mancato esame ragionevole e obiettivo della posizione individuale del singolo soggetto allontanato dal territorio dello Stato.

problemi agli Stati contraenti nel loro impegno di contrasto del terrorismo internazionale, rendendo praticamente impossibili le espulsioni che pure si rivelavano, a parere di quest'ultimo, l'unico strumento efficace nei confronti di sospetti terroristi che non avessero (ancora) commesso reati: il mero sospetto, dunque, costituirebbe un elemento in grado di prevalere, nell'ottica di un bilanciamento, sul divieto sancito dall'art. 3. Ciò che proponeva il Governo del Regno Unito, dunque, era il superamento della rigidità della Corte nel caso *Chahal* attraverso l'introduzione della possibilità di un bilanciamento, nei casi riguardanti minacce derivanti dal terrorismo internazionale, tra il rischio di trattamenti vietati ai sensi dell'art. 3 e la minaccia costituita dall'individuo alla sicurezza nazionale; I rapporti relativi al paese di destinazione possono provenire da Organizzazioni non governative, da fonti governative o addirittura da fonti di Stati terzi alla Convenzione, come ad esempio il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti che emette annualmente un rapporto riguardante il rispetto dei diritti umani nel mondo. Tuttavia, proprio in relazione a quest'ultima circostanza, il sistema è stato fortemente contestato da alcuni Stati della comunità internazionale, poiché anche il Senato e il Parlamento cinese, ad esempio, emettono questo genere di rapporti, ma non vi è mai stata una sentenza della Corte che vi abbia fatto esplicito riferimento, mentre al contrario si fa spesso riferimento ai rapporti statunitensi. Si tratta, dunque, di una scelta eminentemente politica».

⁵⁵² La Corte ha operato una ricognizione generale dei suoi principi generali nei par. 124-125. Questi sono fondati essenzialmente sul: riconoscimento del diritto degli Stati di controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri; l'assenza nella Convenzione di un diritto d'asilo; la derivazione del principio di *non-refoulement* dall'art. 3 della Convenzione (par. 124-125). Nei paragrafi successivi, la Corte ha rilevato, da un lato, il carattere assoluto ed inderogabile del principio, già espresso in precedenti decisioni (es. *Irlanda c. Regno Unito*, 8 gennaio 1978, par. 163; *Chahal*, par. 79; *Selmouni c. Francia*, 6 aprile 2000, par. 95); dall'altro, ha evidenziato la cautela con cui ha di volta in volta proceduto all'accertamento del rischio di violazione della stessa norma. Già nel caso *Chahal*, infatti, si affermava la necessità di procedere alla valutazione della potenziale violazione della disposizione attraverso il ricorso a criteri rigorosi per l'individuazione del rischio di trattamenti vietati, tenendo conto della situazione generale del paese e delle circostanze specifiche riguardanti l'interessato (*Vilvarajah e Al. C. Regno Unito*, sent. 30 ottobre 1991, par. 108).

⁵⁵³ M. C. LOCCHI, *op. cit.*

⁵⁵⁴ S. CENTONZE, S. ANASTASIO, *Protezione dei migranti: Corte EDU e Corte di Giustizia a confronto*, in *QuestioneGiustizia*.

⁵⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Andric c. Svezia*, ric. 45917/99, sentenza del 23 febbraio 1999, par. 1

A conferma di ciò, la Corte europea nel caso *Conka c. Belgio*⁵⁵⁶, ha statuito che «ciò che è considerato essenziale per qualificare un'espulsione come collettiva è la mancanza di un ragionevole ed oggettivo esame dei casi specifici di ciascun individuo del gruppo, in aggiunta all'impossibilità da parte di questi ultimi di difendersi contro detti provvedimenti»⁵⁵⁷. Tale impostazione venne in realtà già evidenziata dalla Corte di Strasburgo sin dalla sua prima sentenza «relativa ad una decisione di rimpatrio prevista dal Governo danese nei confronti di centonovantanove minori sudvietnamiti»⁵⁵⁸. In particolare, in tale circostanza il giudice di Strasburgo evidenziò come non si possa rilevare l'esistenza di un'espulsione collettiva laddove l'autorità nazionale competente abbia esaminato i casi singolarmente, considerando la situazione soggettiva di ciascun individuo⁵⁵⁹; assunto quest'ultimo che verrà ribadito anche in altre occasioni.

Circa l'esatta configurazione della fattispecie di respingimento collettivo, significativa è la sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*⁵⁶⁰. In tal contesto, la Grande Camera, a seguito della richiesta di rinvio formulata dal Governo italiano avverso la sentenza resa dalla Camera, tra le stesse parti, in data 1° settembre 2015⁵⁶¹, una volta precisata la finalità del divieto di espulsioni collettive, ossia quella di impedire che «si verificano espulsioni di individui stranieri sulla base della loro mera appartenenza ad un gruppo, senza la necessaria attenzione per le peculiarità del caso concreto»⁵⁶², ha rilevato che il fatto che «i provvedimenti di respingimento fossero redatti in termini del tutto omogenei, con la sola diversificazione di dati personali del migrante destinatario, e che un gran numero di persone della stessa provenienza geografica fosse stato espulso contestualmente, non avrebbe dovuto portare a ritenere automaticamente integrata la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 alla CEDU. In particolare, la Corte, rilevando che i ricorrenti erano stati sottoposti, in due occasioni, a identificazione (la prima, avvenuta subito dopo il loro arrivo nel centro di accoglienza, operata dalle autorità italiane; la seconda, all'aeroporto, operata dal console tunisino prima che i tre migranti fossero imbarcati sul volo per Tunisi), ha valorizzato il fatto che, nel corso di tali operazioni, questi ultimi avessero avuto modo di far presente la propria situazione e di evidenziare le specificità del proprio caso individuale attraverso colloqui personali effettuati con l'assistenza di un interprete»⁵⁶³.

⁵⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Conka c. Belgio*, *op. cit.*, par. 59.

⁵⁵⁷ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 870.

⁵⁵⁸ F. SCUTO, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ Grande Camera, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016.

⁵⁶¹ Per una analisi dettagliata dei fatti oggetto del ricorso e dell'argomentazione della Corte europea, v. A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattamenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

⁵⁶² A. GILIBERTO, *op. cit.*

⁵⁶³ S. CENTONZE, S. ANASTASIO, *op. cit.*

Continuando nel prosieguo della giurisprudenza della Corte, ai fini di un'esatta interpretazione del divieto in esame risulta essere decisiva la «nota – e fondamentale – decisione della Corte EDU del 23 febbraio 2012 relativa al caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁵⁶⁴. Con tale sentenza⁵⁶⁵, la Grande Camera della Corte, con decisione unanime, ha condannato lo Stato italiano al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese nei confronti di ventidue cittadini eritrei e somali partiti, insieme con numerosi altri cittadini non europei (circa duecento) dalla costa della Libia a bordo di tre imbarcazioni per raggiungere le coste italiane, ma vennero poi intercettati da tre navi della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana, e quindi riportati coattivamente in Libia. Più precisamente, le imbarcazioni che trasportavano i numerosi cittadini non europei furono intercettate dalle navi italiane mentre si trovavano circa 35 miglia a sud dell'isola di Lampedusa, all'interno della zona marittima di ricerca e salvataggio che rientra nella giurisdizione di Malta; quindi gli occupanti delle imbarcazioni furono trasferiti sulle navi militari italiane e ricondotti a Tripoli, senza possibilità di scelta, senza alcuna procedura di identificazione e senza essere messi nelle condizioni di poter presentare domanda di protezione internazionale. L'operazione si svolse in attuazione di accordi bilaterali, conclusi con l'allora Governo libico presieduto da Gheddafi e finalizzati al contrasto dell'immigrazione clandestina»⁵⁶⁶, accordi che, secondo la Corte non possono comunque violare gli obblighi derivanti dalla Convenzione⁵⁶⁷.

A sostegno della decisione emessa, i giudici di Strasburgo, una volta rilevata la giurisdizione dello Stato italiano nell'operazione di respingimento, hanno riscontrato la violazione degli artt. 3 CEDU, 4 del Protocollo n. 4, e 13 CEDU, avallando così all'unanimità il ricorso proposto da alcuni degli individui coinvolti⁵⁶⁸.

In ordine all'art. 3 della Convenzione, la Corte ha evidenziato come lo Stato italiano abbia esposto «i ricorrenti al concreto rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia, Stato in cui, allora come ora, non viene rispettata alcuna norma di tutela dei rifugiati e, al contrario, tutti gli individui entrati nel paese con mezzi irregolari sono considerati clandestini, senza alcuna distinzione tra migranti irregolari e richiedenti asilo. La Libia, inoltre, non aveva e non ha ratificato

⁵⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

⁵⁶⁵ Per un approfondimento di tale decisione, v. P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, Rivista italiana di diritto costituzionale, fasc. 2, 2012, pp. 447-449.

⁵⁶⁶ S. CALABRIA, *op. cit.*

⁵⁶⁷ Ci si riferisce a due trattati conclusi entrambi il 29 dicembre 1997. Riprendendo le parole di T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), 2017, p. 75: «I due trattati non esistono (almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, perché non pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, come il diritto italiano esige».

⁵⁶⁸ S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC)*, rivista n. 2, 2012.

la Convenzione di Ginevra del 1951, non riscontrandosi nel Paese alcuna forma di asilo e di tutela nei confronti dei rifugiati»⁵⁶⁹.

In linea con il ragionamento operato dalla Corte, «il fatto che i migranti non abbiano fatto esplicitamente domanda d'asilo alle autorità italiane al momento dell'intercettazione in mare, non esime l'Italia dagli obblighi derivanti dall'articolo 3 della Convenzione»⁵⁷⁰. In particolare, secondo il giudice di Strasburgo, «le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che gli individui respinti sarebbero stati esposti in Libia a trattamenti contrari alla Convenzione e non avrebbero potuto accedere ad alcuna forma di tutela in quel paese. Inoltre, un'ulteriore violazione dell'art. 3 della Convenzione è derivata dalla circostanza che i ricorrenti sono stati esposti al rischio di essere rimpatriati arbitrariamente in Eritrea e in Somalia»⁵⁷¹. Riprendendo le parole del giudice di Strasburgo:

*«When the applicants were transferred to Libya, the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin, having regard in particular to the lack of any asylum procedure and the impossibility of making the Libyan authorities recognise the refugee status granted by the UNHCR. (...) The Italian authorities should have ascertained how the Libyan authorities fulfilled their international obligations in relation to the protection of refugees»*⁵⁷².

Nondimeno, la parte sicuramente più innovativa della decisione in esame è stata quella in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4, ossia del divieto di espulsioni collettive di stranieri. In particolare, la Corte ha chiarito – prendendo per la prima volta posizione sul punto – che «il divieto di espulsioni collettive trova applicazione anche nel caso in cui la misura di allontanamento sia adottata al di fuori del territorio nazionale, dunque anche in alto mare»⁵⁷³. Pertanto, il giudice di Strasburgo ha per la prima volta riconosciuto l'applicazione extraterritoriale al divieto di espulsioni collettive, non contenendo il testo della disposizione alcun elemento che ne limiti l'applicazione al solo territorio⁵⁷⁴. Nello specifico, a parere della Corte la disposizione va riferita anche alle espulsioni avvenute «in alto mare, che non può essere considerato uno spazio al di fuori della legge»⁵⁷⁵. Sempre secondo quanto ritenuto dal giudice di Strasburgo: *«As regard the exercise by a State of its jurisdiction on the high seas, the Court has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where*

⁵⁶⁹ S. CALABRIA, *op. cit.*

⁵⁷⁰ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁷¹ *Ibidem.*

⁵⁷² Sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*, *op. cit.*, par. 156-157.

⁵⁷³ S. ZIRULIA, *op. cit.*

⁵⁷⁴ *Ibidem.*

⁵⁷⁵ T. SCOVAZZI, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*, A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

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»⁵⁷⁶.

Pertanto, «gli allontanamenti di individui eseguiti nell'ambito di intercettazioni in alto mare da parte delle autorità di uno Stato e nell'esercizio di 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 ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, che impegna la responsabilità dello Stato in questione sul piano dell'art. 4 del Protocollo n. 4»⁵⁷⁷. La Corte ha così respinto l'argomento formalistico avanzato dall'Italia, in base al quale un provvedimento di espulsione può avere luogo soltanto laddove gli stranieri si trovino all'interno del territorio nazionale⁵⁷⁸. A tal riguardo, una volta riscontrata l'assenza, nell'art. 4, della locuzione "territorio", la Corte ha rimarcato l'esigenza di interpretare la Convenzione e il Protocollo affinché «rendano le garanzie in essa previste pratiche ed effettive e non teoriche e illusorie»⁵⁷⁹. Operando in tal senso, la Corte ha svelato il profilo principale della Convenzione europea, ossia quella di costituire uno "strumento vivente" dei diritti fondamentali in essa sanciti, in grado di adattarsi alle mutevoli situazioni concrete che si presentano alla sua attenzione. Invero, secondo il ragionamento operato dalla Corte, nel caso in cui l'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 concernesse esclusivamente ipotesi di espulsione collettiva dal *territorio* di uno Stato, la sua tutela non riuscirebbe ad estendersi verso un numero crescente di situazioni che caratterizzano, al contrario, l'attuale cornice delle migrazioni.

La Corte avrebbe potuto altresì ricorrere all'art. 16⁵⁸⁰ del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale del 2001, «il quale prevede che uno Stato sia ritenuto internazionalmente responsabile per l'attività di aiuto ed di assistenza alla commissione dell'altrui illecito se: "a) tale Stato esercita tale attività essendo a conoscenza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe stato internazionalmente illecito ove commesso da tale Stato. L'altrui illecito comprende altresì il favorire o il facilitare gravi violazioni ai diritti umani»⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *op. cit.*, par. 178.

⁵⁷⁷ S. CALABRIA, *op. cit.*

⁵⁷⁸ T. SCOVAZZI, *op. cit.*

⁵⁷⁹ *Hirsi Jamaa c. Italia*, *op. cit.*, par. 175.

⁵⁸⁰ Art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale: "Uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato".

⁵⁸¹ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 155.

In linea con l'interpretazione data da J. Crawford⁵⁸², l'art. 16 stabilisce «tre limiti al sorgere della responsabilità per l'attività di aiuto o di assistenza. Il primo consiste nella conoscenza da parte dello Stato che assiste, nel momento in cui fornisce l'aiuto, che lo Stato assistito sta compiendo un illecito internazionale. Nel caso di specie, la Corte, ricostruendo la situazione esistente in Libia, in Somalia ed in Eritrea al momento dei fatti, ha supposto che l'Italia fosse a conoscenza della sorte che aspettava i rimpatriati forzati. Il secondo limite consiste nella necessità che il comportamento posto in essere sia illecito internazionalmente anche se compiuto dallo Stato che ha fornito l'assistenza. Lo Stato che fornisce l'assistenza deve quindi essere vincolato dagli stessi obblighi violati dallo Stato che compie materialmente il comportamento illecito. Nella materia qui oggetto di analisi, ci si riferisce agli obblighi di natura consuetudinaria derivanti dal divieto di tortura. La prassi convenzionale degli Stati, ma anche delle organizzazioni internazionali chiamate ad occuparsi della materia, ha in varie occasioni affermato il valore assoluto del divieto di tortura e del suo corollario, il principio di non respingimento. Pertanto, sia lo Stato che compie il rimpatrio forzato, sia lo Stato che sottopone gli individui a dei trattamenti inumani e degradanti sono vincolati dai suddetti obblighi. Il terzo limite indicato da J. Crawford è il seguente: “*que l'aide soit pretee en vue de faciliter la commission d'un fait illicite et qu'elle la facilite effectivement*”. L'assistenza fornita deve essere strettamente connessa al comportamento illecito, ossia deve avere contribuito al compimento del comportamento illecito, anche se non in modo determinante, e deve essere stata fornita intenzionalmente. Sempre secondo lo stesso autore, i tre limiti devono essere applicati cumulativamente. L'individuazione di questo terzo limite nella lettera dell'art. 16 del Progetto di articoli è però discutibile. Se si considera il caso italiano, è da escludersi che il comportamento di interdizione navale e di rimpatri forzati sia stato messo in atto con l'intenzione di sottoporre i migranti a tortura o altri trattamenti inumani e degradanti. Le autorità italiane hanno però agito sapendo perfettamente quali sarebbero state le conseguenze del loro comportamento. Anche se ciò può essere rilevante per la determinazione delle conseguenze dell'accertamento della responsabilità, permane la violazione di un obbligo internazionale e pertanto la commissione di un comportamento illecito, come confermato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Hirsi*»⁵⁸³.

Le considerazioni generali della Corte EDU⁵⁸⁴ «hanno un loro ampio retroterra giuridico, puntualmente illustrato nella parte iniziale della sentenza. Viene innanzitutto alla luce il principio di non respingimento di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, divenuto una norma di

⁵⁸² J. CROWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilite de l'Etat*, Parigi, 2003, p. 178; in ordine al divieto di complicità in un fatto illecito altrui, v. anche M. DI FILIPPO, *op. cit.*, pp. 86 e ss.

⁵⁸³ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁸⁴ V. anche F. LENZERINI, *Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012; sull'applicazione extraterritoriale dell'art. 4 del Protocollo n. 4, v. S. TREVISANUT, *op. cit.*, pp. 150- 152.

diritto internazionale consuetudinario vincolante tutti gli Stati; in aggiunta, soccorrono poi gli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'art. 3 del Regolamento n. 526/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, istitutivo di un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere; ed infine la Decisione del Consiglio europeo del 26 aprile 2010 relativa alla operazione alle frontiere marittime coordinate da Frontex. La pronuncia *Hirsi Jamaa c. Italia*, particolarmente autorevole anche perché emessa dalla Grande Camera, non risulta smentita da altre di segno contrario»⁵⁸⁵.

Si constata, dunque, come il diritto promanante dalla Convenzione europea, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, vieta agli Stati membri di effettuare respingimenti collettivi, non essendo consentito respingere individui verso un Paese considerato come non sicuro.

Tale assunto acquista una rilevanza ancora maggiore con riferimento ai respingimenti effettuati nei confronti di natanti carichi di migranti, se si tiene presente che, con ogni probabilità, su quell'imbarcazione vi sono anche potenziali richiedenti protezione internazionale, ai quali, per effetto del respingimento collettivo o del rigetto alla frontiera, viene preclusa la possibilità di presentare la relativa domanda.

A tal proposito, si anticipa una questione che verrà trattata nel prosieguo del lavoro, ossia l'ipotesi in cui venga impedito «l'ingresso di un'imbarcazione in un proprio porto territoriale, specie se proveniente da un luogo non sicuro, disinteressandosi del destino dei potenziali richiedenti asilo che vi alloggiavano»⁵⁸⁶; in tal caso, qualora non vengano fornite la concreta indicazione e disponibilità di un altro e diverso porto sicuro, «si determina il rischio del ritorno di quelle stesse persone dal porto non sicuro dal quale provenivano, in violazione del principio di non respingimento»⁵⁸⁷. Ciò posto, dalla lettura della citata sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*, ciò che rileva, ai fini di una concretizzazione della violazione degli artt. 3 e 4, Protocollo n. 4, della Convenzione europea, è che gli individui «vengano esposti al concreto rischio di essere ricondotti in Libia, senza che sia tuttavia indispensabile accertare che un tale epilogo vi sia stato, dovendosi al contrario, anzitutto da parte dei pubblici poteri, agire affinché esso non si verifichi. Per essere più precisi, secondo quanto affermato dalla citata sentenza della Corte di Strasburgo, sono in contrasto con i diritti fondamentali convenzionali “gli allontanamenti di stranieri che producono l'effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato”, puntualizzando la stessa sentenza che la Convenzione di Ginevra del 1951 “copre qualsiasi misura imputabile ad uno Stato che possa produrre l'effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio in

⁵⁸⁵ S. CALABRIA, *op. cit.*

⁵⁸⁶ *Ibidem.*

⁵⁸⁷ *Ibidem.*

cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate e in cui rischierebbero una persecuzione”, ivi compresa l’ipotesi del “rigetto alle frontiere”»⁵⁸⁸.

Per chiudere sul punto, si deve quindi ritenere che «una norma di diritto interno che si ponga in conflitto con le richiamate norme della Convenzione europea, così come interpretate dalla suddetta giurisprudenza della Corte EDU, ed in particolare che si ponga in conflitto con il principio di non respingimento, sarebbe costituzionalmente illegittima. È noto infatti che, a decorrere dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, l’ordinamento giuridico italiano prevede che l’art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, sicché, in caso di contrasto tra il diritto interno e la norma della Convenzione europea, il giudice interno deve interpretare la norma in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti in cui ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma, Cost.»⁵⁸⁹.

In definitiva, si rileva come il giudice di Strasburgo abbia fornito «un’interpretazione estensiva del principio di *non-refoulement*, stabilendo che ogni migrante irregolare è, di fatto, un potenziale rifugiato, e per questo risulta indispensabile verificare accuratamente la situazione personale ed i rischi che quest’ultimo correrebbe in caso di rimpatrio»⁵⁹⁰, evidenziandosi quindi come «il rispetto del principio di *non-refoulement* esiga uno *screening* minimo della situazione degli individui ed una corretta valutazione della posizione dello Stato presso cui eventualmente ricondurre le persone intercettate o soccorse, con particolare riguardo al rispetto dei diritti umani»⁵⁹¹.

5. La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di allontanamento dello straniero irregolare

Esposta nelle sedi precedenti⁵⁹² la cornice normativa del sistema regionale americano in materia di *non-refoulement*, in tale sede si volge lo sguardo a come il principio è stato interpretato ed applicato in sede giurisprudenziale.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ F. SCUTO, *op. cit.*, p. 171.

⁵⁹¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁹² V. Cap. 1, Sez. 2, par. 2.

Al riguardo, si osserva fin da subito come la giurisprudenza della Corte interamericana abbia sovente fatto riferimento alle decisioni proprie della Corte di Strasburgo⁵⁹³. Significative sono soprattutto due sentenze, una relativa al caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago*⁵⁹⁴, e l'altra relativa invece al caso *Cantoral Benavides*⁵⁹⁵.

Con riferimento al primo caso, la Corte ha fatto espresso riferimento al già citato caso *Soering*, deciso nel 1989 dalla Corte EDU, affermando al par. 167 della sentenza quanto segue:

*«Likewise, in Soering v. United Kingdom, the European Court found that the “death row phenomenon” is a cruel, inhuman and degrading treatment, and is characterized by a prolonged period of detention while awaiting execution, during which prisoners sentenced to death suffer severe mental anxiety in addition to other circumstances, including, among others: the way in which the sentence was imposed; lack of consideration of the personal characteristics of the accused; the disproportionality between the punishment and the crime committed; the detention conditions while awaiting execution; delays in the appeal process or in reviewing the death sentence during which time the individual experiences extreme psychological tension and trauma; the fact that the judge does not take into consideration the age or mental state of the condemned person; as well as continuous anticipation about what practices their execution may entail»*⁵⁹⁶.

Nel secondo, invece, il giudice interamericano ha sintetizzato la giurisprudenza europea rilevante in materia, affermando il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di tortura anche in presenza di situazioni emergenziali di ordine pubblico. Nello specifico, la Corte interamericana ha fatto qui riferimento al già citato caso *Irlanda c. Regno Unito*, nel quale l'utilizzo simultaneo di cinque tecniche di tortura a danno di presunti terroristi, è stato definito dal giudice di Strasburgo un trattamento inumano in violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU. Dunque, a parere della Corte interamericana, l'inderogabilità del divieto di tortura deve prevalere ed essere rispettato, prescindendo dall'eventuale esistenza di pericoli che minaccino l'ordine pubblico. In aggiunta, al pari di quanto già sostenuto dalla Corte europea in sue precedenti decisioni, nel caso qui in esame la Corte ha posto l'accento su una necessaria applicazione estensiva ed evolutiva del divieto di tortura, il quale, per essere correttamente applicato, non deve essere confinato entro rigide categorie normative, ma deve anzi adeguarsi ed essere esaminato alla luce della condizione individuale della vittima.

⁵⁹³ Sul punto, v. L. HENNEBEL, *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, pp. 450 e ss.

⁵⁹⁴ Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Hilaire, Constantine y Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago*, sentenza del 21 giugno 2002.

⁵⁹⁵ Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Cantoral Benavides*, sentenza del 18 agosto 2000.

⁵⁹⁶ Par. 167, *Hilaire, Constantine y Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago*.

Infine, rilevante è anche la decisione relativa al caso *Penal Miguel Castro-Castro c. Perù*⁵⁹⁷, in cui la Corte ha di fatto riconosciuto l'avvenuta acquisizione del carattere di *jus cogens* del divieto di tortura⁵⁹⁸, così come sostenuto dalla Corte europea nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*⁵⁹⁹ del 2001. In particolare, nel par. 271 della sentenza, la Corte sottolinea quanto segue:

«*This Tribunal has indicated that torture and cruel, inhuman or degrading punishment or treatment are strictly prohibited by international human rights law. The absolute prohibition of torture, both physical and mental, is currently part of the international jus cogens. Said prohibition subsists even under the most difficult circumstances, such as war, threat of war, the fight against terrorism and any other crimes, martial law or a state of emergency, civil commotion or conflict, suspension of constitutional guarantees, internal political instability or other public emergencies or catastrophes*»⁶⁰⁰.

In definitiva, emerge come anche nell'esperienza americana, decisiva, ai fini di una tutela effettiva ed ampia del principio di *non-refoulement* sia stata, in tutta evidenza, l'interpretazione della Corte interamericana, la quale ha inteso l'ambito di applicazione del divieto di tortura in maniera evolutiva, analogamente a quanto fatto dalla Corte europea nel corso della sua esistenza⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Corte interamericana dei diritti umani, *Penal Miguel Castro Castro c. Perù*, sentenza del 25 novembre 2006.

⁵⁹⁸ Sul carattere cogente del divieto di tortura, v. L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 451.

⁵⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ric. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001.

⁶⁰⁰ Par. 271, *Penal Miguel Castro Castro c. Perù*.

⁶⁰¹ Sul punto, v. M. ROTA, *Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, 28 febbraio 2019, reperibile online su <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02050403/document>.

CAPITOLO III

LA RECENTE PRASSI STATALE IN MATERIA DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON-REFOULEMENT

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il caso italiano: breve rassegna sulla normativa nazionale in materia di immigrazione e allontanamento dello straniero fino al d.l. 113/2018. - 2.1. La cooperazione tra Italia e Libia – 2.2. La responsabilità internazionale dello Stato italiano per complicità nell’illecito altrui– 3. La questione della “chiusura dei porti” nella recentissima prassi italiana – 4. Le nuove condotte assunte Governo italiano, con particolare riferimento all’intesa politica raggiunta a Malta il 23 settembre 2019 – 5. Il caso australiano: la politica migratoria australiana in merito all’isola di Manus e Nauru

1. Considerazioni introduttive

Il fenomeno migratorio odierno pone molteplici questioni di indubbio rilievo, in considerazione, anzitutto, dell’esistenza di due orientamenti contrastanti: da un lato, il principio della sovranità dello Stato sul proprio territorio⁶⁰²; dall’altro, il principio della solidarietà tra i membri della comunità internazionale⁶⁰³.

A tal riguardo, l’esame della prassi dimostra una decisa propensione per il riconoscimento, in capo allo Stato, del diritto sovrano di controllo delle proprie frontiere, ossia il potere di regolamentare il diritto di ingresso e di uscita di individui dal proprio territorio⁶⁰⁴. In linea con ciò,

⁶⁰² M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 128: «In linea generale, gli Stati esercitano la propria sovranità sul loro territorio, il quale si estende entro i limiti di territorio di un altro Paese, e le cui linee di demarcazione sono denominate confini o frontiere».

⁶⁰³ A. M. CALAMIA, *Le norme “non statali e lo straniero”*, A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti. Profili internazionalistici ed europei*, 2012, p. 7; riprendendo le parole dell’Autore: «il consolidamento dell’uno o dell’altro principio comporta diverse conseguenze in relazione al rapporto tra Stato territoriale e straniero. Invero, laddove prevalga il «dogma della sovranità, verrebbe preclusa qualsiasi limitazione alla libertà dello Stato; al contrario, una volta attribuita rilevanza all’elemento della solidarietà internazionale o dell’interdipendenza, si finirebbe per configurare qualche limite alla libertà statale».

⁶⁰⁴ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 128; riprendendo sempre le parole dell’Autore: «Tale potere implica la facoltà di istituire postazioni fisse di controllo lungo le principali vie di comunicazione e di erigere strutture fisiche che impediscano attraversamenti incontrollati. Pur se questa ultima opzione viene spesso associata a politiche odiose di alcuni governi, occorre sottolineare che non è la costruzione di un muro o di una recinzione in quanto tale ad essere criticabile, quanto piuttosto l’adozione di misure normative ed amministrative, finalizzate, nel loro complesso, a negare in radice l’esercizio del diritto di uscita, oppure l’adozione di misure complementari di prevenzione dell’attraversamento che risultino sproporzionate o indiscriminate. Tale precisazione appare tanto più necessaria, in quanto la prassi internazionale testimonia nel periodo più recente una rinnovata “popolarità” di muri e barriere presso alcuni Stati, in primis democratici. Si pensi, ad esempio, a quanto accade alla frontiera terrestre tra Stati Uniti e Messico, o alle recinzioni erette dalla Spagna intorno ai territori di Ceuta e Melilla, collocati geograficamente in Nord Africa e circondati da territorio marocchino».

conviene precisare che, nell'ambito di tale esercizio di sovranità, gli attori statali hanno altresì il potere di adottare «una politica di isolazionismo nei confronti del movimento in ingresso di persone e merci, procedendo ad una sorta di chiusura unidirezionale delle frontiere»⁶⁰⁵, non sembrando offrire, il diritto internazionale consuetudinario, parametri giuridici atti a censurare siffatta politica di isolamento⁶⁰⁶. Alle situazioni ora richiamate, va affiancandosi negli ultimi anni, l'emersione di un fenomeno qualitativamente diverso, ossia il preventivo impedimento degli Stati, in particolare di quelli di destinazione dei flussi migratori, di arrivi di individui sprovvisti di un valido titolo di ingresso, attraverso un insieme di tecniche che vanno sotto il nome di “esternalizzazione dei controlli di frontiera”⁶⁰⁷, ossia mediante accordi bilaterali conclusi con paesi terzi. D'altronde, la cornice normativa della gestione dei flussi migratori si inserisce, per sua natura, in un contesto multilaterale, ossia di collaborazione o anche solo di dialogo, tra il paese di destinazione ed il paese di origine o transito, potendosi rilevare, a tal riguardo, come la dimensione internazionale delle migrazioni sia *in re ipsa*, in quanto riguarda cittadini di paesi terzi rispetto ai quali degli Stati diversi dagli Stati membri assumono obblighi⁶⁰⁸.

Come analizzato in precedenza con riferimento al continente europeo, negli accordi più recenti «sono state privilegiate forme atipiche di conclusione degli stessi: dichiarazioni congiunte, memorandum di intesa, o altre denominazioni in relazione alle quali la natura giuridica rimane dubbia, essendo formalmente qualificati come atti giuridici non vincolati, benché siano applicati e rispettati come atti implicanti obblighi reciproci nel contesto che qui rileva»⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ Interessanti, a tal proposito, sono le osservazioni di A. M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 11: «Dai precetti internazionali posti alla base di trattati multilaterali regionali e universali (e specialmente di quelli che istituiscono organizzazioni internazionali), discende, al di là delle singole previsioni normative, un generico obbligo di cooperazione. E contrasterebbe con tale obbligo una legislazione statale di contenuto inconciliabile, al punto da poter far ritenere che l'appartenenza dello Stato a determinati regimi pattizi o a certe organizzazioni internazionali è una vuota apparenza, dato il disinteresse mostrato verso l'attuazione dei fini che richiedono l'effettiva collaborazione da parte dello Stato medesimo. Ad esempio, una cooperazione attiva, anche nel campo sociale, è necessaria se si vuole dare attuazione al contenuto dell'art. 55 della Carta delle Nazioni Unite ed ai principi posti a fondamento di relazioni armoniose ed amichevoli tra Stati. Da tali considerazioni, si può dedurre che una legislazione statale di chiusura immotivata, totale e senza limitazioni temporali, del territorio a tutti gli individui renderebbe il comportamento di tale Stato contraddittorio con la manifestazione di volontà di partecipare attivamente alla vita sociale dell'organizzazione ed alla realizzazione dei fini di quest'ultima».

⁶⁰⁷ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁰⁸ B. NASCIMBENE, *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, L. DANIELE, *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo Millennio*, Milano, 2001, p. 307.

⁶⁰⁹ F. DE VITTOR, *op. cit.*; riprendendo le parole dell'Autore: «La qualificazione di tali atti è poi resa ulteriormente difficoltosa per la carenza di pubblicità che li caratterizza. Essi, infatti, sono resi noti al pubblico con comunicati stampa che ne ripropongono i contenuti essenziali, ma non sono pubblicati nella loro versione integrale e ufficiale, il che ne rende praticamente impossibile un'analisi dettagliata del contenuto. Le misure extraterritoriali caratterizzanti l'approccio globale al controllo della migrazione sono l'effetto dell'applicazione congiunta e combinata di diversi strumenti giuridici e di diversi percorsi negoziali. Un iniziale accordo di partenariato e cooperazione bilaterale o multilaterale, generalmente concluso nel rispetto delle norme sulla competenza a stipulare, costituisce la base giuridica per l'adozione di misure di cooperazione successive, che sono quelle più incisive dal punto di vista del godimento o della violazione dei diritti umani dei migranti, e che però sfuggono al controllo istituzionale».

In tale sede, si analizzeranno le principali manifestazioni di tale nuova prassi, con riferimento, in particolare, ai profili critici circa le modalità di attuazione dei respingimenti posti in essere in conformità agli accordi sopra citati.

2. Il caso italiano: breve rassegna sulla normativa nazionale in materia di immigrazione e allontanamento dello straniero fino al d.l. 113/2018

Prima di analizzare i respingimenti attuati dall'ordinamento italiano sulla base di intese concluse con gli Stati di partenza dei flussi migratori, conviene tratteggiare la cornice giuridica nazionale in materia di trattamento dello straniero, rappresentando quest'ultima una base normativa che risulterà necessario avere a mente, per lo sviluppo di alcuni temi trattati di seguito, e riguardanti, sempre, l'ordinamento italiano.

La condizione giuridica dello straniero in Italia, il cui corretto inquadramento risulta fondamentale ai fini di un'attenta analisi dei temi svolti di seguito, si sviluppa principalmente su due livelli: i principi costituzionali e gli accordi internazionali, da ciò derivandosi, dunque, la necessaria modulazione della legislazione italiana secondo la scala gerarchica delle fonti.

Nell'ordinamento italiano, il diritto di asilo trova la naturale collocazione normativa nell'art. 10, co. 3⁶¹⁰ della Costituzione, che attribuisce protezione allo straniero *“al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”*⁶¹¹.

La rilevanza dell'art. 10 della Carta fondamentale è dovuta soprattutto al fatto di essere considerata da più parti una sorta di trasformatore permanente⁶¹², in grado, dunque, di adattare automaticamente una norma interna in modo speculare a quella internazionale, senza però confondersi con la stessa. Nel fare ciò, la disposizione in esame ha sancito il principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, il cui terreno elettivo per la sua emersione ed affermazione è stato, a ben vedere, proprio il piano dei rapporti tra le diverse Carte dei diritti⁶¹³. Ed invero, «l'apertura della Costituzione a materiali normativi e giurisprudenziali aventi origine esterna, che vale a connotare la legge fondamentale come “inter-costituzionale”, risulta appunto governata proprio dal principio in parola, che appare dunque essere un autentico “meta-principio”,

⁶¹⁰ Art. 10 della Costituzione italiana: “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici”.

⁶¹¹ Art. 10, comma 3, della Costituzione italiana.

⁶¹² T. PERASSI, *La costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in Scritti giuridici, vol. II, Milano, 1958, pp. 429 ss.

⁶¹³ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in Diritto Immigrazione e Cittadinanza, fasc. n. 2/2019.

in quanto volto a connotare le relazioni tra gli stessi principi fondamentali»⁶¹⁴. Benché tale impostazione sia stato inizialmente affermata con riferimento alla sola Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶¹⁵, questo meccanismo ha progressivamente assunto una dimensione più ampia, estendendosi oggi a qualsiasi norma internazionale avente la caratteristica di offrire ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che ad essi è accordata dalle norme interne, «venendo così azionata l'arma dei "controlimiti" avverso l'ingresso in parola, laddove per effetto dello stesso si avrebbe un impoverimento della tutela o una contrazione degli ambiti materiali in cui la stessa può aversi»⁶¹⁶. Lapidariamente, conviene poi riportare l'opinione di quanti sostengono, sulla scorta di tale ultima affermazione, l'esistenza di una presunzione generale di inferiorità delle norme nazionali in rapporto alle norme europee ed internazionali, sottolineando come soprattutto la Convenzione europea assicuri una migliore protezione dei diritti fondamentali rispetto al diritto nazionale⁶¹⁷.

Con riferimento, poi, alla natura giuridica della norma in esame - in particolare al comma 3 dell'art. 10 e al suo valore precettivo o programmatico- si registrano posizioni discordanti da parte della dottrina, cui si è tentato di dare risposta univoca con la sentenza n. 4674/97 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶¹⁸. In tale occasione, una volta dichiarata la giurisdizione ordinaria delle cause per il riconoscimento dell'asilo politico, è stato affermato che *“il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata”*⁶¹⁹.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ Sul ruolo propulsore della CEDU, v. R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel diritto vivente: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in Consulta Online, 2015; D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in Osservatorio sulle fonti, 2018.

⁶¹⁶ A. RUGGERI, *op. cit.*

⁶¹⁷ Tra i sostenitori di tale assunto, v. soprattutto L. FAVOREU, *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista di diritto costituzionale, 2004, pp. 7 e ss.; a livello giurisprudenziale, invece, la situazione è diversa. Invero, solo di recente è stata riconosciuta la possibilità che un'altra Carta (e, segnatamente, la CEDU) possa offrire una tutela persino più avanzata di quella risultante dalla Costituzione. Ci si riferisce alla sentenza 25 del 2019, (in particolare, il punto 13 del considerando in diritto).

⁶¹⁸ N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, fasc. n. 1/2018.

⁶¹⁹ N. ZORZELLA, *op. cit.*; nella citata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il giudice ha sottolineato, inoltre, la distinzione tra rifugio politico e asilo costituzionale. Riprendendo sempre le parole di N. ZORZELLA: «Nell'occasione, la Cassazione ha abbozzato anche la distinzione tra rifugio politico, ex Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, e asilo politico costituzionale: *“la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, in quanto la citata Convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, co. 3, Cost.”*. In una successiva pronuncia, sempre a Sezioni Unite, la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha ribadito la differenza tra asilo costituzionale e rifugio politico e la natura di

Passando ora ad esaminare la legislazione nazionale in materia di immigrazione, questa è stata inizialmente affrontata con provvedimenti di polizia riferiti a singoli cittadini stranieri, costituendo, d'altronde, il fenomeno migratorio una questione piuttosto recente se comparata a quella dei Paesi dell'Europa centro-settentrionale⁶²⁰. A conferma di ciò, la prima fonte in materia, escluso il Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 (il c.d. "*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*"), è stato adottato a metà degli anni Ottanta. Si fa riferimento, in particolare, alla legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante "*Norme in materia di collocamento e trattamento dei lavoratori extracomunitari immigranti e contro le immigrazioni clandestine*", con la quale si è tentato di disciplinare, per la prima volta in maniera organica, il fenomeno dell'immigrazione⁶²¹: prima di

status e di diritto soggettivo di entrambi, "*con la conseguenza che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva*" (Cass. SU n. 907/1999). Evidente, però, che l'assenza di una legislazione di attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost. (nonostante siano passati 70 anni dall'entrata in vigore della Carta e vari progetti siano stati presentati) può comportare nella pratica vari problemi, anche a causa della scarsissima applicazione della disposizione costituzionale. Uno dei casi più noti di applicazione diretta della norma costituzionale è certamente quello di Ocalan (capo del partito curdo PKK, considerato gruppo terrorista dallo Stato turco), a cui nell'ottobre 1999 il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'asilo politico ex art. 10, co. 3 Cost., senza che la sua richiesta sia passata preventivamente attraverso l'allora previsto procedimento di rifugio politico ex Convenzione di Ginevra del 1951, secondo gli artt. 1 e ss. d.l. n. 416/89. Sentenza che ha fatto tesoro dei principi espressi nella sopra richiamata pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, sia come applicazione diretta della norma costituzionale, sia nel distinguerla dal rifugio politico. In essa, infatti, il Tribunale ha verificato non tanto la posizione soggettiva di Ocalan (cioè la sua individuale persecuzione) quanto la negazione concreta in Turchia di svariate libertà democratiche nei riguardi del popolo curdo e/o di coloro che ne rivendicavano l'esistenza e la parità, laddove il collegamento tra tale accertamento e il richiedente asilo era proprio il suo essere curdo e leader di un partito ritenuto illegale perché combatteva, anche armato, per la libertà di quel popolo. Decisione estremamente interessante sotto vari profili, non da ultimo il fatto che è intervenuta quando Ocalan era già uscito dal territorio italiano ed era stato catturato, in Kenya, dalla polizia turca e ristretto in carcere, ove si trova tutt'ora. Nonostante l'assenza dal territorio italiano, il giudice romano ha affermato l'irrelevanza della presenza sul territorio nazionale in quanto requisito non richiesto dall'art. 10, co. 3 Cost., ed ha ritenuto sussistente l'interesse ad agire di Ocalan "*anche se assume, nel quadro attuale, una valenza ridotta (ma non meramente teorica) rispetto alla pienezza del diritto d'asilo e, nel contempo, una pregnanza più forte per effetto del preciso riferimento ideale che contiene*" (p. 24). Pronuncia che rappresenta, all'evidenza, un potenziale formidabile sviluppo dell'asilo costituzionale, non ancorato alla specificità della persecuzione individuale (a differenza del rifugio politico ex Convenzione di Ginevra), quanto alla verifica della negazione delle libertà democratiche costituzionali, cioè quantomeno tutte quelle racchiuse nel Capo I della Carta fondamentale italiana. Ma ancor di più assume importanza per la negazione della necessità della presenza sul territorio dell'asilante ai fini dell'accertamento del diritto/status, espandendo ben oltre i confini nazionali l'efficacia della norma costituzionale. Se, infatti, l'art. 10, co. 3 Cost. individua nella compressione delle libertà costituzionali la giustificazione della protezione, se la (mancata) legge di attuazione ne può solo definire le modalità di esercizio ed il contenuto, se il diritto è dichiarato e non costituito in quanto preesiste al suo riconoscimento formale, e infine se quel riconoscimento non è condizionato dalla presenza del titolare dello status, sono intuitive le conseguenze per tutti coloro che, negli ultimi anni, sono respinti nel Mediterraneo, impedendo l'ingresso per chiedere asilo o la protezione internazionale. Ognuno di loro può potenzialmente chiedere al giudice ordinario il riconoscimento dell'asilo ex art. 10, co. 3 Cost., dimostrando di appartenere ad uno Stato nel quale sono negate, in concreto, le libertà fondamentali garantite dalla nostra Costituzione. Del resto, nella pronuncia a Sezioni Unite del 1999 (n. 907) la Corte di cassazione ha riconosciuto il diritto all'ingresso del potenziale richiedente asilo, ciò che antepone il diritto ad un momento antecedente l'ingresso sul territorio nazionale, ovvero sia per qui esplicitare la domanda d'asilo. Si porrà il problema, certo, dell'esecuzione concreta di un'eventuale pronuncia di riconoscimento in assenza del titolare dello status in Italia, ma certamente si può ipotizzare la responsabilità, anche risarcitoria, dello Stato italiano per l'omissione di attività finalizzate a rendere effettivo quel diritto già riconosciuto, o per avere attivamente impedito l'ingresso in Italia per ottenerlo».

⁶²⁰ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 410.

⁶²¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 410: «Il predetto tentativo normativo di regolarizzazione aveva lo scopo di disciplinare la materia lavorativa relativa agli immigrati, riconoscendo la parità tra lavoratori stranieri e italiani, considerando, quindi, il fenomeno dell'immigrazione solo sotto l'aspetto del lavoro e dell'ordine pubblico e non nella sua complessità. Ciò in quanto, in quegli anni, la politica italiana in materia di immigrazione era precipuamente

questa, invero, gli unici provvedimenti adottati erano rappresentati da una serie di circolari ministeriali emanate tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta.

Senza pretesa di esaustività, quindi evitando di trattare le diverse fonti normative successive al 1986, il Governo, in ottemperanza a quanto contenuto nella delega prevista all'art. 47, comma 1, l. n. 40/1998, ha poi varato il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante il "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*", da ultimo modificato ad opera del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. decreto sicurezza), convertito con modificazioni in legge 1 dicembre 2018, n. 132, e del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*" (c.d. decreto sicurezza bis). L'emanazione di tale strumento normativo, il quale ha di fatto riunito in un unico corpo le precedenti disposizioni in materia⁶²², ha rappresentato l'introduzione, nell'ordinamento giuridico italiano, di un vero e proprio "Codice dell'immigrazione"⁶²³, il quale ha posto come principio fondamentale il riconoscimento dell'individuo straniero quale soggetto di diritto cui assicurare le garanzie fondamentali previste dalle norme di diritto interno e dalle convenzioni europee e internazionali.

Nello specifico, il d.lgs. n. 286/1998 ha mirato a garantire, attraverso molteplici strumenti, il rafforzamento e il coordinamento dei controlli alle frontiere esterne. In particolare, il legislatore, all'art. 10⁶²⁴ del d.lgs. n. 286/1998, ha delineato due ipotesi di respingimento⁶²⁵, a seconda che lo

orientata più alla salvaguardia dell'ordine pubblico che non alla prevenzione del fenomeno migratorio nel suo complesso».

⁶²² Si fa riferimento, in particolare, alla legge 30 dicembre 1986, n. 943 (artt. 1,2,8, 9, 10, 11, art. 1, commi 2 e 4); alla legge n. 40/1998 (nella sua totalità); a, r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (artt. 114, comma 2, 147, 148, 149); alla legge 8 agosto 1995, n. 335 (art. 3, comma 13).

⁶²³ Di tale opinione è V. MUSACCHIO, in *Manuale pratico di diritto dell'immigrazione, Commento, giurisprudenza, legislazione, modulistica, circolari ministeriali*, 2005, p. 122.

⁶²⁴ Art. 10 del d.lgs. n. 286/1998: "La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. 2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso. 3. Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti di cui all'articolo 4, o che deve essere comunque respinto a norma del presente articolo, è tenuto a prenderlo immediatamente a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero. Tale disposizione si applica anche quando l'ingresso è negato allo straniero in transito, qualora il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel Paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinvio nello Stato. 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari. 5. Per lo straniero respinto è prevista l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera. 6. I respingimenti di cui al presente articolo sono registrati dall'autorità di pubblica sicurezza. 6-bis. Il divieto di cui al comma 2-ter è inserito, a cura dell'autorità di pubblica sicurezza, nel sistema di informazione Schengen di cui al regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, e comporta il divieto di ingresso e soggiorno nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea, nonché degli Stati non membri cui si applica l'*acquis* di Schengen".

⁶²⁵ In Italia, oltre alle due ipotesi di respingimento, vi è un'ulteriore categoria di allontanamento in via amministrativa, ossia l'espulsione. Riprendendo le parole di V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica* (Note a Corte Cost., sent. n. 275/2017), in *Federalismi.it*, 12

straniero irregolare sia già presente nel territorio dello Stato, oppure abbia solo tentato l'ingresso: il respingimento c.d. immediato, ed il respingimento c.d. differito⁶²⁶.

La prima fattispecie, disciplinata dal primo comma dell'art. 10, regola il diniego opposto agli stranieri che si presentino alla frontiera senza disporre dei requisiti necessari per l'ingresso sul territorio nazionale; la seconda ipotesi⁶²⁷, invece, prevede l'accompagnamento alla frontiera, disposto con decreto motivato del questore, degli stranieri i quali, sottraendosi ai controlli, abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato e siano stati fermati all'ingresso o subito dopo⁶²⁸. In quest'ultimo caso «non vi è un'immediata attuazione del provvedimento, applicandosi, invece, una

settembre 2018: «La categoria delle espulsioni implica che lo straniero sia già entrato in Italia e che, di conseguenza, vi sia un rapporto col territorio. Le espulsioni possono essere giudiziarie o amministrative: queste ultime, regolate dall'art. 13 del T.U. immigrazione, sono disposte o dal Ministro dell'Interno, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, o dal prefetto per carenza, anche sopravvenuta, di requisiti necessari ad un regolare soggiorno in Italia»; sulle espulsioni v. anche E. ZANROSSO, *Diritto dell'immigrazione, Manuale in materia di ingresso e condizione degli stranieri in Italia*, VII ed., pp. 373 e ss.: «L'espulsione è un provvedimento di tipo ablativo che obbliga lo straniero ad uscire, entro il termine stabilito, dal territorio italiano. È disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. Le espulsioni possono essere di due tipi, a seconda di chi dispone il provvedimento: amministrative, se disposte da parte di un'autorità amministrativa; e giurisdizionali, se disposte dall'autorità giudiziaria. A loro volta, le espulsioni amministrative si suddividono a seconda se sono state disposte dal Ministro oppure dal Prefetto. Pur essendoci diverse tipologie di espulsione, tutte soggiacciono a profili comuni, come individuati dalle pronunce 369/1999 e 226/2004 della Corte Costituzionale: - la necessaria presenza di garanzie, basti pensare che per tutte le tipologie di espulsione deve esserci una convalida da parte di un'autorità giurisdizionale; - l'obbligo di verificare la regolarizzabilità della condizione dello straniero e dell'accertamento dell'inesistenza di un divieto di espulsione, prima di emettere il provvedimento; - l'obbligo di prevedere la reale possibilità di esercitare il diritto di difesa. Prima della riforma ad opera della l. 129/2011, l'unica modalità di esecuzione dell'espulsione era quello dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Con la legge 129/2011, è stata introdotta la partenza volontaria che diventa la modalità principale per lasciare l'Italia a seguito dell'espulsione».

⁶²⁶ B. CATTELAN, *Ancora una pronuncia sulla giurisdizione in tema di respingimento alla frontiera: un'occasione per (ri)fare il punto sull'istituto*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 4/2013.

⁶²⁷ Il respingimento differito è stato oggetto di gravi dubbi di incostituzionalità dalla dottrina. Riprendendo, tra tutti, le parole di P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte Costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2018: «Il respingimento differito adottato dal questore nelle ipotesi indicate dall'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 è disposto in via ordinaria dal solo questore, senza alcun controllo dell'autorità giudiziaria, e perciò appare incostituzionale in violazione della riserva di giurisdizione e della riserva assoluta di legge previste dall'art. 13 Cost.; esso è oltretutto eseguito con accompagnamento alla frontiera, misura che secondo la sent. n. 105/2001 della Corte costituzionale consiste in una limitazione della libertà personale. Inoltre, nella prassi e nell'interpretazione precedente alla nuova interpretazione data dalla Corte costituzionale proprio nella sent. n. 275/2017 si riteneva (erroneamente, afferma la sentenza) che l'accompagnamento alla frontiera restasse sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorché in concreto esso non fosse stato materialmente possibile per ragioni oggettive, in presenza delle quali – dopo l'adozione del provvedimento di respingimento (com'è avvenuto nel caso concreto) o dopo la fine di un eventuale provvedimento di trattenimento – il questore può impartire al medesimo straniero respinto un distinto ordine scritto e motivato di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni ai sensi dell'art. 14, co. 5-bis del d.lgs. n. 286/1998. Il provvedimento di respingimento adottato dal questore ex art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 appare così in irrimediabile contrasto con l'art. 13, co. 2 Cost. e merita pertanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale, e la stessa sent. n. 275/2017 lo preannuncia. Né è possibile dare in alcun modo alla disposizione legislativa dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 un'interpretazione conforme alle norme costituzionali, dell'Unione europea e internazionali che la privi di ogni dubbio di illegittimità costituzionale, perché l'obbligo di intervento immediato dell'autorità giudiziaria sui provvedimenti restrittivi della libertà personale è ribadito anche dall'art. 5 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950»; oltre a P. BONETTI, v. anche A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa* (nota a Giudice di pace Agrigento, 18.10.2011, n. 741), in *Giurisprudenza di merito*, 2012; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009.

⁶²⁸ S. ROSSI, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2019, p. 139 e ss.

procedura simile a quella prevista per l'esecuzione forzata dell'espulsione, ovvero mediante adozione di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera da parte del questore, a cui si può aggiungere, nelle more del procedimento, il trattenimento temporaneo dello straniero in un Centro di permanenza per i rimpatri»⁶²⁹, ai sensi dell'art. 14, comma 1⁶³⁰ del Testo unico sull'immigrazione⁶³¹.

In particolare, il comma 2 dell'art. 10 afferma quanto segue:

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

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

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

Dall'analisi della disposizione in esame, è possibile rilevare una terza ipotesi di respingimento, prevista dalla lett. b) del secondo comma, ossia l'accompagnamento alla frontiera, disposto sempre con decreto motivato del questore, degli individui i quali, pur non essendo legittimati all'ingresso nel territorio dello Stato, siano stati temporaneamente ammessi “*per necessità di pubblico soccorso*”, il c.d. “*respingimento umanitario*”⁶³². Tale ultima ipotesi è volta essenzialmente a dotare le autorità competenti di uno strumento più flessibile rispetto all'espulsione, laddove non risulti possibile respingere immediatamente l'individuo alla frontiera

⁶²⁹ *Ibidem*; Il trattenimento, presso il CPR, deve essere comunicato entro quarantotto ore dalla sua adozione al giudice di pace territorialmente competente, il quale ne dispone la convalida entro le ulteriori quarantotto ore successive. Questa è la garanzia atta a tutelare la libertà personale dell'individuo.

⁶³⁰ Art. 14 del d.lgs. n. 286/1998: “Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino”; I Centri di identificazione ed espulsione (CIE) sono stati ridenominati dal d.l. n. 13/2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando) Centri di permanenza per i rimpatri (CPR).

⁶³¹ Sui Centri di permanenza per i rimpatri (CPR), v. E. ZANROSSO, *op. cit.*, pp. 395 e ss.: «Si tratta di strutture destinate al trattenimento degli stranieri extracomunitari irregolari, destinati all'espulsione. La funzione di tali centri è quella di evitare la dispersione degli immigrati irregolari sul territorio, e di consentire la materiale esecuzione, da parte delle forze dell'ordine, dei provvedimenti di espulsione emessi nei confronti degli irregolari. Attualmente i centri operativi sono: Bari (112 posti), Brindisi (83), Caltanissetta (96), Crotona (30), Roma (250), Torino (180) e Trapani (204). Il totale della capienza è di 872 posti, disaggregati in 716 posti per uomini e 156 per donne. Nel CPR lo straniero viene trattenuto quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. Secondo l'art. 14, sono considerate situazioni legittimanti il trattenimento: - la necessità di prestare soccorso allo straniero; - la necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla identità dello straniero o alla sua nazionalità; - l'acquisizione di documenti per il viaggio; - l'attesa della disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo. L'autorità competente a disporre il trattenimento è il Questore incaricato dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento, il quale deve trasmettere copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le 48 ore successive dall'adozione del provvedimento. Entro 48 ore il giudice deve convalidare il provvedimento. Se questi due termini di 48 ore più 48 non vengono osservati il provvedimento perde efficacia. La detenzione amministrativa ha una durata massima di trenta giorni, che possono però essere prorogati fino ad un massimo di centoottanta giorni».

⁶³² S. ROSSI, *op. cit.*

per motivi di carattere umanitario⁶³³. In tal caso, infatti, il successivo allontanamento dell'individuo dal territorio italiano deve avvenire nella forma del respingimento alla frontiera, anziché con un provvedimento di espulsione⁶³⁴.

Da subito, emerge in tutta evidenza la non sovrapponibilità delle due diverse tipologie di allontanamento. Il respingimento "immediato", infatti, si presenta come «un provvedimento obbligatorio, in sé scevro di contenuti coercitivi che, imponendo allo straniero il rispetto di un divieto, limita la libertà di circolazione e di autodeterminazione in un momento in cui l'ingresso sul territorio nazionale non è ancora avvenuto; al contrario, il respingimento "differito", in entrambe le forme disciplinate dal secondo comma dell'art. 10, è un provvedimento che presuppone l'avvenuto ingresso dello straniero sul territorio nazionale, realizzando un intervento coercitivo sulla persona fisica dell'individuo per ricondurlo al luogo di origine o di provenienza. A differenza del respingimento "immediato", dunque, quello "differito" non si limita a comprimere la libertà di circolazione e di autodeterminazione dello straniero, ma incide ben più significativamente sulla sua libertà personale»⁶³⁵, imponendo un intervento coercitivo sulla persona fisica dell'individuo, il quale abbia già fatto ingresso sul territorio nazionale, per ricondurlo al paese di ultima provenienza⁶³⁶. Conviene rilevare, inoltre, che, a differenza del decreto di espulsione, dove lo straniero, ai sensi del comma 5 dell'art. 13⁶³⁷ del Testo unico, ha la possibilità di richiedere un termine⁶³⁸ per abbandonare volontariamente il territorio italiano, da ciò evincendosi come quest'ultima possa essere alternativamente eseguita in modo o coattivo o volontario, il respingimento differito è eseguito sempre in modo coercitivo⁶³⁹. Infine, si segnala come l'istituto del respingimento differito presenti, secondo parte della dottrina⁶⁴⁰, profili di evidente criticità, non prevedendosi, a livello di legislazione ordinaria, alcuna forma di ricorso contro il provvedimento di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore⁶⁴¹, rimanendo perciò privo di qualsivoglia previsione di procedure giurisdizionali normativamente necessitate, al

⁶³³ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p 426.

⁶³⁴ *Ibidem*.

⁶³⁵ A. MARLETTA, *op. cit.*

⁶³⁶ S. ROSSI, *op. cit.*

⁶³⁷ Art. 13, comma 5 del d.lgs. n. 286/1998: "Si procede altresì all'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica dello straniero espulso ai sensi del comma 2, lettera a), qualora quest'ultimo sia privo di valido documento attestante la sua identità e nazionalità e il prefetto rilevi, tenuto conto di circostanze obiettive riguardanti il suo inserimento sociale, familiare e lavorativo, un concreto pericolo che lo straniero medesimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento.

⁶³⁸ In mancanza della richiesta da parte dello straniero, si procede direttamente ad esecuzione del decreto di espulsione mediante accompagnamento coattivo.

⁶³⁹ V. CARLINO, *op. cit.*

⁶⁴⁰ A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana costituzionalisti, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Cagliari il 16-17 ottobre 2009, pp. 17 e ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, fasc. 2/2009, pp. 16 ss.

⁶⁴¹ F. VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.*

contrario di quanto previsto, invece, per le espulsioni⁶⁴². In tali condizioni, «mancando una sede giurisdizionale chiamata a pronunciarsi prima che il respingimento si compia, sono evidentemente a rischio anche le garanzie sostanziali rappresentate dal divieto assoluto di rimpatrio nelle ipotesi di asilo politico, riconoscimento dello status di rifugiato o protezione temporanea per motivi umanitari»⁶⁴³.

Volgendo l'attenzione proprio a tali ultime ipotesi, è bene precisare che coloro i quali rientrano nella categoria di rifugiato e/o richiedente asilo, oltre che i soggetti per i quali devono essere adottate “misure di protezione temporanea per motivi umanitari”, non possono essere oggetto di alcun provvedimento di respingimento. Invero, in tal caso vi è la previsione di una disciplina specifica, il cui fondamento normativo lo si rinviene negli articoli 10, comma 4⁶⁴⁴, 18⁶⁴⁵, 19⁶⁴⁶ e 20⁶⁴⁷ del testo unico sull'immigrazione, come da ultimo modificato dal d.l. n. 113/2018.

⁶⁴² V. CARLINO, *op. cit.*, p. 8: «Quando è l'espulsione ad essere eseguita coattivamente, è obbligatorio un giudizio di convalida; al contrario, invece, quando l'accompagnamento coattivo è in esecuzione di un respingimento differito, l'autorità giudiziaria non ha alcun ruolo. L'unico soggetto competente a disporre l'accompagnamento dello straniero respinto è l'autorità di pubblica sicurezza, nonostante la Costituzione sancisca che la libertà personale può essere limitata solo con un atto motivato dell'autorità giudiziaria. E se è vero che l'art. 13, comma 3, ammette questa possibilità, ciò è comunque possibile nei soli casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge. Si tratta peraltro di provvedimenti provvisori, da comunicare entro quarantotto ore al giudice affinché vengano da questo convalidati, pena la revoca del provvedimento stesso. Nessuna di queste garanzie di rango costituzionale è stata traslata nella disciplina legislativa del respingimento differito».

⁶⁴³ A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 19

⁶⁴⁴ Art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 286/1998: “Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato, ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari”.

⁶⁴⁵ Art. 18 del d.lgs. n. 286/1998: “1. Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale. 2. Con la proposta o il parere di cui al comma 1, sono comunicati al questore gli elementi da cui risulti la sussistenza delle condizioni ivi indicate, con particolare riferimento alla gravità ed attualità del pericolo ed alla rilevanza del contributo offerto dallo straniero per l'efficace contrasto dell'organizzazione criminale, ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili dei delitti indicati nello stesso comma. Le modalità di partecipazione al programma di assistenza ed integrazione sociale sono comunicate al Sindaco. 3. Con il regolamento di attuazione sono stabilite le disposizioni occorrenti per l'affidamento della realizzazione del programma a soggetti diversi da quelli istituzionalmente preposti ai servizi sociali dell'ente locale, e per l'espletamento dei relativi controlli. Con lo stesso regolamento sono individuati i requisiti idonei a garantire la competenza e la capacità di favorire l'assistenza e l'integrazione sociale, nonché la disponibilità di adeguate strutture organizzative dei soggetti predetti. 4. Il permesso di soggiorno rilasciato a norma del presente articolo ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno, o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia. Esso è revocato in caso di interruzione del programma o di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalate dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dal servizio sociale dell'ente locale, o comunque accertate dal questore, ovvero quando vengono meno le altre condizioni che ne hanno giustificato il rilascio. 5. Il permesso di soggiorno previsto dal presente articolo consente l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, nonché l'iscrizione nelle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato, fatti salvi i requisiti minimi di età. Qualora, alla scadenza del permesso di soggiorno, l'interessato risulti avere in corso un rapporto di lavoro, il permesso può essere ulteriormente prorogato o rinnovato per la durata del rapporto medesimo o, se questo è a tempo indeterminato, con le modalità stabilite per tale motivo di soggiorno. Il permesso di soggiorno previsto dal presente articolo può essere altresì convertito in permesso di soggiorno per motivi di studio qualora il titolare sia iscritto ad un corso regolare di studi. 6. Il permesso di soggiorno previsto dal presente

Nello specifico, il citato disegno legislativo ha introdotto limiti specifici alla facoltà di adottare determinati provvedimenti di respingimento, individuando, oltre a divieti a carattere generale, singole categorie protette di soggetti⁶⁴⁸. Rileva, in tal senso, l'art. 19 del citato disegno legislativo, che sancisce il divieto di *refoulement*, stabilendo, tra le altre ipotesi, il divieto di espulsione e respingimento dell'individuo verso un territorio in cui possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa correre il pericolo di venire inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dal rischio di persecuzione⁶⁴⁹.

La violazione di tale disposizione, e dunque il rinvio dell'individuo verso territori nei quali questo corra il rischio di essere gravemente perseguitato, violerebbe simultaneamente l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, oltre che l'art. 78 TFUE e l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali proibiscono in ogni caso il rinvio di un individuo verso paesi ove egli possa essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti⁶⁵⁰; a tal proposito, decisivo risulta essere anche il comma *1bis*, dell'art. 19, introdotto dalla legge 7 aprile 2017, n. 47, che afferma quanto segue:

«In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati».

In linea con tale impostazione, si segnala, inoltre, come dopo la prima fase di identificazione⁶⁵¹, «i migranti soccorsi ai sensi dell'art. 10*bis*, introdotto dal d.lgs. n. 142/2015

articolo può essere altresì rilasciato, all'atto delle dimissioni dall'istituto di pena, anche su proposta del procuratore della Repubblica o del giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni, allo straniero che ha terminato l'espiazione di una pena detentiva, inflitta per reati commessi durante la minore età, e ha dato prova concreta di partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale. 7. L'onere derivante dal presente articolo è valutato in lire 5 miliardi per l'anno 1997 e in lire 10 miliardi annui a decorrere dall'anno 1998”.

⁶⁴⁶ Art. 19 del d.lgs. n. 286/1998: “1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono”.

⁶⁴⁷ Art. 20 del d.lgs. n. 286/1998: “1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui all'articolo 45, le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea. 2. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato riferiscono annualmente al Parlamento sull'attuazione delle misure adottate”.

⁶⁴⁸ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 427.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

⁶⁵¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 430: «L'art. 17, decreto-legge n. 13/2017, ha inoltre introdotto l'art. 10*ter* nel d.lgs. 286/1998, il quale prevede “disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare”, i quali devono essere

nell'ambito del d.lgs. n. 25/2008, devono essere informati tempestivamente e correttamente sulle modalità con le quali formalizzare la volontà di chiedere aiuto o protezione internazionale: la violazione del diritto di informazione può essere fatta valere davanti al giudice ordinario in sede di convalida dei decreti di trattenimento disposti dai questori in esecuzione di decreti espulsivi o di respingimento differito, ovvero, ma in tal caso solo ad allontanamento avvenuto, in sede di ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti di convalida dei trattenimenti stessi, a condizione che l'illegittimità sia stata dedotta nel giudizio di merito e risulti a verbale, pena l'inammissibilità della questione»⁶⁵².

Concludendo l'esame della normativa nazionale in tema di immigrazione, sembra opportuno segnalare le modifiche da ultimo apportate al d.lgs. n. 286/1998 dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, in legge 1° dicembre 2018, n. 132, avendo quest'ultima modificato, in particolare, l'attuale normativa concernente le procedure per il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale. In particolare, il decreto-legge⁶⁵³ è intervenuto con il fine di sostituire il permesso di soggiorno per motivi umanitari (c.d. "protezione umanitaria"), con una tipizzazione dei casi di tutela, indicando gli specifici requisiti per i soggetti richiedenti e restringendo di fatto la possibilità del migrante irregolare di permanere sul territorio italiano.

Al riguardo, conviene fare breve cenno a quello che rappresentava in precedenza tale forma di protezione, «ritenuta dalla giurisprudenza consolidata una delle forme di attuazione del diritto di asilo costituzionale»⁶⁵⁴. Nello specifico, la protezione umanitaria, forma residuale di tutela rispetto alla protezione internazionale, è stata introdotta in Italia, in base al diritto europeo⁶⁵⁵, nel 1998 dalla

«condotti per le esigenze di soccorso e prima assistenza in appositi punti di crisi, i c.d. *hotspots*, allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995 n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'art. 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, ossia rispettivamente presso i "centri di accoglienza" e nei "centri governativi di prima accoglienza". Presso tali centri sono effettuate le attività di rilevamento segnaletico e fotodattiloscopico anche nei confronti degli stranieri identificati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. Queste attività, seppur obbligatorie, sono comunque attivabili solo su base volontaria, ma il comma 3 dell'art. 10^{ter} prevede che il rifiuto reiterato dello straniero (di ogni straniero irregolare, non soltanto dei richiedenti protezione) a sottoporsi ai rilievi dattiloscopici configuri "rischio di fuga", legittimandone il trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio, che quindi si configura come una nuova figura di trattenimento, ulteriore sia rispetto a quello pre-espulsivo di cui all'art. 14 del testo unico, sia a quello finalizzato all'esame della procedura prioritaria disciplinato all'art. 6, d.lgs. n. 142/2015».

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ Per l'esame del decreto v. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/10/04/18G00140/sg>

⁶⁵⁴ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

⁶⁵⁵ Riprendendo le parole di SBAILÒ, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranista (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018/ c.d. "decreto sicurezza"*: «La questione della protezione umanitaria rappresenta una scelta autonoma del legislatore italiano, non dettata da obblighi internazionali né dalla necessità di dare adempimento a un principio costituzionale»; a conferma di ciò, la Francia, ad esempio, non prevede la protezione umanitaria, quanto piuttosto una carta di un anno per "ragioni umanitarie". In Germania, invece, lo straniero può beneficiare di permessi di soggiorno per motivi umanitari. Paesi nei quali è invece prevista una forma di protezione umanitaria sono la Spagna, la Grecia, l'Ungheria, la Polonia e la Repubblica Ceca. Riprendendo le parole di L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*: «L'art. 6, par. 4, della direttiva 115/2008/UE prevede la possibilità, non l'obbligo, per gli Stati membri di ampliare l'ambito delle forme di protezione tipiche sino ad

legge n. 40/98 (c.d. legge Turco-Napolitano), e poi trasfusa nell'art. 5, comma 6, del Testo unico sull'immigrazione. In parallelo, «per il tramite prima dell'art. 7, co. 1, della legge Martelli, e poi dell'art. 17, co. 1, della legge Turco-Napolitano, all'art. 19, co. 1, del Testo unico immigrazione è stato sancito il già citato divieto, di carattere assoluto, – evidenziato dalla locuzione “*in nessun caso*” – di espulsione o di respingimento “*verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvitato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*”. A tal fine, l'art. 28, lett. d), d.p.r. n. 394/1999 – cioè il decreto attuativo del Testo unico immigrazione – ha attribuito al questore il potere di rilasciare un permesso di soggiorno “per motivi umanitari”, qualora ad uno straniero non potesse essere rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo, ma, al contempo, nei suoi confronti la legge disponesse il divieto di espulsione»⁶⁵⁶. In seguito, con l'istituzione, nel 2002, delle Commissioni territoriali⁶⁵⁷ per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, è stata attribuita ad esse una funzione valutativa parzialmente sovrapposta a quella propria del questore, essendo stati tali organi altresì chiamati a valutare l'opportunità di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è firmataria e, in particolare, dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁵⁸.

La protezione umanitaria rappresentava dunque un rimedio emergenziale, un titolo con il quale si riconosceva un “permesso di soggiorno” per i cittadini stranieri che ne facevano richiesta “per motivi umanitari” e «nasceva chiaramente dall'esigenza non tanto di chiudere il sistema di protezione, quanto di trovare una collocazione a quanti non fossero eleggibili alla protezione internazionale, ma, al tempo stesso, non possono essere rimpatriati»⁶⁵⁹.

estenderlo ai motivi “umanitari”, “caritatevoli”, o di “altra natura”, rilasciando un permesso di soggiorno autonomo o altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare. In realtà, una forma di protezione per motivi umanitari è riconosciuta anche da fonti europee, quali l'art. 25 del Regolamento CE/819/2009 che prevede, infatti, un codice comunitario dei “visti con validità territoriale limitata rilasciati eccezionalmente” per “motivi umanitari o di interesse nazionale” e validi solo “per il territorio dello Stato membro di rilascio”. L'art. 6, comma 5, lett. c) del Regolamento UE/399/2016 (c.d. “Codice frontiere Schengen”) consente, inoltre, agli Stati membri di autorizzare l'entrata di uno straniero nel proprio territorio “per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali”».

⁶⁵⁶ M. BENVENUTI, *op. cit.*

⁶⁵⁷ E. ZANROSSO, *op. cit.*, pp. 416-417: «Le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale sono inserite presso le prefetture. Queste, fissate nel numero massimo di venti, sono individuate con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Commissione nazionale per il diritto di asilo, in modo da dislocarle su tutto il territorio nazionale. Le Commissioni territoriali sono composte, nel rispetto del principio di equilibrio di genere, da un funzionario della carriera prefettizia, con funzione di presidente, nominato con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Commissione nazionale, da un esperto in materia di protezione internazionale e di tutela dei diritti umani designato dall'UNHCR e da funzionari amministrativi con compiti istruttori assegnati alla medesima Commissione, nominati con provvedimento del Capo Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, sentita la Commissione nazionale».

⁶⁵⁸ *Ibidem.*

⁶⁵⁹ SBAILÒ, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranista (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018/c.d. “decreto sicurezza”*; Riprendendo le parole

Si trattava, dunque, di una tutela di carattere residuale⁶⁶⁰, collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima⁶⁶¹ soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde. In altri termini, «il permesso di soggiorno per motivi umanitari non veniva accordato sulla base del giudizio positivo espresso dalla Commissione territoriale, bensì sulla base del giudizio negativo. In linea con ciò, si prevedeva che la questura potesse rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari tutte le volte in cui le commissioni territoriali, pur non ravvisando gli estremi per la protezione internazionale, rilevassero “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano” a carico del richiedente asilo, oppure nel caso di emergenze come conflitti, disastri naturali, o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea»⁶⁶². In ogni caso, nonostante la natura “complementare e eccezionale” dell'istituto tutorio in esame, quest'ultimo ha avuto, soprattutto negli ultimi anni, notevole applicazione, tanto che è divenuto il beneficio maggiormente riconosciuto nel sistema nazionale, a causa della sua ampia definizione che tuttavia «lasciava ampi margini ad un'interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di

di GUIDO RAIMONDI, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, «la protezione umanitaria non risulta imposta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» (Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, seduta n. 53 di Giovedì 30 giugno 2016, reperibile su <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/69/audiz2/audizione/2016/06/30/leg.17.stenco.mm.data20160630.U1.com69.audiz2.audizione.0053.pdf>)

⁶⁶⁰ A tal proposito, v. anche *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto d'asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del ruolo, Rel. N. 108, 20 novembre 2018: «In Italia, all'interno del sistema pluralistico della protezione internazionale, la misura atipica più gradata – definitivamente attratta, in virtù di quanto già statuito da Sez. U, n. 5059/2017, cit. (che conferma Sez. U, n. 19393/2009, cit.) nell'alveo dei diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 della CEDU, non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali del potere amministrativo – era [fino all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018] la protezione umanitaria prevista, in via generale, dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, richiesta direttamente al Questore o all'Autorità Giudiziaria, in entrambi i casi al di fuori del sistema della protezione internazionale. Questo istituto “di salvaguardia” fu introdotto dalla l. n. 40 del 1998 e poi trasfuso nel d.lgs. n. 286 del 1998 (T.U.I.), quando ancora non era vigente il sistema comunitario di protezione internazionale. La successiva entrata in vigore della protezione sussidiaria, ad opera del d.lgs. n. 251 del 2007, in parte ne assorbì l'ambito operativo, tanto da essere definita da Sez. U, n. 11535/2009, Rv. 608145-0112, “istituto ad esaurimento”. In realtà, questa lettura “riduzionista” fu ben presto smentita dalla prassi e, a livello giurisprudenziale, dalle stesse sezioni semplici: Sez. 6-1, 24544/2011, Rv. 619703-01, affermò la spettanza di questa più breve e tenue misura tutoria quando le gravi ragioni di protezione accertate, aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla maggiore tutela, fossero solo temporalmente limitate. Ma anche questa impostazione venne superata precisandosi, per tutte in Sez. 6-1, n. 4230/2013, Rv. 625460-01 (ed ivi per la giurisprudenza conforme), che i requisiti della protezione sussidiaria non coincidono con quelli che consentono l'adozione di una misura atipica di protezione umanitaria, il cui fondamento risiede nel principio di non-refoulement di cui all'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, fondato su ragioni umanitarie nuove o diverse da quelle che già oggetto del procedimento per il riconoscimento di protezione internazionale, dovendosi valutare la “novità” non solo in senso oggettivo ma anche - ove i fatti o i fattori di rischio siano state appresi medio tempore - in senso soggettivo».

⁶⁶¹ Sui presupposti della protezione umanitaria, v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2018, p. 13 e ss.

⁶⁶² L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 441.

carattere umanitario»⁶⁶³. Per queste esternate ragioni, la protezione umanitaria è stata soppressa dal d.l. 113/2018 ed è stata sostituita da permessi di soggiorno speciali concessi in caso di condizioni di salute di eccezionale gravità, situazioni contingenti di calamità nel Paese di origine, o atti di particolare valore civile, da ciò derivandosi, infine, come solo entro il ristretto perimetro dei suddetti permessi di soggiorno speciali permanga, nell'attuale ordinamento giuridico, una forma di tutela altra rispetto a quella propria della protezione internazionale e alla protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie⁶⁶⁴ di cui all'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, la cui disciplina non viene toccata dal citato decreto-legge⁶⁶⁵.

2.1. La cooperazione tra Italia e Libia

Gli interventi legislativi in materia di immigrazione succedutisi in Italia a partire dal 1998, sono stati caratterizzati da «una crescente attenzione alle relazioni con i Paesi terzi ai fini sia del contrasto dell'immigrazione clandestina, sia della gestione dei flussi migratori»⁶⁶⁶. Uno tra gli esempi più rilevanti al riguardo è costituito dal rapporto di collaborazione instauratosi tra l'Italia e la Libia⁶⁶⁷ e sostanziatosi nella conclusione di accordi di ampio respiro, relativi non solo a questioni commerciali e/o di sviluppo, ma anche di controllo e gestione dei flussi migratori, interessante soprattutto il paese libico.

Per ciò che qui rileva, la cooperazione in materia di controllo dell'immigrazione tra questi due paesi in questione ha inizio con la conclusione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, introdotto nell'ordinamento italiano con la legge n. 7 del 6 febbraio 2009⁶⁶⁸. Più che l'art. 6⁶⁶⁹, il quale si limita a stabilire in termini generici un vago impegno di entrambe le parti a rispettare i diritti umani dei migranti, risulta rilevante l'art. 19⁶⁷⁰,

⁶⁶³ Relazione governativa al d.l. 113/18.

⁶⁶⁴ A tal proposito, si riporta una recente sentenza della Corte di Cassazione, I Sez. Civ. n. 4890/2019, che statuisce l'irretroattività della recente fonte legislativa. In particolare, i giudici ermellini hanno precisato che la nuova disciplina «non trova applicazione in relazione alle domande di riconoscimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5/10/2018) della nuova legge, le quali saranno pertanto scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione».

⁶⁶⁵ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 441.

⁶⁶⁶ C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?* in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 156.

⁶⁶⁷ Sui rapporti tra Italia e Libia, v. in particolare N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia, partenariato e cooperazione*, in *Istituto di Affari Internazionali*, gennaio 2009; L. V. SALAMONE, *op. cit.*, p. 230.

⁶⁶⁸ Tale trattato è stato recepito in Italia con legge 6 febbraio 2009, n. 7, recante «*Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahira araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008*».

⁶⁶⁹ Art. 6 del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahira araba libica popolare socialista: «Le Parti, di comune accordo, agiscono conformemente alle rispettive legislazioni, agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo».

⁶⁷⁰ Art. 19 del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahira araba libica popolare socialista: «1. Le due Parti intensificano la collaborazione in atto nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina, in conformità a quanto previsto

con il quale si è stabilito il rafforzamento della cooperazione tra i due Stati nel contrasto all'immigrazione illegale mediante forme congiunte di controllo delle acque territoriali libiche⁶⁷¹, in linea con quanto già previsto dall'Accordo di Roma del 13 dicembre 2000 e dai due Protocolli attuativi firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007⁶⁷².

A ciò si aggiunge la firma di un ulteriore Protocollo, il 4 febbraio 2009, con il quale sono stati di fatto ampliati «i termini della cooperazione italo-libica nel campo della lotta all'immigrazione illegale, prevedendo pattugliamenti marittimi con equipaggi misti nel mare territoriale libico e in alto mare, e operazioni di rimpatrio dei migranti irregolari»⁶⁷³. Si tratta, a ben vedere, di un impegno assunto senza alcuna formalità, in posizione di sostanziale continuità con lo schema in base al quale il Trattato di amicizia del 2008 costituirebbe la sola cornice normativa generale atta a convalidare la conclusione di ulteriori intese, quest'ultime adottate invece in forma semplificata, caratterizzante d'altronde anche la cooperazione più recente tra i due Paesi⁶⁷⁴. A conferma di ciò, si evidenzia come il Memorandum di intesa del 2 febbraio 2017, sulle cui criticità si ritornerà ampiamente in seguito, sia stato concluso «dall'allora Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Gentiloni e dal Presidente del Consiglio Presidenziale del Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia Fayezi Al-Sarraj in forma semplificata, senza discussione parlamentare ed autorizzazione alla ratifica»⁶⁷⁵, nonostante si tratti di un accordo che, per la sua natura politica e per gli oneri finanziari che comporta, dovrebbe sicuramente rientrare

dall'Accordo firmato a Roma il 13/12/2000 e dalle successive intese tecniche, tra cui, in particolare, per quanto concerne la lotta all'immigrazione clandestina, i Protocolli di cooperazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007. 2. Sempre in tema di lotta all'immigrazione clandestina, le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche. Il Governo italiano sosterrà il 50% dei costi, mentre per il restante 50% le due Parti chiederanno all'Unione Europea di farsene carico, tenuto conto delle Intese a suo tempo intervenute tra la Grande Giamahiria e la Commissione Europea. 3. Le due Parti collaborano alla definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori”.

⁶⁷¹ F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di “accordi” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1/2008, p. 8.

⁶⁷² M. MANCINI, *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, N. RONZITTI, E. SCISO, *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, 2018, p. 193: «L'accordo di Roma del 2000 sopra citato è un accordo quadro di cooperazione tra Italia e Libia nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione illegale. In quest'ultimo ambito, esso prevede un generale obbligo di scambio di informazioni e reciproca assistenza e cooperazione, menzionando specificamente il settore della formazione e dell'addestramento. Allo scopo di darvi attuazione, alla fine del 2007, furono firmati a Tripoli il Protocollo di cooperazione e il Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo, in base ai quali i due Paesi si impegnavano a organizzare pattugliamenti marittimi nelle acque territoriali libiche e prospicenti acque internazionali, ai fini della prevenzione e del contrasto all'immigrazione illegale, con sei unità della Guardia di finanza italiana cedute temporaneamente alla Libia. Queste avrebbero imbarcato equipaggi misti con personale libico e personale italiano soltanto per “attività di addestramento, di formazione, di assistenza tecnica all'impiego e manutenzione dei mezzi” (art. 2 del Protocollo di cooperazione). L'Italia, inoltre, si occupava a fornire alla Libia tre unità navali nell'arco di tre anni, riducendo di pari unità il dispositivo navale previsto per le operazioni di pattugliamento suddette».

⁶⁷³ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁷⁴ F. DE VITTOR, *op. cit.* p. 8.

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

nell'ambito di applicazione dell'art. 80⁶⁷⁶ della Costituzione. L'irrilevanza di una tale elusione, a ben vedere, è stata giustificata dall'inserimento, nel Memorandum, dell'art. 4⁶⁷⁷, «il quale ha previsto che il finanziamento da parte dell'Italia delle attività stabilite da tale accordo debba avvenire con fondi già previsto dal bilancio annuale dello Stato o messi a disposizione dall'Unione Europea»⁶⁷⁸. Si tratta, in effetti, di una precisazione diretta in tutta evidenza «ad escludere la necessità in base al diritto italiano di una stipula dell'accordo in forma solenne, con la conseguente ratifica da parte del Presidente della Repubblica preceduta dalla legge di autorizzazione delle Camere»⁶⁷⁹. In conformità al sopra citato articolo 80, infatti, le Camere devono autorizzare con legge la ratifica dei trattati che comportano “oneri alle finanze”, intendendosi con questi ultimi “oneri aggiuntivi rispetto a quelli che trovano copertura negli stanziamenti del bilancio dello Stato”⁶⁸⁰. Oltre a tale profilo, la modalità di conclusione di tali accordi risulta tale da suscitare dubbi di compatibilità con la Costituzione anche in relazione all'art. 10, comma 2, dettando quest'ultimo una riserva di legge rinforzata per la disciplina della condizione giuridica dello straniero. A tutto ciò, si aggiunga la disposizione di cui all'art. 11, comma 4⁶⁸¹, del d.lgs. n. 286/1998, la quale attribuisce al Ministro degli affari esterni e al Ministro dell'Interno «il potere di promuovere intese di collaborazione con i Paesi interessati preordinate all'identificazione dei soggetti e al rilascio dei documenti necessari per migliorare l'efficacia dei provvedimenti di allontanamento e, in generale, per la reciproca collaborazione nel contrasto dell'immigrazione clandestina. Letteralmente, la disposizione sembra quindi escludere la possibilità da parte dei Ministeri di concludere veri e propri accordi internazionali, in contrasto con quanto avviene nella prassi, relativamente agli accordi in forma semplificata»⁶⁸².

⁶⁷⁶ Art. 80 della Costituzione italiana: “Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi”.

⁶⁷⁷ Art. 4 del Memorandum d'intesa italo-libico: “La parte italiana provvede al finanziamento delle iniziative menzionate in questo Memorandum o di quelle proposte dal comitato misto indicato nell'articolo precedente senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato italiano rispetto agli stanziamenti già previsti, nonché avvalendosi di fondi disponibili dall'Unione Europea, nel rispetto delle leggi in vigore nei due paesi”.

⁶⁷⁸ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ Art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 286/1998: “Il Ministero degli affari esteri e il Ministero dell'interno promuovono le iniziative occorrenti, d'intesa con i Paesi interessati, al fine di accelerare l'espletamento degli accertamenti e il rilascio dei documenti eventualmente necessari per migliorare l'efficacia dei provvedimenti previsti dal presente testo unico, e per la reciproca collaborazione a fini di contrasto dell'immigrazione clandestina. A tale scopo, le intese di collaborazione possono prevedere la cessione a titolo gratuito alle autorità dei Paesi interessati di beni mobili ed apparecchiature specificamente individuate, nei limiti delle compatibilità funzionali e finanziarie definite dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e, se si tratta di beni, apparecchiature o servizi accessori forniti da altre amministrazioni, con il Ministro competente”.

⁶⁸² C. FAVILLI, *op. cit.*

Lasciando la trattazione delle problematiche costituzionali circa le modalità di conclusione di tali accordi ad altre sedi⁶⁸³, ciò che qui preme analizzare sono piuttosto le criticità giuridiche sostanziali relative a tali forme di collaborazione, ossia i profili di incompatibilità di questi ultimi con diversi obblighi internazionali, rilevati in diverse occasioni anche dalla Corte di Strasburgo.

Nello specifico, tale analisi si soffermerà, in primo luogo, sugli atti indiscriminati di respingimento⁶⁸⁴ posti in essere dallo Stato italiano in attuazione del citato accordo; in secondo luogo, e conseguentemente, verranno esaminati i profili critici riguardanti il supporto dato dallo Stato italiano – attraverso «la fornitura di mezzi militari idonei al controllo delle proprie frontiere e al rimpatrio di coloro che tentano di partire, la formazione delle forze di polizia al fine di rendere più efficace l'azione repressiva e preventiva dell'emigrazione, il finanziamento della costruzione di centri di detenzione per i migranti – alla commissione da parte dello Stato libico di gravissime violazioni dei diritti umani, rispetto alle quali sembra sussistere una responsabilità per complicità, ai sensi dell'art. 16 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati»⁶⁸⁵.

Ciò posto, in attuazione della propria strategia di controllo dell'immigrazione irregolare via mare, incentrata principalmente sulla suddetta collaborazione bilaterale con la Libia, oltre ottocento persone, a partire dall'estate 2009, vennero intercettate dalle autorità navali italiane, a bordo di imbarcazioni partite dalle coste libiche nel tentativo di raggiungere l'Italia, e quindi rinviate verso la Libia. Le critiche e le censure, fondate sulla violazione dei diritti fondamentali dei migranti, respinti verso luoghi in cui avrebbero corso il pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti, con il rischio inoltre di rimpatrio nei paesi dai quali fuggivano, furono molte e ripetute⁶⁸⁶. Tali criticità vennero poi cristallizzate nella già esaminata sentenza della Corte di Strasburgo, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, originata da un ricorso presentato da diversi cittadini di nazionalità eritrea e somala, parte di un più ampio gruppo di persone, partiti nel maggio 2009 dalla Libia a bordo di tre imbarcazioni, poi intercettate da navi della Guardia di finanza e della Guardia costiera italiana a circa trentacinque miglia nautiche a sud di Lampedusa – in zona di ricerca e salvataggio, in realtà, di competenza maltese, non già italiana, le cui autorità tuttavia, dopo averne discusso con quelle italiane, si rifiutarono di intervenire – e riportati in territorio libico⁶⁸⁷.

Come noto, nel caso di specie il giudice di Strasburgo ha ritenuto sussistenti tutte le violazioni lamentate dai ricorrenti, delineando principi interpretativi che hanno contribuito a

⁶⁸³ Si veda in particolare l'analisi giuridica di C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 156-165.

⁶⁸⁴ Per un'approfondita analisi dei diversi comportamenti degli Stati atti a ostacolare l'ingresso di individui stranieri, v. J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 279-302.

⁶⁸⁵ F. DE VITTOR, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁸⁶ B. NASCIMBENE, *Condanna senza appello della "politica dei respingimenti"? La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi e altri c. Italia*, in *Istituto Affari Internazionali (IAI)*, 2012.

⁶⁸⁷ *Ibidem*.

consolidare le tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte su alcuni profili di importanza cruciale, quali i limiti al potere dello Stato di respingere ed espellere gli stranieri che tentano di fare ingresso sul proprio territorio in maniera irregolare⁶⁸⁸. Invero, il divieto di *refoulement* tutela, oltre all'individuo riconosciuto come rifugiato, anche colui il quale chiede o intende chiedere in futuro il riconoscimento di tale *status*, da ciò derivandosi, dunque, l'illegittimità di qualsivoglia respingimento indiscriminato il quale si ponga in contrasto con il diritto del migrante di vedersi esaminata la propria domanda di protezione internazionale, ossia, nello specifico, il diritto ad una «specifica verifica circa la propria posizione giuridica individuale, di essere informato del diritto a presentare domanda di asilo o di protezione internazionale ai sensi dei d.lgs. n. 251/2007 e 25/2008, ed infine, del diritto a restare in Italia fino alla definizione della relativa domanda»⁶⁸⁹. La *ratio* dell'articolo 3 della Convenzione europea, disposizione da cui il giudice europeo ha ricavato l'esistenza del principio di *non-refoulement* e che nel caso di specie ha ritenuto violata, è infatti quello di «tutelare la vita e la libertà di ciascun individuo, il che comporta che titolare ne è qualsiasi persona umana, a prescindere dal possesso o dalla volontà di ottenere lo *status* di rifugiato»⁶⁹⁰.

I profili maggiormente rilevanti della sentenza sono stati, oltre all'affermazione della responsabilità extra-territoriale dell'Italia, quantunque le operazioni siano avvenute in acque internazionali, il rilievo del «pericolo che tali ricorrenti hanno corso di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia, oltre che di essere rinviiati verso i rispettivi Stati di provenienza, Somalia ed Eritrea, ove è nota una prassi sistematica di violazione dei diritti fondamentali della persona (situazione confermata dai soggetti intervenuti nel giudizio avanti alla Corte europea)»⁶⁹¹. Ciò ha di fatto violato il principio di *non-refoulement* di cui all'art. 3 della Convenzione europea, oltre che il divieto di espulsioni collettive, previsto in termini specifici dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, come conseguenza del fatto che non è stato posto in essere un accertamento concreto ed individuale delle situazioni giuridico-soggettive dei ricorrenti, ben potendo esservi, tra i migranti respinti, individui aventi diritto a forme di protezione internazionale da parte dello stato italiano. In definitiva il diritto tutelato dall'art. 3 della Convenzione europea, a parere della Corte, non incontra eccezioni, ponendosi in posizione sovraordinata rispetto a qualsivoglia accordo bilaterale concluso tra gli Stati in questione (nel caso di specie, l'accordo italo-libico del 2007 e del 2009).

Le criticità giuridiche evidenziate dalla decisione in questione convergono tutte sulla circostanza che è stato realizzato un respingimento verso la Libia, paese considerato ormai dalla

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ E. GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2009, p. XXII.

⁶⁹⁰ A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2017, p. 168.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

comunità internazionale tutta come non sicuro. Tale ultima questione è in realtà dirimente «per comprendere la difesa del governo italiano che invocava i trattati sulla tutela dei diritti umani di cui la Libia era parte contraente e le previsioni contenute nel trattato italo-libico di amicizia, in cui le parti richiamano gli obiettivi e i principi espressi nella Carta delle Nazioni Unite e nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 6). Al tal riguardo, la Corte, richiamando la propria giurisprudenza, sottolinea come la mera previsione formale di un obbligo di tutela dei diritti fondamentali in capo ad un altro Stato non vale ad escludere la responsabilità di uno Stato contraente ai sensi della Convenzione europea, laddove sussistano elementi sufficienti per mettere in discussione la veridicità di tali presupposti»⁶⁹². In particolare nel caso di specie, in presenza di molteplici resoconti relativi a gravi violazioni di diritti umani nei confronti di profughi e migranti in Libia, e in considerazione del fatto che la Libia non aveva (e non ha ancora) ratificato la Convenzione di Ginevra⁶⁹³, in aggiunta alla circostanza dell'assenza di qualsiasi forma di garanzia in ordine ad un eventuale ulteriore rimpatrio verso i paesi dai quali queste persone sono fuggite, era difficile pensare di poter qualificare tale Stato come paese terzo sicuro⁶⁹⁴. In definitiva, con il trasferimento dei ricorrenti in Libia, le autorità italiane, “in piena conoscenza dei fatti” e delle circostanze, li avevano esposti a un trattamento vietato dalla Convenzione, tanto più evidente, inoltre, per il mancato accesso a mezzi di ricorso giurisdizionali, da ciò derivandosi che gli stranieri *refoulés* avrebbero avuto il diritto, prima di essere sottoposti a misure con conseguenze irreversibili, a un mezzo di ricorso (ex art. 13 della Convenzione) che consentisse un controllo effettivo, non già formale, su tali misure»⁶⁹⁵.

Proseguendo in ordine ai rapporti tra Italia e Libia, l'intervento armato contro il Governo libico autorizzato dal Consiglio di sicurezza nel 2011, al quale l'Italia prese parte, rese incerta la sorte del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 2008. Nonostante questo, sei anni, dopo, il 2 febbraio 2017, il Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni e il Primo Ministro del governo di unità nazionale di Tripoli Fayed Al-Serraj hanno eliminato qualsiasi dubbio sulla sorte del Trattato di Bengasi e degli altri accordi bilaterali in materia, con la firma del Memorandum di intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, il cui preambolo sancisce appunto l'intenzione dare

⁶⁹² B. NASCIBENE, *op. cit.*

⁶⁹³ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 197: «In realtà la Libia è parte della Convenzione riguardante specifici aspetti dei problemi dei rifugiati in Africa, adottata nell'ambito dell'Organizzazione dell'Unità Africana nel 1969, che contiene una definizione di rifugiato identica a quella della Convenzione di Ginevra del 1951. Inoltre, la Dichiarazione costituzionale, adottata dal Consiglio nazionale transitorio libico il 3 agosto 2011, prevede che sia garantito il diritto di asilo, come disciplinato dalla legge (art. 10). Sennonché, ad oggi non è stata emanata alcuna legge in materia di asilo».

⁶⁹⁴ F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 802.

⁶⁹⁵ *Ibidem*.

attuazione ai precedenti accordi bilaterali, rendendo di fatto evidente come il conflitto armato del 2011 abbia avuto soltanto l'effetto di sospenderne l'applicazione⁶⁹⁶.

L'accordo, composto di otto articoli tanto ampi quanto vaghi⁶⁹⁷, ha dunque esteso la validità del precedente Trattato firmato a Bengasi nel 2008⁶⁹⁸. Nello specifico, con la firma del Memorandum⁶⁹⁹ l'Italia si è impegnata a: «1) sostenere le istituzioni libiche militari e di sicurezza; 2) fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta all'immigrazione clandestina; c) completare il sistema di controllo dei confini terrestri a Sud della Libia, in attuazione del Trattato di Bengasi; d) finanziare centri di accoglienza, fornire medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza e formare il personale libico di tali centri»⁷⁰⁰. In attuazione di tale accordo, il precedente esecutivo «ha deliberato la partecipazione dell'Italia a plurime missioni internazionali di supporto alle istituzioni libiche, tra cui la Guardia costiera. Inoltre, il governo Gentiloni ha coinvolto nella strategia di contenimento dei flussi migratori anche esponenti delle comunità locali libiche che controllano la frontiera meridionale del Paese»⁷⁰¹. Scopo di tale trattato, è stato, in tutta evidenza, quello di contenere le partenze dei migranti dal territorio libico⁷⁰², delegando tuttavia l'intercettazione ed il successivo respingimento alla Guardia costiera libica.

Il Memorandum italo-libico del 2017 è stato accolto con favore dall'Unione Europea, così come dimostrato dalla riunione svoltasi a Malta il giorno successivo alla sua firma, il 3 febbraio 2017, in cui i Capi di Stato e di Governo dei diversi Stati membri hanno espresso il loro appoggio

⁶⁹⁶ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁹⁷ *Ibidem*-

⁶⁹⁸ C. FAVILLI, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 2/2019: «Per evitare l'applicazione degli obblighi di ricerca, di soccorso e del principio di *non-refoulement* si è agito, in sostanza, affinché le persone non arrivino: contenimento dei flussi, restrizioni alle partenze, intervento da parte degli stessi Paesi di transito così da azzerare il contatto ed evitare l'instaurarsi di una giurisdizione e, dunque, di una responsabilità sul piano interno e internazionale».

⁶⁹⁹ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 197: «Nello specifico, l'art. 1, lett. A, ha previsto l'instaurazione di forme di cooperazione in conformità con i programmi del Governo di riconciliazione nazionale libico, con riferimento al sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari, al fine di arginare i flussi di migranti illegali e di affrontare le conseguenze da essi derivanti. In base all'art. 1, lett. C, l'Italia si impegna a “fornire supporto tecnico e tecnologico” alla Guardia di frontiera e alla Guardia costiera libiche e agli organi del Ministero dell'interno libico di contrasto all'immigrazione illegale. Ai sensi dell'art. 1, lett. B, inoltre, essa si obbliga a sostenere e finanziare i programmi di sviluppo nelle regioni libiche colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale. L'art. 2 elenca una serie di azioni che “le Parti si impegnano altresì ad intraprendere”. In realtà, la realizzazione di queste azioni grava principalmente sull'Italia. Esse riguardano: 1) il completamento del sistema di controllo delle frontiere terrestri meridionali della Libia, secondo quanto previsto dal sopra citato art. 19 del Trattato di Bengasi; 2) l'adeguamento e finanziamento di quelli che vengono definiti “centri di accoglienza” per i migranti illegali attivi in Libia; 3) la formazione degli operatori libici dei centri in questione; 4) la formulazione di una proposta per “una visione di cooperazione euro-africana più completa ed ampia, per eliminare le cause dell'immigrazione clandestina” entro tre mesi dalla firma del Memorandum; 5) il sostegno alle organizzazioni internazionali operanti in Libia nel settore delle migrazioni; 6) la promozione di iniziative di creazione di posti di lavoro legali nelle regioni libiche in cui il traffico di migranti è una fonte di reddito per la popolazione locale».

⁷⁰⁰ F. PACELLA, *Gli accordi tra Italia e Libia e i possibili illeciti secondo la Corte penale internazionale*, Il Mulino, fasc. 5/2018, p. 856.

⁷⁰¹ F. PACELLA, *op. cit.*, p. 856.

⁷⁰² Secondo fonti riportate da Amnesty International, si stima che nel 2017 circa 20.000 persone siano state intercettate in mare dalla Guardia costiera libica e trasferite nei c.d. centri di detenzione del paese.

all'accordo appena concluso dall'Italia⁷⁰³. In seguito, a fronte dell'intensificarsi degli arrivi nelle coste italiane di migranti provenienti dalla Libia, il 4 luglio 2017 la Commissione europea ha adottato un piano di azione per sostenere l'Italia nella gestione dell'emergenza migratoria, specificando le azioni necessarie per la realizzazione delle misure suddette⁷⁰⁴. Così, in conformità alla raccomandazione della Commissione, contenuta nel Piano di azione del 4 luglio 2017, il Ministero dell'interno italiano ha adottato un Codice di condotta per le Organizzazioni non governative⁷⁰⁵ «impegnate nelle operazioni di salvataggio di migranti nel Mar Mediterraneo, sottoposto a queste ultime per la firma alla fine dello stesso mese»⁷⁰⁶. Nello specifico, il codice in questione⁷⁰⁷ impegna che le organizzazioni governative che lo sottoscrivono «a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata e non ostacolare l'attività di *Search and Rescue (SAR)* da parte della Guardia costiera libica»⁷⁰⁸. Giova in ogni caso specificare come il Codice di condotta «non imponga alcun obbligo di adempiere agli ordini di autorità libiche in acque internazionali, riconoscendo inoltre la superiore valenza normativa degli obblighi di ricerca e soccorso, e degli altri doveri, come il principio di non respingimento, o il divieto di respingimenti collettivi, derivanti da Convenzioni internazionali»⁷⁰⁹.

In ogni caso, sulla base di tale impostazione, l'11 agosto 2017, le autorità di Tripoli hanno apertamente dichiarato di aver espresso all'Organizzazione marittima internazionale (IMO) «la volontà di istituire una zona di ricerca e soccorso (zona SAR) estesa a 70 miglia dalla costa, con lo scopo dichiarato di volere impedire l'accesso delle navi appartenenti a organizzazioni non governative nelle acque internazionali al largo delle proprie coste. Nel mese di dicembre dello scorso anno, tuttavia, appariva evidente la rinuncia delle autorità libiche alla richiesta di una zona

⁷⁰³ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 197; riportando sempre le parole dell'Autore: «Nella Dichiarazione adottata nell'occasione si legge: "l'UE accoglie con favore il Memorandum di intesa firmato il 2 febbraio 2017 dalle autorità italiane e dal Presidente del Consiglio di presidenza Al-Serraj ed è pronta a sostenere l'Italia nella sua attuazione". Contestualmente, i Capi di Stato e di Governo hanno deciso una serie di incisive misure dirette a consentire al Governo di riconciliazione nazionale di acquisire il controllo delle proprie frontiere e, indirettamente, a contenere il flusso migratorio illegale dalla Libia verso l'Unione. Tali misure sono indicate nella Dichiarazione e comprendono: la collaborazione con il Governo Serraj e gli Stati confinanti con la Libia per la riduzione della pressione migratoria alle frontiere terrestri di quest'ultima; il supporto per lo sviluppo di condizioni adeguate di accoglienza dei migranti; il sostegno all'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni per l'intensificazione dei rimpatri volontari assistiti».

⁷⁰⁴ M. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁰⁵ Per un'attenta analisi relativa al Codice di condotta in esame, v. F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 12/2018; il testo del codice è reperibile nel sito del Ministero dell'interno, www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf.

⁷⁰⁶ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁰⁷ Il testo del codice è reperibile online su <https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2017/07/2017070516-EU-Code-of-Conduct.pdf>; per un'analisi critica del codice in esame, v. F. MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>

⁷⁰⁸ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁰⁹ F. V. PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *QuestioneGiustizia*, fasc. 2/2018.

SAR avanzata all’Imo, riconoscendo le stesse autorità di non essere in grado di soddisfare i requisiti richiesti dall’organizzazione per il riconoscimento internazionale di una zona SAR. Invero, tale riconoscimento implica una precisa responsabilità nell’assunzione di obblighi di soccorso, di salvataggio e di sbarco in un luogo sicuro che evidentemente il governo di Tripoli non era (e non è ancora oggi) in grado di rispettare»⁷¹⁰, così come altresì confermato da un recente rapporto di attività della Guardia costiera italiana⁷¹¹.

Nondimeno, si evidenzia come la combinazione delle due misure appena descritte «abbia di fatto comportato una significativa riduzione dell’attività di ricerca e salvataggio delle ONG nel mare territoriale libico e nelle acque internazionali prospicenti, con un parallelo incremento di quella della Guardia costiera libica che trasferisce sistematicamente i migranti salvati nei centri di detenzione gestiti dal Dipartimento per la lotta all’immigrazione illegale in Libia, (*Department for Combating Illegal Migration- Dcim*), creato dal Ministero dell’interno nel 2012, con l’obiettivo, appunto, di contrastare i flussi migratori nel Paese. A parte ogni altra considerazione, ciò appare in contrasto con la Convenzione di Amburgo, il cui Annesso, come emendato nel 1998, qualifica come salvataggio “*an operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety*”», intendendosi per luogo sicuro, in conformità con quanto previsto dalle linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare, adottate dal Comitato per la sicurezza marittima dell’Organizzazione Marittima Internazionale nel 2004, un territorio in cui “*the survivors’ safety of life is no longer threatened and their basic human needs can be met*” (par. 6.12)⁷¹². In tutta evidenza, non può certo considerarsi come tale la Libia odierna, nei cui centri di detenzione i migranti salvati vengono trasferiti⁷¹³, caratterizzata da una perdurante assenza di qualsivoglia forma di Stato di diritto, rilievo quest’ultimo confermato anche dall’Ufficio dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati⁷¹⁴.

2.2. La responsabilità dello Stato italiano per complicità nell’illecito altrui

Le misure di contrasto all’immigrazione irregolare adottate in attuazione degli accordi bilaterali conclusi tra l’Italia e la Libia a partire dal 2008, hanno comportato una evidente

⁷¹⁰ *Ibidem*.

⁷¹¹ V. il rapporto reperibile online su www.guardiacostiera.gov.it/attivita/ricerca.

⁷¹² Tali linee guida sono reperibili su [http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167(78).pdf).

⁷¹³ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷¹⁴ High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Position on Returns to Libya - Update I*, October 2015, available at: <https://www.refworld.org/docid/561cd8804.html>.

diminuzione degli arrivi dei migranti sulle coste italiane⁷¹⁵, ma anche un rilevante incremento di individui intercettati in mare dalla Guardia costiera libica e poi trasferiti nei centri di detenzione governativi⁷¹⁶. In effetti, «scopo ultimo della totalità dei trattati per il controllo extraterritoriale dei flussi migratori, e in particolar modo di quello qui in esame, è proprio quello di far svolgere tutte le misure di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare allo Stato terzo, evitando il coinvolgimento diretto di organi degli Stati in attività lesive dei diritti umani»⁷¹⁷.

Tuttavia, con il continuo aumento del numero di individui reclusi, le condizioni già inumane di tali centri sono peggiorate oltremodo, come riportato dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani Zeid Ra'ad Al Hussein, nel novembre 2017, secondo il quale “*the suffering of migrants detained in Libya is an outrage to the conscience of humanity*”⁷¹⁸. Nello specifico, numerosi rapporti testimoniano le condizioni inumane dei centri di detenzione libici, e in generale il clima di ostilità cui sono sottoposti gli stranieri in territorio libico. In particolare, in relazione alle condizioni di vita dei migranti in transito in Libia⁷¹⁹, tra cui certamente rientrano individui cui avrebbero il diritto di ricevere forme di protezione internazionale, queste sono state a più riprese denunciate nel corso degli anni⁷²⁰: oltre ad essere arbitrariamente privati della libertà personale e detenuti in appositi centri di detenzione, essi sono sistematicamente vittime di torture, violenze sessuali, sequestri, estorsioni, omicidi e lavori forzati⁷²¹; a ciò si aggiunga che i presunti autori di tali gravissimi abusi sono non solo trafficanti di esseri umani o appartenenti a gruppi armati, ma anche attori statali, compresi membri della Guardia costiera libica e funzionari del Ministero

⁷¹⁵ Secondo i dati del Dipartimento di Pubblica sicurezza del Viminale, tra il 2016 e il 2017 gli sbarchi sono diminuiti di circa il 35%. Nel 2018 si è registrata un'ulteriore drastica inflessione pari a circa l'87% (al 6 settembre 2018).

⁷¹⁶ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷¹⁷ F. DE VITTOR, *op.c it.*, p. 23.

⁷¹⁸ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22393&LangID=E>.

⁷¹⁹ Secondo l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), i migranti in transito dalla Libia verso l'Italia provengono per il 60% dall'Africa sub-sahariana, per il 32% dal Nord Africa e per il 7% dal Medio Oriente. Sui motivi che hanno reso di fatto la Libia territorio di transito, v. <https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/north-africa/libya/179-how-libyas-fezzan-became-europes-new-border>; Si stima che ad oggi il numero di migranti, rifugiati e richiedenti asilo presenti in Libia arrivi a circa 670.000: v. <https://humanitariancompendium.iom.int/appeals/libya-2018>

⁷²⁰ Uno degli ultimi rapporti dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani risale al 20 dicembre 2018 in cui vengono riportate le condizioni di vita dei migranti nei centri di detenzione, reperibile su <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/LibyaMigrationReport.pdf>. In tale rapporto, si segnala, in particolare, come i migranti ivi detenuti siano sistematicamente sottoposti a gravi percosse, bruciati con oggetti metallici caldi, fulminati e sottoposti ad altre forme di maltrattamenti allo scopo di estorcere denaro dalle loro famiglie attraverso un complesso sistema di trasferimenti di denaro. I centri di detenzione sono caratterizzati inoltre da un forte sovraffollamento, mancanza di ventilazione e illuminazione e strutture di lavaggio e latrine insufficienti. Oltre agli abusi e alle violenze, molti di loro soffrono di malnutrizione, infezioni, e altri disturbi, nonché di cure mediche inadeguate. I bambini sono tenuti con adulti nelle stesse condizioni squallide. Il rapporto evidenzia l'apparente complicità di alcuni attori statali, compresi funzionari locali, membri di gruppi armati integrati formalmente nelle istituzioni statali e rappresentanti del Ministero degli Interni e del Ministero della Difesa, nel traffico di migranti e rifugiati. Vi sono molti individui detenuti in centri non ufficiali, gestiti direttamente da gruppi armati o bande criminali. Sono spesso venduti da un gruppo criminale a un altro e sono tenuti a pagare più riscatti. Innumerevoli migranti e rifugiati hanno perso la vita durante la prigionia dopo essere stati colpiti, torturati a morte o semplicemente lasciati morire di fame, afferma il rapporto.

⁷²¹ F. PACELLA, *Gli accordi tra Italia e Libia e i possibili illeciti secondo la Corte penale internazionale*, 2018, p. 855.

dell'Interno⁷²². Inoltre, in tali centri di detenzione, ove vengono trasferiti i migranti intercettati in mare nel tentativo di raggiungere le coste europee in attuazione dei summenzionati accordi, gli individui vengono trattenuti illegalmente, ossia senza avere la possibilità di contestare giudizialmente la propria detenzione, per un tempo indeterminato, rilevandosi, a tal proposito, come l'immigrazione irregolare sia considerato un reato in Libia⁷²³ punito con una pena detentiva⁷²⁴ la cui durata è appunto indefinita⁷²⁵. La Libia, invero, oltre a non aver aderito né alla Convenzione del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, né al relativo Protocollo, non si è ancora dotata di una legislazione in materia di asilo, per quanto l'articolo 10 della Dichiarazione costituzionale provvisoria della Libia del 2011 abbia previsto di introdurre il diritto all'asilo⁷²⁶. Ancora, la legislazione libica in materia di immigrazione risulta oltremodo rigorosa, vietando appunto l'ingresso, il soggiorno o l'uscita irregolari, senza operare alcuna distinzione tra richiedenti asilo e rifugiati.

In linea con ciò, «l'incisivo sostegno prestato alla Guardia costiera libica e l'adozione del codice di condotta per le Organizzazioni Non Governative, avendo come naturale conseguenza il recupero dei migranti e il loro trasferimento nei centri di detenzione suddetti da parte della Guardia costiera libica, si configura come una forma di complicità nelle gravissime violazioni dei diritti umani dei migranti ivi rinchiusi, primo fra tutti del diritto a non essere sottoposto a tortura e trattamenti inumani o degradanti». In aggiunta, è possibile evidenziare anche una violazione, da parte dello Stato italiano, del principio di *non-refoulement*, laddove gli individui intercettati vengono sistematicamente rinviati in territori ove corrono l'effettivo pericolo di essere sottoposti ai trattamenti suddetti, senza un esame concreto circa la condizione giuridico soggettiva di ciascun individuo, dunque venendo meno anche al divieto di respingimenti collettivi di cui all'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea, divieti, questi ultimi, sulla cui applicazione extraterritoriale non possono, dopo la sentenza *Hirsi c. Italia*, essere sollevati dubbi.

La commissione da parte dello Stato terzo, ossia la Libia, di gravissime violazioni dei diritti umani potrebbe pertanto rivelare una responsabilità per complicità dello Stato italiano, ai sensi di

⁷²² A tal proposito, v. https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/sg-report-on-unsmil_s_2018_780_e_0.pdf; Sul coinvolgimento delle autorità libiche nei crimini commessi in danno dei migranti, v. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ITA/CAT_C_ITA_CO_5-6_29667_E.pdf.

⁷²³ La normativa di riferimento è la legge 20 giugno 1987 n. 6, "Organizzare l'uscita, l'entrata e la residenza di cittadini stranieri in Libia".

⁷²⁴ Oltre alla pena detentiva e all'obbligo di lavori forzati, l'ingresso irregolare è sanzionato con una multa di circa 1.000 dinari libici (723 dollari statunitensi).

⁷²⁵ Per un'ampia analisi circa le condizioni di vita dei migranti in Libia, v. <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017ENGLISH.PDF>.

⁷²⁶ La Libia ha ratificato, invece, la Convenzione dell'organizzazione dell'Unità Africana che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (Convenzione OUA) e ha aderito alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Carta di Banjul).

quanto previsto dall'art. 16⁷²⁷ del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia⁷²⁸ come appartenente al diritto internazionale consuetudinario **in nota la sent. 2007 sul genocidio in cui si accerta il carattere consuetudinario dell'art. 16.**

Nello specifico, le condizioni ritenute necessarie affinché possa configurarsi tale tipo di responsabilità sono tre: «in primo luogo, lo Stato che presta aiuto o assistenza deve essere consapevole delle circostanze che rendono il comportamento dello Stato assistito internazionalmente illecito; in secondo luogo, l'aiuto o l'assistenza sono prestati con l'intenzione di facilitare la commissione dell'atto illecito, e lo hanno effettivamente facilitato; infine, l'atto sarebbe illecito anche se commesso dallo Stato che presta l'aiuto, ovvero costituisce violazione di una norma vincolante per entrambi gli Stati»⁷²⁹. Tale ultimo rilievo è, tuttavia, irrilevante nel caso di specie, avendo la gran parte delle norme della cui violazione si tratta valore di diritto consuetudinario, o addirittura diritto cogente, primo tra tutti il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti⁷³⁰. In particolare, il divieto di tortura, già esaminato in precedenza, oltre ad essere sancito dall'art. 5⁷³¹ della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, è previsto anche dall'art. 7⁷³² del Patto internazionale sui diritti civili e politici, di cui sia la Libia che l'Italia sono parti, nonché dall'art. 3⁷³³ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 4⁷³⁴ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che vincolano l'Italia, e dall'art. 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, di cui è parte la Libia⁷³⁵. Esso costituisce un divieto di carattere assoluto e cogente, al quale non è permesso apporre deroghe nemmeno in condizioni di emergenza che minaccino la vita di una nazione, in base all'art. 4⁷³⁶ del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e dall'art. 15⁷³⁷ della Convenzione europea sui diritti dell'uomo⁷³⁸.

⁷²⁷ Art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati: “Uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato”.

⁷²⁸ Corte internazionale di Giustizia, *Caso relativo all'applicazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007.

⁷²⁹ F. DE VITTOR, *op. cit.*, p. 23.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ Art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: “Nessun individuo potrà essere sottoposto a trattamento o punizioni crudeli, inumani o degradanti”.

⁷³² Art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: “Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico”.

⁷³³ Art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁷³⁴ Art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: “Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁷³⁵ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 197.

⁷³⁶ Art. 4 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici: “1. In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua,

A ben vedere, nel caso della cooperazione italo-libica, le tre condizioni sopra citate appaiono tutte soddisfatte. Invero, per prima cosa «è evidente che l'azione del governo italiano, avendo come obiettivo ultimo quello di impedire l'arrivo dei migranti sulle coste italiane, è indirizzata a facilitare il loro recupero da parte della Guardia costiera libica e il loro trasferimento nei centri di detenzione in Libia. In secondo luogo, non vi è dubbio che il governo italiano fosse perfettamente a conoscenza delle condizioni inumane dei centri di detenzione libici, alla luce delle ripetute denunce da parte degli organi delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni e delle Organizzazioni Non Governative impegnate nella difesa dei diritti umani»⁷³⁹. Inoltre, ai fini dell'esclusione della responsabilità internazionale dello Stato italiano, non sembra possa invocarsi un preteso stato di necessità, sovente reclamato in diverse occasioni da parte delle autorità competenti⁷⁴⁰. Invero, ai sensi dell'art. 26⁷⁴¹ del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, lo stato di necessità, al pari di qualsiasi altra causa di esclusione dell'illecito, non può scusare la violazione di norme cogenti, tra cui certamente viene ricompreso il divieto di tortura⁷⁴². In relazione, invece, al divieto di trattamenti inumani o degradanti, anche laddove si ritenesse che quest'ultimo non abbia ancora acquisito lo *status* di norma cogente, per essere giustificata dallo stato di necessità la violazione dovrebbe essere rispettare i requisiti previsti dall'art. 25⁷⁴³ del Progetto di articoli sopra citato, ossia essere l'unico strumento di salvaguardia, per

sulla religione o sull'origine sociale. 2. La suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga agli articoli 6, 7, 8 (par. 1 e 2), 11, 15, 16 e 18. 3. Ogni Stato parte del presente Patto che si avvalga del diritto di deroga deve informare immediatamente, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite, gli altri Stati parti del presente Patto sia delle disposizioni alle quali ha derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga. Una nuova comunicazione deve essere fatta, per lo stesso tramite, alla data in cui la deroga medesima viene fatta cessare”.

⁷³⁷ Art. 15 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo: “1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo per il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 (paragrafo 1) e 7. 3. Ogni Alta Parte Contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario Generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione”.

⁷³⁸ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 200.

⁷³⁹ *Ibidem*.

⁷⁴⁰ *Ibidem*; riprendendo sempre le parole dell'Autore: «Lo stato di necessità venne implicitamente richiamato in alcune dichiarazioni dal Ministro dell'interno Marco Minniti, il quale affermò di aver temuto che davanti all'ondata migratoria e alle problematiche di gestione dei flussi avanzate dai sindaci, ci fosse un rischio per la tenuta democratica del paese».

⁷⁴¹ Art. 26 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati: “Nessuna disposizione del presente capitolo esclude l'illiceità di ogni atto di uno Stato che non sia conforme ad un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale.”

⁷⁴² A. MANCINI, *op. cit.*, p. 200.

⁷⁴³ Art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati: “1. Lo Stato non può invocare lo stato di necessità come causa di esclusione dell'illiceità di un atto non conforme ad uno dei suoi obblighi internazionali se non quando tale atto: a) costituisca per lo Stato l'unico mezzo per proteggere un interesse essenziale contro un pericolo grave ed imminente; e b) non leda gravemente un interesse essenziale dello Stato o degli Stati nei confronti dei quali l'obbligo sussiste, oppure della comunità internazionale nel suo complesso. 2. In ogni caso, lo stato di necessità non può essere invocato da uno Stato come motivo di esclusione dell'illiceità se: a) l'obbligo internazionale in questione esclude la possibilità di invocare lo stato di necessità; o b) lo Stato ha contribuito al verificarsi della situazione di necessità”.

lo Stato, di un interesse essenziale contro un pericolo grave ed imminente⁷⁴⁴. Ebbene, nel caso di specie «viene in rilievo l'interesse dell'Italia alla sua sicurezza, il quale è senz'altro qualificabile come un interesse essenziale dello Stato; è tuttavia discutibile che, prima dell'adozione delle misure in questione, esso fosse minacciato da un pericolo grave e imminente»⁷⁴⁵.

In aggiunta, la commissione di trattamenti inumani e degradanti in danno ai migranti si pone in evidente contrasto con l'interesse della comunità internazionale alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, come anche sottolineato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muniznieks in una missiva inviata il 28 settembre 2017⁷⁴⁶ all'allora Ministro dell'interno Marco Minniti, in cui incisivamente evidenziò la perentorietà del rispetto dei diritti umani in qualsivoglia situazione di emergenza, facendo altresì un esplicito riferimento alla nota sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012, nella quale «la Corte europea dei diritti dell'uomo accertò che il trasferimento in Libia di migranti intercettati nelle acque internazionali da parte di navi italiane costituiva una violazione dell'art. 3 della Convenzione»⁷⁴⁷, il quale, oltre a sancire il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, implica nell'interpretazione della Corte, “*the obligation not to remove any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subject to such treatment*”⁷⁴⁸.

L'Italia ha da sempre declinato «ogni addebito di responsabilità internazionale per le *gross violations* dei diritti umani subite dai migranti bloccati entro i confini libici e quindi fuori dalla giurisdizione italiana, sottolineando ripetutamente di non aver più effettuato respingimenti verso la Libia dopo la sentenza *Hirsi*, e precisando come i migranti siano trattenuti o ricondotti in territorio libico direttamente dagli stessi organi statali libici. Con precipuo riferimento all'esternalizzazione delle proprie frontiere in Libia, enfatizzando il pieno sostegno ricevuto dall'UE, l'Italia ha negato, inoltre, di agevolare così le autorità libiche nel compimento di gravi e sistematiche violazioni dei diritti dei migranti»⁷⁴⁹.

In effetti, affinché possa sorgere una responsabilità ex art. 3 della Convenzione europea in relazione a tali missioni internazionali di pattugliamento delle acque territoriali libiche, «è necessario che le vittime si trovino sotto la giurisdizione italiana ovvero che siano sotto il controllo

⁷⁴⁴ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 200.

⁷⁴⁵ *Ibidem*; riprendendo le parole dell'Autore: «Misure alternative al trasferimento dei migranti nei centri di detenzione libici erano certamente esplorabili, in collaborazione con l'Unione europea e gli altri suoi membri, al fine di alleggerire la pressione migratoria sull'Italia, come ad esempio la piena attuazione e l'ampiamiento del programma di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale deciso dall'Unione nel 2015».

⁷⁴⁶ La missiva in questione è reperibile online, su <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-government-s-res/168075baea>.

⁷⁴⁷ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 209.

⁷⁴⁸ *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *op. cit.*, par. 123.

⁷⁴⁹ G. PASCALE, “*Esternalizzazione delle frontiere in chiave anti-migratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*”, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 422.

effettivo delle autorità italiane, ancorché al di fuori del territorio italiano, secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo all'art. 1 della Convenzione europea: la mera attività di pattugliamento delle coste territoriali libiche, dunque, non sembra sia sufficiente a far scattare la giurisdizione italiana sui migranti intercettati a seguito di tale attività, laddove questi non siano fatti salire a bordo»⁷⁵⁰.

Da ciò ne deriva, dunque, che «la giurisdizione italiana sui migranti recuperati in mare e trasferiti in Libia dalla Guardia costiera libica sussisterebbe solo laddove le autorità italiane assumessero *de facto* il controllo delle navi battenti bandiera libica a bordo delle quali i migranti sono fatti salire»⁷⁵¹, sulla scorta di quanto avvenuto nel caso *Medvedyev*⁷⁵², deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2010.

Per quanto concerne, infine, una eventuale responsabilità internazionale dell'Italia per complicità nell'illecito altrui, di cui all'art.16 del Progetto di articoli sopra citato, si segnala come nel maggio 2017 la Procuratrice generale della Corte penale internazionale, nel suo tredicesimo rapporto⁷⁵³ al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite sulla situazione in Libia, abbia espresso la propria preoccupazione con riferimento alla natura e alla portata dei crimini presumibilmente commessi a danno dei migranti in transito nel Paese nordafricano, dichiarando di valutare l'apertura di un'indagine in merito⁷⁵⁴.

3. La questione della “chiusura dei porti” nella recentissima prassi italiana

La questione dell'ipotesi di chiusura dei porti, oggi al centro di un dibattito tutt'altro che concluso, solleva numerosi dubbi di legittimità soprattutto dal punto di vista del diritto internazionale. Si tratta di una prassi giustificata dagli Stati come conseguenza del diritto sovrano di controllo delle proprie frontiere.

A tal proposito, sebbene non vi sia alcuna norma che obblighi lo Stato costiero a consentire l'ingresso al porto ad una nave straniera, vi sono alcuni principi normativi al riguardo che pongono limiti alla discrezionalità propria di uno Stato. In tale sede è opportuno muovere l'analisi dal

⁷⁵⁰ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁵¹ *Ibidem*.

⁷⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Medvedyev e altri c. Francia*, ric. 339403, sentenza del 29 marzo 2010.

⁷⁵³ Il rapporto è reperibile online su <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-rep-unsclib-05-2017-ENG.pdf>

⁷⁵⁴ F. PABELLA, *op. cit.*

principio che riconosce allo Stato costiero piena giurisdizione sul proprio mare territoriale e sui suoi porti, da ciò derivandosi la piena legittimazione di quest'ultimo a vietare l'ingresso al porto ad una nave straniera nell'esercizio della propria sovranità territoriale. «Non esiste infatti, in diritto internazionale, un diritto soggettivo di ingresso al porto, trovandosi il porto nelle acque interne proprie di uno Stato»⁷⁵⁵.

In realtà, si tratta di un'affermazione che non ha ricevuto il pieno avallo da parte della dottrina. Una parte di questa, infatti, muovendo dalla sentenza arbitrale *Aramco*⁷⁵⁶, ha affermato l'esistenza di un diritto soggettivo di ingresso al porto in capo alle navi mercantili. Tale posizione dottrinale, si base, in particolare, sul par. 212 della suddetta sentenza, che afferma quanto segue:

*«According to a great principle of public international law, the ports of every state must be open to foreign merchant vessels and can only be closed when the vital interests of the state so require»*⁷⁵⁷.

Nondimeno, la pronuncia del Tribunale arbitrale, «oltre a non risultare particolarmente approfondita sull'argomento, non risulta confermata dai diversi trattati bilaterali di amicizia, che dispongono una libertà di accesso ai porti sulla base della reciprocità, e dalla prassi degli Stati, che negano l'esistenza di un tale obbligo di natura consuetudinaria, confermando invece il fatto che esso sia, al più, una presunzione sottoposta alle eventuali chiusure dei propri porti che uno Stato può decidere per i più svariati motivi»⁷⁵⁸.

Per ciò che rileva in tale sede, lo sbarco delle persone soccorse soggiace a due principi generali di diritto internazionale talvolta in conflitto tra loro: la sovranità dello Stato sul proprio territorio e il principio di non respingimento. In conseguenza del primo, in particolare, il consenso dello Stato costiero si pone come requisito imprescindibile ai fini dell'ingresso di navi straniere nel proprio mare territoriale, consenso che può essere liberamente rifiutato dallo Stato stesso, salvo che non sussista una situazione di forza maggiore o di estremo pericolo⁷⁵⁹. A sua volta, il principio di non respingimento «impedisce di respingere una persona verso uno Stato dove la sua vita sarebbe in pericolo o dove essa rischi di essere sottoposta a tortura o altro trattamento inumano o degradante. È quindi evidente come respingere una nave con persone soccorse verso un territorio dove queste potrebbero subire una violazione di diritti fondamentali comporterebbe un atto illecito»⁷⁶⁰.

A ben vedere, l'applicazione simultanea di questi due principi «crea situazioni paradossali. Da una parte, le persone soccorse non possono essere ricondotte allo Stato dal quale esse sono

⁷⁵⁵ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁵⁶ *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, sentenza del 23 agosto 1958, IRL, 1959.

⁷⁵⁷ Par. 212 della sentenza.

⁷⁵⁸ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁵⁹ I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

partite, se questo comporterebbe la violazione del divieto di respingimento. Dall'altra, se tutti gli Stati vicini e lo Stato di destinazione della nave negano il consenso all'ingresso nei propri porti, la nave che ha soccorso i migranti irregolari dovrà restare al largo delle coste, senza poter sbarcare né le persone soccorse né procedere verso la propria destinazione»⁷⁶¹.

Consapevoli di tale problematica, gli Stati hanno tentato di porvi rimedio mediante modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS nel 2004⁷⁶². Trattasi tuttavia di modifiche che non hanno comunque raggiunto lo scopo prefissato, ossia quello di stabilire in termini univoci il luogo di sbarco delle persone soccorse. Nondimeno, in relazione all'applicazione delle modifiche del 2004 alle convenzioni SAR e SOLAS, il *Facilitation Committee* dell'IMO nei "*Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea*", del gennaio 2009, ha affermato quanto segue:

*«If disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member States into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support»*⁷⁶³.

Ciò posto, è comunque possibile ricavare alcuni limiti posti dal diritto internazionale alla discrezionalità dello Stato costiero nel negare l'accesso al porto di navi⁷⁶⁴. A tal proposito, oltre al già citato principio consuetudinario di *non-refoulement* e agli obblighi derivanti dal diritto di chiedere asilo – che sarebbero sicuramente violati nel caso in cui, come ben accade, tra i migranti irregolari vi siano possibili richiedenti asilo⁷⁶⁵ – il rifiuto di accordare lo sbarco ad una nave potrebbe porsi in contrasto con altri principi di diritto internazionale di importanza cruciale.

Ci si riferisce, in particolare, al già esaminato art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, il quale regola l'obbligo di soccorso⁷⁶⁶ da parte sia degli Stati di bandiera sia

⁷⁶¹ *Ibidem*.

⁷⁶² *Ibidem*.

⁷⁶³ FAL.3/Circ.194 del 22 gennaio 2009, reperibile online su <http://docs.imo.org>.

⁷⁶⁴ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.* p. 283: «Though acknowledging the gaps in international maritime and refugee law on the appropriate place for disembarkation and the State responsible for the follow-up action and solution, the experts observed that international law more generally provides a framework and “indicators” for how such issues might be resolved. Human rights principles were identified as “an important point of first reference”, since they apply for all persons irrespective of their nationality or status and stipulate certain standards and needs that must be respect at all times».

⁷⁶⁵ Secondo le stime dell'UNHCR, tra i migranti irregolari giunti via mare, l'80/90% di questi sono richiedenti asilo. Nello specifico, v. UNHCR, *Global Trends 2015*, reperibile online su <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html>.

⁷⁶⁶ L'obbligo di soccorso delle vite umane in mare, oltre ad essere previsto dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS), dalla Convenzione internazionale sul salvataggio e dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi, è altresì sancito dalla normativa dell'Unione europea, ossia dagli artt. 3 e 9 del Regolamento n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014.

degli Stati costieri, ed il quale ha ormai acquisito valore consuetudinario⁷⁶⁷. Nello specifico, «il dovere di salvataggio codificato nell'art. 98 può essere scisso in due diversi obblighi. In primo luogo, vi è l'obbligo dello Stato di bandiera di ogni imbarcazione di imporre al comandante della stessa di procedere speditamente al soccorso di qualunque persona che sia in pericolo di perire in mare»⁷⁶⁸. In secondo luogo, ed è questo il profilo che rileva maggiormente in tale sede, «vi è l'obbligo degli Stati costieri di promuovere la costituzione ed il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e area, anche attraverso la collaborazione degli Stati vicini»⁷⁶⁹. L'obbligo in esame, previsto in termini generici dall'art. 98, comma 2, risulta meglio definito nelle Convenzioni SOLAS e SAR, precisando quest'ultima i contenuti dei due termini centrali dell'obbligo⁷⁷⁰. Così, mentre per “ricerca” la Convenzione SAR intende riferirsi «ad un'operazione normalmente coordinata da un centro di coordinamento, che utilizza il personale e i mezzi disponibili per localizzare persone in pericolo, con il termine “salvataggio”, la Convenzione si riferisce ad un'operazione finalizzata a recuperare persone in pericolo, provvedere ai loro iniziali bisogni medici o altri bisogni e consegnare dette persone presso un luogo sicuro»⁷⁷¹. In altri termini, l'operazione di salvataggio non può dirsi conclusa finché gli individui soccorsi non siano sbarcati in un luogo considerato come sicuro, non potendo la nave stessa essere considerata nei termini suddetti⁷⁷².

In linea con tale impostazione, «lo Stato costiero nel cui mare territoriale, o nelle vicinanze del quale, si trova una nave in *distress*, è il titolare primario dell'obbligo di portare soccorso ed è responsabile della conclusione del salvataggio. La nave che si trovi quindi in una situazione di pericolo implicante una minaccia per la vita delle persone a bordo, qualsiasi sia lo *status* di questi passeggeri, gode di un presunto “diritto” di accesso al porto»⁷⁷³. Nonostante ciò, affermare la responsabilità dello Stato costiero di portare a termine l'operazione di soccorso «non crea un vero e proprio “diritto di ingresso al porto” o di “diritto allo sbarco”»⁷⁷⁴, residuando piuttosto in capo allo Stato un solo potere di autorizzazione allo sbarco e all'ingresso laddove non sia stato possibile individuare altro porto sicuro⁷⁷⁵. Da tali considerazioni emerge, dunque, come l'ammissione dello

⁷⁶⁷ Sul valore consuetudinario dell'obbligo di portare soccorso alle persone in pericolo di perire in mare, v. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 3/2017, p. 8.

⁷⁶⁸ *Ibidem*; per un'attenta analisi relativa agli obblighi in capo allo Stato di bandiera e in capo al comandante della nave, v. I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, pp. 9-14; V. MORENO-LAX, *op. cit.*, pp. 6 e ss.

⁷⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

⁷⁷² G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 282: «It was observed that a non-State vessel is not an appropriate location for the screening and categorization of asylum seekers, nor should such a vessel be used as a “floating detention centre”».

⁷⁷³ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

straniero nel proprio territorio sia sottoposta al bilanciamento di vari interessi: da un lato, la protezione dello stesso e la sua incolumità; dall'altro, le esigenze e gli interessi propri dello Stato territoriale. La decisione dello Stato deve quindi «rispondere ad un requisito di proporzionalità, inteso nella sua accezione qualitativa di ragionevolezza, non dovendo il rifiuto di ingresso sul proprio territorio implicare conseguenze eccessive rispetto all'interesse che si vuole salvaguardare, arrecando un pregiudizio ingiustificato e non necessario al soggetto che subisce la misura»⁷⁷⁶.

Il diritto del mare, in definitiva, «fornisce un quadro normativo in cui le posizioni assolute sono rare e l'equilibrio e la moderazione degli spazi marittimi si fonda sulla proporzionalità, non giustificando la tutela di un interesse, quale può essere la prevenzione di una violazione alla normativa migratoria, qualsiasi tipologia di intervento o di omissione»⁷⁷⁷. Nel noto caso della nave Tampa⁷⁷⁸, ad esempio, lo Stato australiano, «rifiutando prima l'ingresso dell'imbarcazione nel proprio mare territoriale e impedendo poi l'accesso alla costa e il successivo sbarco, ha opposto una resistenza che può ritenersi eccessiva rispetto all'interesse minacciato, avendo tale comportamento messo in pericolo l'incolumità degli individui a bordo, i quali, oltre ad essere numerosi a poter aspirare al riconoscimento dello *status* di rifugiato, erano stati completamente privati della loro libertà di movimento»⁷⁷⁹.

In un contesto normativo come quello delineato, la recente prassi di c.d. chiusura dei porti può celare gravi violazioni del diritto internazionale pattizio e consuetudinario. In particolare, quanto posto in essere dal Governo italiano negli ultimi mesi del 2018 e sin dai primi del 2019, quindi i diversi decreti ministeriali volti ad evitare che navi civili, c.d. ONG, entrino nei porti italiani con a bordo diverse decine di migranti, appare contrario al quadro normativo così come suesposto e, a ben vedere, in violazione del principio di *non-refoulement*. Sicuramente le vicende che hanno coinvolto le navi *Aquarius*, *Open Arms*, *Lifeline*, *Sea Watch 3*⁷⁸⁰, risultano utili per

⁷⁷⁶ *Ibidem*; sull'importanza del principio di proporzionalità nel diritto del mare, v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 284: «UNHCR has repeatedly described the *Tampa* incident as a break or crack in the "time-honoured tradition of rescue at sea", characterizing it as an aberration in State practice rather than an indicative of a new rule».

⁷⁷⁹ S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 66

⁷⁸⁰ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 379: «È stato il caso *Aquarius* del 10 giugno 2018 a portare alla ribalta per la prima volta il problema. La citata nave della ONG "*Sos Méditerranée*", gestita in collaborazione con "Medici senza frontiere", è infatti stata bloccata in mare in attesa di essere indirizzata verso un "*place of safety*". A bordo della nave in questione vi erano 629 persone salvate a largo della Libia durante diverse operazioni di soccorso condotte sotto coordinamento delle autorità italiane. Tra questi vi erano 123 minori non accompagnati, 11 donne e 7 donne incinte. In quell'occasione il governo italiano ha deciso di negare alla nave *Aquarius* l'autorizzazione ad approdare in Italia, chiedendo, infruttuosamente, a Malta di gestire l'accoglienza dei migranti che si trovavano a bordo della nave. Dopo un periodo di tensione politica-internazionale, durato circa nove giorni, durante i quali i migranti, alcuni dei quali in critiche condizioni di salute, sono rimasti a bordo dell'unità navale in attesa, il Governo spagnolo ha consentito che l'*Aquarius* approdasse a Valencia. Successivamente, nel mese di agosto 2018, si è riproposta un'analoga situazione allorché l'*Aquarius*, a seguito del soccorso di 141 migranti a largo delle coste libiche, si è trovata in attesa di ricevere indicazioni sul "porto sicuro" dove ormeggiare. In tale occasione, al rifiuto di Malta e dell'Italia ha fatto

esaminare, dal punto di vista giuridico, «la possibilità per uno Stato costiero di negare l'accesso o lo sbarco ai propri porti all'approdo di navi che hanno soccorso migranti clandestini in mare e che sono alla ricerca di un “*place of safety*”»⁷⁸¹.

Conviene muovere tale analisi dall'assunto in base al quale lo Stato costiero, nell'esercizio della propria sovranità, conserva «il potere di “emanare leggi e regolamenti”, in conformità alle norme di diritto internazionale, al fine di negare l'accesso al proprio mare territoriale e, conseguentemente ai propri porti, nel caso in cui il passaggio di una nave sia considerato offensivo, ossia “*pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato*” ai sensi, e nei limiti, di cui al combinato disposto degli artt. 2, comma 1, 19, comma 2, lett. g), 21, comma 1, lett. h), 25 della Convenzione di Montego Bay e dell'art. 83 del codice della navigazione e 11, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 286/1998, introdotto dal d.l. n. 53/2019»⁷⁸².

Ciò posto, non pochi dubbi suscita, in concreto, la possibilità di chiusura di uno scalo portuale nel caso di soccorso in mare, essendo difficile concepire come l'ultimazione di un'opera di salvataggio di migranti irregolari possa configurarsi come pregiudizievole. In particolare, dietro il velo dell'ordine pubblico e della clandestinità in ingresso, rischia di celarsi un fare potenzialmente in violazione della Convenzione di Amburgo del 1979. Ai sensi della Convenzione suddetta, infatti, l'approdo di un'imbarcazione configura il completamento di un'operazione di salvataggio, e per questo dovrebbe essere sempre consentito. Un atto di c.d. chiusura dei porti come quello adottato dal Governo italiano, declinato nelle forme di un decreto ministeriale concertato, per venire in essere, in teoria, dovrebbe far proprio un severo contemperamento di interessi nazionali e sovranazionali: la sicurezza delle frontiere marittime, la sicurezza della vita in mare, la salvaguardia dei diritti umani sono interessi che, sulla bilancia della discrezionalità amministrativa, dovrebbero pesare particolarmente.

Se in un primo momento tale divieto di ingresso è stato declinato come un potere implicito⁷⁸³ del Ministro dell'Interno in virtù della protezione di preminenti interessi pubblici di carattere generale, oggi, ad opera del d.l. 53/2019⁷⁸⁴, siffatto potere è stato tipizzato dall'articolo 1. Il suddetto articolo prevede, invero, che il Ministro dell'Interno, di concerto col Ministro delle

seguito – a differenza della volta precedente – anche quello della Spagna. Tanto che per superare l'impasse si è dovuti pervenire ad un accordo tra Italia, Spagna, Portogallo, Francia, Germania e Lussemburgo per ripartire tra di loro i migranti che, su tali basi, hanno avuto il permesso di sbarcare a Malta. Inoltre, analoga decisione di non autorizzare l'approdo nei porti italiani era stata inizialmente presa anche il 19 gennaio 2019, nel caso relativo alla nave ONG olandese “*Sea-Watch 3*”, che tuttavia ha poi fatto approdo, tra non poche polemiche, nel porto di Catania il 31 gennaio 2019 e successivamente, sempre nei confronti della medesima unità navale, nel giugno 2019».

⁷⁸¹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 379.

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ Per un approfondimento sul punto v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, pp. 703 ss.

⁷⁸⁴ Decreto-legge n. 53/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2019, in materia di *disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*.

Infrastrutture e col Ministro della Difesa *possa* vietare ad alcune imbarcazioni l'avvicinamento alle coste territoriali italiane; in caso di violazione del divieto, sono inoltre previste ingenti ammende. Pur se velatamente, una siffatta disposizione ripresenta, come stigmatizzato in *Hirsi Jamaa c. Italia*, una valutazione a-contestuale del fatto storico e delle singole situazioni soggettive, e riproducendo, di conseguenza, se non un'espulsione, sicuramente un "rifiuto collettivo", stigmatizzabile anch'esso ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU.

Al riguardo, autorevole dottrina ipotizza che il vaglio costituzionale di tali atti possa conoscere censure di legittimità in violazione, oltre che dell'art. 10, dell'art. 117, norma che, come noto, dal 2001 permette l'ingresso delle norme di diritto internazionale all'interno del nostro ordinamento. Invero, seppure non esiste – se non in via interpretativa ed estensiva, si aggiunge – una norma internazionale che sancisca un chiaro obbligo giuridico per lo Stato di consentire la conclusione dell'operazione di salvataggio in mare nelle forme di un approdo sicuro, senza dubbio alcuno, le norme internazionali che regolano il diritto del mare si fondano su precisi obblighi, *rectius* doveri, di solidarietà⁷⁸⁵, che sarebbe verosimilmente disattesi qualora fosse negato l'accesso in porto di una nave con a bordo migranti appena soccorsi e bisognosi di assistenza immediata e viepiù in pericolo di vita.

Ebbene, se dalle fonti internazionali, come visto, è possibile desumere il principio della libertà degli Stati di regolare i flussi in ingresso seppur nei limiti della confortevole cornice del diritto consuetudinario e pattizio, tuttavia è dato desumere anche il loro dovere di prestare "pronto soccorso" alle navi in difficoltà e ai naufraghi. In tal contesto, la novella apportata dal d.l. 53/2019 all'articolo 11 del d.lgs. 286/98, che ha introdotto il comma 1 *ter*, ha previsto che il Ministro dell'Interno possa adottare – in veste di autorità nazionale di pubblica sicurezza – «provvedimenti finalizzati a limitare o vietare l'ingresso, il transito e/o la sosta di navi [...] nel mare territoriale, qualora sussistano ragioni di ordine e sicurezza pubblica, ovvero quando ricorrano le condizioni qualificate come "passaggio non inoffensivo", previste dall'art. 19, comma 2, lett. g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazioni vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare»⁷⁸⁶. È il medesimo articolo, tuttavia, a prevedere che lo straniero, considerato anche come colui che attraversa in modo irregolare la frontiera interna /esterna o come colui tratto in salvo durante un'operazione di salvataggio in mare, debba essere condotto presso appositi c.d. *hotspots*. Inoltre, è lo stesso Tribunale di Agrigento, chiamato a pronunciare circa uno dei recenti fatti di cronaca, a statuire che da tale considerazione deriva «l'obbligo, in capo alle autorità statali di soccorrere e fornire prima assistenza allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel

⁷⁸⁵ In tal senso v. soprattutto L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, pp. 379 ss.

⁷⁸⁶ Art. 1, d.l. 53/2019, in materia di *misure a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica in materia di immigrazione*.

territorio dello Stato»⁷⁸⁷. Esistono doveri cogenti, sembra dire il giudice penale, che rendono lecita una condotta apparentemente antiggiuridica, il che, del resto, è come sottolineare esistano altrettanti doveri che ne facoltizzino l'approdo.

Se si volesse procedere ad un vaglio più incisivo circa la legittimità di tali previsioni di legge, si potrebbe innanzitutto rilevare come, ai fini della qualificazione di “passaggio non inoffensivo” di un'imbarcazione la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare etichetta come tale quello (già citato) atto allo «[...] scarico di [...] persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero»⁷⁸⁸. Tuttavia, come si è visto, tale “scarico” è scriminato, si potrebbe dire, quando l'intento dell'imbarcazione consti esclusivamente nel far sbarcare persone soccorso in mare nell'adempimento dell'obbligo di salvare la vita umana in mare⁷⁸⁹. In tal contesto, il perfezionamento dell'adempimento all'obbligo in esame è compiuto con lo sbarco dei naufraghi nel porto sicuro meta della nave. Posto che il passaggio, letto sotto questa ottica, è da considerarsi, di fatto, inoffensivo (o quantomeno non non-lecito) l'art. 25⁷⁹⁰ della citata Convenzione ONU impone tassativamente le condizioni in virtù delle quali possa impedirsi tale passaggio. L'articolo in esame, a fare da clausola di apertura alla deroga prevede, innanzitutto, il principio di non discriminazione “di diritto e di fatto” tra le navi straniere, secondo poi, il fatto che la deroga debba avere carattere temporaneo, essere riferita ad ambito territoriale ristretto (“specifico”) ed essere indispensabile per la protezione della sicurezza del paese. Ebbene, il perimetro normativo della disposizione sembra essere, oltre che tassativo, piuttosto chiaro. Nella disposizione di cui all'art. 1 del d.l. 53/2019, però, si legge che tale divieto conosce come proprio ambito di applicazione geografico “il mare territoriale”, e, si aggiunge, nella sua forma di potere in-concreto si è tradotto in una interdizione diretta, almeno nelle sue prime espressioni, alla categoria delle “navi non governative”. Ora, tanto l'ambito territoriale tanto esteso (l'intero mare territoriale italiano), sia la discriminazione “di fatto”, anch'essa vietata ai sensi dell'art. 25, perpetrata nei confronti delle navi c.d. ONG sembrano configurare il caso di abuso di diritto⁷⁹¹ stigmatizzato dall'articolo 300⁷⁹² del medesimo Testo convenzionale.

⁷⁸⁷ Cfr. Tribunale di Agrigento, ordinanza 2 luglio 2019, in ForoIt., p. II, p. 472, 2019.

⁷⁸⁸ Art. 19, comma 2, lett. g), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

⁷⁸⁹ L'obbligo in esame, si ribadisce, vincola tanto gli Stati quanto i comandanti delle imbarcazioni sulla base del combinato disposto degli artt. 98, par. 1, CNUMD, 489, Cod. Nav, e del cap. V, reg. 33, SOLAS.

⁷⁹⁰ Art. 25, par. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare: «Lo Stato costiero può, senza stabilire una discriminazione di diritto o di fatto tra le navi straniere, sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo di navi straniere in zone specifiche del suo mare territoriale quando tale sospensione sia indispensabile per la protezione della propria sicurezza, ivi comprese le esercitazioni con armi. Tale sospensione ha effetto solo dopo essere stata debitamente pubblicizzata».

⁷⁹¹ Alla medesima conclusione perviene I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in SIDIBlog.org, 26 giugno 2019.

⁷⁹² Art. 300, parte XVI, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare: «Gli Stati contraenti devono adempire in buona fede gli obblighi assunti a termini della presente Convenzione ed esercitare i diritti, le competenze e le libertà riconosciuti dalla presente Convenzione in un modo tale che non costituisca un abuso di diritto».

Leggendo, tra tutti i provvedimenti, la direttiva prot. 14100/141(8) del 15 maggio 2019 a firma del Ministro dell'Interno, si vede come il diniego di ingresso nelle acque italiane viene addotto in ragione della qualificazione del passaggio della nave "Sea Watch 3" come offensivo perché atto allo scarico di persone in violazione delle leggi in materia di immigrazione. In particolare, si legge, che «un'eventuale condotta di navigazione verso l'Italia [...] risulterebbe essere finalizzata al trasferimento sul territorio italiano di migranti irregolari con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, in maniera pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato»⁷⁹³, testo riprodotto specularmente nei successivi decreti emanati in virtù delle disposizioni del d.l. 53/2019.

La direttiva e i successivi provvedimenti dovrebbero ritenersi illegittimi, per le motivazioni suesposte, in virtù di quello stesso diritto internazionale che essi stessi citano. Inoltre, il riferimento, contenuto nell'articolo 1 del c.d. Decreto Sicurezza *bis*, alle norme di diritto internazionale dovrebbe aprire, in teoria, la strada ad un facile vaglio di costituzionalità proprio sotto il profilo di violazione di legge *ex art. 117 Cost*⁷⁹⁴.

Per completezza, preme sottolineare cosa, al contrario di quanto accade in virtù di siffatto nuovo potere ministeriale, dovrebbe essere posto in essere in caso di salvataggi in mare. La procedura può essere scandita nelle seguenti fasi⁷⁹⁵: il centro SAR assume la competenza, la direzione ed il coordinamento dei soccorsi in mare dei migranti, quindi segnala a coloro che hanno prestato soccorso un luogo verso il quale dirigersi per concludere la missione attraverso la messa in salvo e lo sbarco dei naufraghi; in seguito all'approdo andrebbero approntate, ancora a bordo, le primarie cure mediche per coloro che necessitano di assistenza urgente, quindi procedere con lo sbarco definitivo. Questo è il momento in cui si considera, o andrebbe considerata, conclusa l'operazione di salvataggio in mare. I migranti, terminata tale fase, devono essere condotti presso i c.d. *hotspots*, i luoghi preposti alla prima accoglienza e all'identificazione e registrazione dei richiedenti asilo nella banca dati EURODAC. Tale registrazione segna l'applicazione delle disposizioni del Regolamento di Dublino. Durante tale procedimento, il migrante è reso edotto della normativa in materia di protezione internazionale e viene messo in condizione di presentare domanda in tal senso; si sottolinea, inoltre, che i soggetti presunti vittime di traffico di essere umani, i minori ed i malati conoscono procedimenti accelerati in grado di prestare l'assistenza sociale e medica del caso.

⁷⁹³ MINISTERO DELL'INTERNO, direttiva *ex art. 11 d.lgs. n. 286/98 n. prot. 14100/141(8) del 15 maggio 2019*, in materia di "intervento di Sea Watch 3 del 15 maggio 2019 in area SAR libica".

⁷⁹⁴ In tal senso v. anche S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 giugno 2019.

⁷⁹⁵ Per un riepilogo di tale procedura v. ancora L. V. M. SALAMONE, *op. cit.* p. 379 ss.

Ciò posto, oltre ai profili critici esposti, la recente prassi costringe a porsi degli interrogativi sulla possibile violazione del divieto di *non-refoulement*. Invero, nel momento in cui all'imbarcazione viene intimato il divieto di ingresso nelle acque territoriali, le autorità italiane accettano implicitamente l'ipotesi che questa si diriga, in senso contrario, verso il luogo di partenza, ossia nella maggior parte dei casi, la Libia – paese nelle cui acque territoriali vengono spesso tratti in salvo o migranti naufragati –, incuranti, dunque, del futuro di dette persone. Preso atto che, come altresì sottolineato dalla missiva inoltrata dai cinque *Special Rapporteurs* ONU al Ministro degli Esteri in data 16 maggio 2019, i porti libici sono da considerare come “*not a safe port of return*” e la Libia stessa “*not a safe place to return migrants who have tried and failed to make their way to Europe*”, l'Italia dovrebbe astenersi dal raccomandare tale Paese “*for the purpose of disembarkation*”, o comunque evitare un rientro dal natante in tale luogo. Atteso che in Libia, come ampiamente documentato da autorevoli fonti e riportato nel presente lavoro, è in atto una situazione di disordine che conosce innumerevoli episodi di tortura e trattamenti inumani degradanti nei confronti di migranti provenienti da paesi dell'Africa Sub-Sahariana, i tentativi, generalizzati e legalizzati, di evitare l'ingresso in Italia di tutti coloro che arrivano soccorsi via mare è da qualificare come “*pullbacks*” e quindi come violazione del principio di non respingimento, quale altra faccia della medaglia del divieto di tortura e trattamenti inumani degradanti.

In definitiva, in tali ipotesi, «le questioni da affrontare sarebbero diverse e perlopiù si tratterebbe di operare un delicato bilanciamento tra diversi, e nella fattispecie contrapposti, interessi giuridici insiti nell'adozione di un eventuale provvedimento legislativo o regolamentare di tal guisa: quello di sicurezza delle frontiere marittime dello Stato (Convenzione di Montego Bay e Codice Frontiere Schengen), quello della garanzia di sicurezza della vita umana in mare (Convenzione di Montego Bay, Convenzione di Amburgo, Convenzione “*Salvage*” di Londra, Convenzione SOLAS, Protocollo sul traffico di migranti della Convenzione di Palermo e Decreto interministeriale del 14 luglio 2003), quello della salvaguardia dei diritti umani (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ecc.), che possono rendere tali misure restrittive non conformi al diritto internazionale. Come già sopra accennato, il citato (ed eventualmente mancato) bilanciamento tra diversi interessi giuridici sarebbe in ipotesi vagliabile, seppure con conseguenze diverse (illegittimità dell'eventuale disposizione normativa interna in contrasto con norme internazionali, ovvero condanna dello Stato italiano per violazione della CEDU), sia in sede di legittimità costituzionale per il tramite dell'art. 117 Cost., che sancisce la preminenza degli obblighi internazionali – e quindi anche degli obblighi derivanti da accordi internazionali in vigore nell'ordinamento interno – sulla legislazione nazionale ordinaria, sia in sede

internazionale, per il tramite della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò in quanto un'eventuale ipotesi di chiusura dei porti ovvero di non autorizzazione allo sbarco dei migranti, qualora effettivamente realizzata, rischierebbe di configurare una serie di gravi violazioni sia di norme nazionali (art. 10 Cost.), sia delle sopracitate norme internazionali sugli obblighi di soccorso in mare, sui diritti umani, sulla protezione dei rifugiati: a partire dal principio di *non-refoulement*, sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, passando dagli articoli 2 e 3 della CEDU, qualora le persone soccorse avessero bisogno di cure mediche urgenti nonché di generi di prima necessità e dette esigenze non venissero soddisfatte per effetto del concreto modo di operare del rifiuto stesso, per finire con l'impossibilità di valutare le singole situazioni dei migranti a bordo, ipotesi questa, che potrebbe configurare la violazione del divieto di espulsioni collettive previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU»⁷⁹⁶.

4. Le nuove condotte assunte Governo italiano, con particolare riferimento all'intesa politica raggiunta a Malta il 23 settembre 2019

Ai fini di una piena comprensione della nuova stagione italiana ed europea concernente la gestione del fenomeno migratorio conviene iniziare tale analisi, prima di tutto, muovendo dalle criticità scaturenti dal sistema Dublino e dai tentativi di revisione dello stesso.

Come già ampiamente evidenziato in precedenza, il "sistema Dublino", pur con le modifiche apportate nel corso degli anni, ha prodotto effetti non del tutto positivi, nei riguardi innanzitutto dei Paesi di primo approdo, ai quali è stata affidata la responsabilità di farsi carico della gestione della gran parte delle domande dei richiedenti protezione internazionale. Invero, «l'aver varcato illegalmente la frontiera, per via terrestre, marittima o aerea, del territorio di uno Stato membro in provenienza da un Paese terzo, contribuisce in maniera significativa a far sì che l'ingresso o il soggiorno irregolare sia il criterio più frequentemente utilizzato per la determinazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda di protezione internazionale, soprattutto nei paesi più esposti geograficamente ai flussi migratori»⁷⁹⁷, ossia l'Italia e la Grecia.

A conferma di tali criticità, già qualche anno addietro la Commissione europea⁷⁹⁸ aveva riconosciuto la necessità di una profonda revisione del sistema Dublino, soprattutto con riferimento al meccanismo di ricollocazione dei richiedenti la protezione internazionale. Tuttavia, «la proposta di riforma del 2016, pur ribadendo il principio di solidarietà degli Stati membri previsto dall'art. 80 TFUE non è stata ritenuta sufficiente a superare le problematiche del sistema vigente. Per le suddette ragioni, il 19 ottobre 2017, i membri della Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari

⁷⁹⁶ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 379.

⁷⁹⁷ CARTA, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁹⁸ Commissione europea, "Agenda europea sulla migrazione", Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015), pp. 11 e ss.

intenti del Parlamento europeo (LIBE) hanno dato il primo via libera per una modifica ulteriore del Regolamento “Dublino III”, mediante il c.d. “Dublino IV”. Successivamente, il 6 novembre 2017, è stata approvata da parte del Parlamento europeo la relazione (c.d. “Rapporto Wikstrom”), sulla proposta di nuovo Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i nuovi 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, recante significative modifiche migliorative, rispetto al Regolamento precedente; modifiche che investono anche il criterio di primo ingresso, che viene di fatto superato. In particolare, la proposta di riforma mira ad introdurre un meccanismo di ripartizione fisso (le c.d. “quote”) dei richiedenti asilo in tutti i paesi dell’UE, elaborato sulla base di dati oggettivi (popolazione e PIL); inoltre prevede l’abolizione del principio del Paese di primo ingresso e dispone che l’attribuzione della responsabilità sulla domanda si basi su legami “significativi” che il richiedente protezione può vantare con un determinato Stato; si dà poi rilevanza alla presenza di ulteriori vincoli familiari (ad esempio, il ricongiungimento con fratelli e sorelle). In assenza di tali legami, la competenza sulla domanda è automaticamente assegnata ad uno Stato membro secondo un metodo di ripartizione fisso ed automatico, cui sono tenuti a partecipare obbligatoriamente tutti gli Stati dell’UE. Lo scopo del sistema di ripartizione proposto è quello di evitare uno squilibrio a danno di quegli Stati che, essendo in “prima linea” sul Mediterraneo, sono maggiormente interessati dai flussi. Il testo è stato approvato con 43 voti favorevoli e 16 voti contrari, a seguito di una lunga negoziazione in Parlamento. Ciò nonostante, al vertice europeo dei Ministri degli Interni tenutosi a Lussemburgo il 5 giugno 2018 non è stato dato seguito all’accordo, a causa di una diversa bozza presentata dalla Bulgaria, decisamente peggiorativa, in particolare per gli interessi italiani. Questa, infatti, prevedeva di mantenere inalterato il criterio della competenza del Paese di primo ingresso, ammettendosi ipotesi di ricollocamento obbligatorio solo dinanzi a situazioni di conclamata emergenza. Oltre ai sette Paesi, compresa l’Italia, che si sono detti contrari alla proposta della presidenza bulgara come base di lavoro per il vertice di giugno 2018, altri tre Stati non si sono espressi: Estonia, Polonia e Gran Bretagna»⁷⁹⁹.

Ebbene, proprio con l’intento di far fronte alle criticità sollevate dal sistema di Dublino, e di affrontare congiuntamente le problematiche connesse alla gestione del fenomeno migratorio, Malta, per la terza volta dal 2015, ha ospitato il 23 settembre 2019, il vertice politico in occasione del quale si sono riuniti i cinque ministri dell’Interno di Francia, Italia, Malta, Finlandia e Germania, i quali si

⁷⁹⁹ L. V. M. SALAMONE, *op. cit.*, p. 308.

sono posti l'obiettivo di stabilire una nuova stagione in materia di politiche europee di controllo dell'immigrazione⁸⁰⁰.

In tale occasione, i paesi partecipanti hanno annunciato di avere raggiunto un'intesa che porterebbe per la prima volta ad una concreta redistribuzione automatica dei migranti; nello specifico, il meccanismo redistributivo in questione coinvolgerà non solo individui qualificabili come rifugiati, e dunque aventi diritto a beneficiare di forme di protezione internazionale, ma anche i c.d. migranti economici, tema sul quale si sono registrate da sempre opinioni fortemente discordanti, e indice di una più seria consapevolezza circa l'effettiva composizione dei flussi migratori odierni, caratterizzati dalla presenza di entrambe le categorie, come altresì dimostrato da centri di analisi dei dati sulle migrazioni mondiali. Tuttavia, l'accordo, che allo stato attuale coinvolge solo quattro paesi⁸⁰¹, ed è una bozza, sarà discusso con gli altri Ministri dell'interno dei paesi membri dell'Unione europea il 7 e l'8 ottobre in Lussemburgo.

Ciò posto, il primo punto riguarda la redistribuzione automatica dei migranti da attuarsi entro un termine massimo di quattro settimane, superando così il principio cardine della competenza del paese di primo ingresso previsto dal Regolamento di Dublino⁸⁰². Si tratta, in realtà, di una richiesta avanzata già nel giugno 2018, a Bruxelles, in un documento non ufficiale redatto dall'Alto commissariato per i rifugiati e dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni⁸⁰³. In particolare, ciò che tali organizzazioni auspicavano era l'istituzione delle “*disembarkation platform*”, ossia sistemi per la ricollocazione dei migranti a livello europeo senza la necessità di doversi basare, come di fatto accade oggi, su trattative tra gli Stati⁸⁰⁴.

A ben vedere, rispetto a quella proposta, l'intesa adottata dal vertice di Malta presenta un ambito di applicazione più ristretto, operando il meccanismo di redistribuzione automatica oltre che in relazione agli sbarchi avvenuti esclusivamente in Italia e a Malta, punti di sbarco della rotta del Mediterraneo centrale, soltanto in relazione ai migranti soccorsi dalle imbarcazioni delle Organizzazioni Non Governative o dei mezzi militari. Da ciò ne derivano due conseguenze fondamentali. In primo luogo, ne deriva che Paesi come la Grecia e la Spagna, i quali hanno registrato il tasso più alto di arrivi del 2019, rimangono sostanzialmente esclusi dal meccanismo in questione. Allo stesso modo, non giovano della ricollocazione automatica i c.d. sbarchi “spontanei”, ossia i casi in cui un'imbarcazione raggiunge il punto di approdo senza intermediazione alcuna, in

⁸⁰⁰ Il testo della bozza di dichiarazione è consultabile

⁸⁰¹ La Finlandia, invero, ha partecipato unicamente in veste di presidente di turno dell'Unione europea.

⁸⁰² Allo stato attuale, non sono ancora state stabilite specifiche quote di ricollocamento, che dipenderanno da quanti paesi aderiranno all'intesa. I paesi europei potranno aderire all'intesa su base volontaria, ma per quelli che non aderiranno potrebbero essere previste delle sanzioni.

⁸⁰³ L. BAGNOLI, *Accordo migranti: a Malta si avanza su redistribuzione, ma resta il nodo Libia*, in Osservatorio Diritti, 25 settembre 2019.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

altri termini, senza che sia stata effettuata un'operazione di salvataggio. Si tratta, a ben vedere, della maggioranza degli arrivi in Italia: nel 2019, infatti, solo l'8 per cento dei migranti arrivati via mare in Italia è stato soccorso da mezzi navali, riscontrandosi, piuttosto, come la gran parte di questi ultimi sia giunta direttamente sulla costa in maniera autonoma.

Con riferimento, invece, alla destinazione di approdo dei migranti, sarà previsto un meccanismo di rotazione volontaria dei porti di sbarco, richiesto in particolare dall'Italia. Sul punto, tuttavia, si sono registrate accese opinioni critiche, in quanto la rotazione volontaria dei porti di sbarco si porrebbe in contrasto con le norme di diritto internazionale sopra citate che prevedono, al contrario, l'obbligo di far sbarcare gli individui soccorsi quanto prima, una volta conclusa l'operazione di salvataggio in mare.

Ad ogni modo, pur se la profilata redistribuzione potrebbe contribuire a rendere l'accoglienza meno frammentaria e confusa, un punto rimane immutato, ossia la posizione del governo italiano in merito alla cooperazione con la Libia. Invero, l'attuale Ministra dell'Interno Luciana Lamorgese ha confermato la piena operatività dell'accordo che l'Italia ha sottoscritto con la Libia nel febbraio 2017, già esaminato in precedenza. Pertanto, la legittimazione della SAR libica, e quindi della zona di salvataggio sotto la responsabilità di Tripoli, fa sì che oltre il 60% di chi parte dalla Libia venga di fatto intercettato e riportato indietro dalla Guardia costiera libica, in netto contrasto con il rispetto del principio di *non-refoulement*, posto che la Libia non può essere in alcun modo definita "un porto sicuro"⁸⁰⁵. Risultano infatti certi gli abusi cui subiscono gli individui una volta riportati verso il territorio libico, l'ultimo risalente al 20 settembre 2019, dove un migrante di origine sudanese, con l'intento di fuggire per evitare di essere nuovamente rinchiuso in un centro di detenzione libico, è stato ricondotto sulla spiaggia di Abu Sitta dove ha perso la vita a causa di colpi arma da fuoco sparati – in conformità a quanto stabilito da un comunicato dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), il cui personale ha assistito all'atto – da uomini armati⁸⁰⁶.

5. Il caso australiano: la politica migratoria australiana in merito all'isola di Manus e Nauru

La nascita di un diritto dell'immigrazione nell'ordinamento australiano risale all'adozione, nel 1951, della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, cui da subito l'Australia ha

⁸⁰⁵ *Ibidem.*

⁸⁰⁶ *Ibidem.*

aderito⁸⁰⁷. Ciò ha infatti portato il Legislatore ad inaugurare un processo di riforma sostanziatosi nella sostituzione della precedente normativa, l'*Immigration Restriction Act*, con il c.d. Migration Act, adottato nel 1958 il quale ha di fatto recepito i principi propri della Convenzione di Ginevra⁸⁰⁸. Invero, in conformità con quanto previsto dalla normativa suddetta, «chiunque fosse giunto in territorio australiano, prescindendo dalle modalità, avrebbe potuto avanzare richiesta di protezione internazionale, accolta nel caso di fondato timore di essere sottoposto a persecuzioni nel Paese di provenienza»⁸⁰⁹.

A tal proposito, verso la fine degli anni Settanta l'Australia si trovò a fronteggiare l'arrivo sulle proprie coste di un ampio numero stranieri, in prevalenza individui in fuga dal Vietnam del Sud a seguito della vittoria del fronte comunista⁸¹⁰. Ciò fu il primo passo verso un radicale cambiamento del clima di accoglienza che fino ad allora aveva caratterizzato l'opinione pubblica. Invero, la prospettiva di arrivi incontrollati di stranieri sulle proprie coste, che fu forte soprattutto verso la fine degli anni Ottanta, portò all'adozione di diverse riforme legislative, incluse modifiche incisive al c.d. Migration Act, attraverso interventi volto a monitorare più efficacemente i confini territoriali⁸¹¹. In particolare, il legislatore introdusse un regime di detenzione nei confronti di una ristretta categoria di soggetti, concernente soprattutto cittadini cambogiani arrivati via mare, nata dapprima come misura temporanea ed eccezionale, e poi divenuta invece definitiva⁸¹². In realtà, «la minaccia posta dallo strumento detentivo non ha portato ad una sensibile riduzione degli sbarchi lungo le coste australiane che, al contrario, sono stati in costante aumento per tutto il decennio successivo»⁸¹³.

⁸⁰⁷ D. BACIS, *Immigrazione irregolare e tutela dei diritti: il caso australiano degli offshore detention centers*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 2/2018, p. 5: «La ratifica della Convenzione ha spinto il Legislatore a dare avvio a un lungo processo di riforma, volto al definitivo superamento della policy in vigore sin dai tempi della fondazione della Federazione. È noto, infatti, che a partire dalla fine del diciannovesimo secolo, e in modo più sistematico con la formale costituzione di uno Stato indipendente, le politiche di accoglienza adottate dagli esecutivi succedutisi nel tempo hanno perseguito la realizzazione della c.d. White Australia Policy (WAP). Inizialmente nata con il fine di ridurre considerevolmente il numero di migranti economici provenienti dalla Cina, la WAP è stata poi estesa fino a ricomprendere, con il tacito consenso del Governo britannico, chiunque provenisse dai Paesi del Pacifico. Con l'approvazione, nel 1901, dell'*Immigration Restriction Act*, il Parlamento della neocostituita Federazione ha formalmente recepito i principi della WAP. Oltre a prevedere intere categorie di soggetti alle quali era automaticamente escluso l'accesso in Australia – stabilendo al contempo categorie per le quali l'accesso era garantito altrettanto automaticamente¹⁵ – la legge istituiva una prova a cui gli appartenenti alle categorie non escluse avrebbero dovuto sottoporsi al fine di ottenere la possibilità di entrare in Australia. Chiunque non l'avesse sostenuta, o avesse fallito la prova, sarebbe stato considerato un *prohibited immigrant* e, qualora si fosse illegalmente trattenuto nel territorio del Commonwealth sarebbe stato passibile di reclusione o di deportazione. Dal test previsto ex lege, dunque, dipendeva la possibilità di entrare in Australia per tutti gli stranieri che non fossero ricompresi nelle categorie automaticamente escluse».

⁸⁰⁸ D. BACIS, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

⁸¹¹ R. HAMLIN, *Let me be a refugee. Administrative Justice and the politics of asylum in the United States, Canada, and Australia*, Oxford, 2014, p. 53.

⁸¹² D. BACIS, *op. cit.*, p. 5.

⁸¹³ *Ibidem*.

A tal proposito, si rileva come l'incidente della nave Tampa⁸¹⁴ inasprì ulteriormente tali politiche. Nello specifico, la nave norvegese Tampa, in risposta all'operazione di ricerca e salvataggio coordinata dall'Australia, salvò nell'agosto del 2001 438 richiedenti asilo di origine afgana nella regione SAR dell'Indonesia, ma più vicino all'isola di Natale, a circa 75 miglia dalle coste australiane⁸¹⁵. In tal contesto, le autorità australiane intimarono al capitano della nave di non fare in alcun modo ingresso nelle acque territoriali australiane, ma di dirigersi, invece, verso le coste Indonesiane⁸¹⁶. A tal riguardo, in conformità a quanto sostenuto dalla Norvegia, lo stato australiano aveva l'obbligo di consentire lo sbarco dei richiedenti asilo nel porto più vicino, ossia l'isola di Natale, in conformità all'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e al diritto internazionale consuetudinario⁸¹⁷. La posizione giuridica dell'Australia, benché non pienamente chiara, sembrava invece trasferire sull'Indonesia⁸¹⁸ l'onere di sbarco degli individui, sulla base altresì di esigenze legate alla sicurezza nazionale ed al diritto di controllo delle proprie frontiere, e quindi di determinare i soggetti legittimati all'ingresso e le modalità mediante cui tale ingresso possa effettivamente considerarsi lecito⁸¹⁹.

A tal proposito, sebbene la dottrina della sovranità dello Stato attribuisca una significativa discrezionalità in ordine al controllo delle proprie frontiere, era in ogni caso evidente che le autorità australiane avevano la responsabilità di assicurare un'adeguata protezione agli individui in questione⁸²⁰, sulla base dell'innegabile natura di rifugiato delle persone interessate e del controllo effettivo esercitato su di esse attraverso l'operazione di ricerca e salvataggio⁸²¹.

⁸¹⁴ La bibliografia sul punto è vastissima. V. tra gli altri M. W. D. WHITE, *Tampa incident: Shipping, international and maritime legal issues*, in *Australian Law Journal*, 2004, pp. 101-113; L. SJOBREND, *The Reporting of the Tampa Incident in Australian and Norwegian Newspapers*, 2004, reperibile online su https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1969&context=theses_hons; M. N. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002; E. Willheim, *MV Tampa: The Australian Response*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15, 2003, pp.159-191; P. MATHEW, *Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa*, in *American Journal of International Law*, 2002, pp. 661-676.

⁸¹⁵ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 281.

⁸¹⁶ V. MORENO-LAX, *The interdiction of asylum seekers at sea: law and (mal)practice in Europe and Australia*, Andrew & Renata Kaldor Centre for International Refugee Law, Sydney, 2017, reperibile online su https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/default/files/Policy_Brief4_Interdiction_of_asylum_seekers_at_sea.pdf.

⁸¹⁷ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 281.

⁸¹⁸ S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 281: «Australia asserted that the usual practise in maritime emergencies is for the rescuing vessel to continue on its planned route as closely as possible, and the appropriate port for disembarkation was accordingly Merak in Indonesia».

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ La vicenda della Nave Tampa sollevò criticità giuridiche anche in ordine alla questione della detenzione a bordo dei migranti. A tal proposito, si riporta l'analisi svolta da S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 96: «Un'organizzazione non governativa per la tutela dei diritti e libertà fondamentali e un *solicitor*, che forniva assistenza legale gratuita in materia di immigrazione, introdussero un'istanza davanti alla Corte federale australiana contro il *Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, l'*Attorney-General*, il *Minister of Defence* e il *Commonwealth of Australia*, per ottenere la liberazione dei naufraghi che si trovavano a bordo della nave Tampa. In una decisione dell'11 settembre 2001, la Corte federale, in composizione monocratica nella persona del giudice North, escluse l'applicazione del *Migration Act* del 1958 al caso di specie ed asserì che le persone soccorse risultavano detenute illegalmente in base al principio dell'*habea corpus*. I convenuti, le autorità australiane, argomentarono che le persone soccorse non si trovavano in uno stato di

Nondimeno, «poco prima che la nave in questione potesse raggiungere l'Isola di Natale, un corpo speciale della marina militare australiana ne prese il controllo e trasferì i rifugiati in Nuova Zelanda e sull'isola di Nauru, dove hanno potuto procedere con le richieste di asilo e, una volta ottenuto, sono stati ricollocati in Australia. La vicenda Tampa spinse il governo australiano a istituzionalizzare la pratica, nota oggi come Pacific Solution, di rimuovere i richiedenti asilo dalle acque territoriali australiane, per ricollocarli in Paesi terzi – selezionati dal Ministro per l'immigrazione e con i quali venivano conclusi appositi accordi – nel Pacifico, da qui il nome di Pacific Solution. In breve tempo, il Parlamento ha approvato un complesso pacchetto di riforme che hanno ulteriormente modificato il Migration Act, in deroga al principio generale secondo cui chiunque giungesse in territorio australiano potesse accedere alla protezione internazionale»⁸²².

Nello specifico, tale sistema comporta il trasferimento dei c.d. *offshore entry person*, ossia richiedenti asilo introdotti via mare senza aver seguito l'ordinaria procedura di ingresso, in un *excised offshore places*⁸²³, ossia centri di detenzione temporanea collocati in Paesi terzi, i c.d. *declared countries*⁸²⁴.

In linea con ciò, il 10 settembre 2001 Nauru e l'Australia⁸²⁵ firmarono una Dichiarazione di principi ed un primo accordo amministrativo (FAA) con cui si concordò, oltre al trasferimento a Nauru di 283 richiedenti asilo provenienti dalla nave Tampa e di altri 237 richiedenti asilo intercettati dalla Marina australiana, anche di prendere in considerazione le richieste australiane di

detenzione in quando erano libere di andare e venire dove volevano, tranne in Australia. La detenzione venne invece desunta dal giudice dall'analisi dei fatti, da cui risulta che le autorità australiane decisero unilateralmente dove potesse andare o non andare la nave Tampa; inoltre le persone a bordo vennero isolate e non furono consultate relativamente al loro trasferimento a Nauru. Tale decisione fu oggetto di un appello da parte del Commonwealth e dei Ministeri interessati che inoltrarono il 12 settembre richiesta per un'udienza d'urgenza sempre alla *Federal Court* che si riunì questa volta in composizione plenaria. La decisione del giudice North fu revocata con decisione a maggioranza del 17 settembre, secondo cui le autorità avevano agito nell'ambito dei poteri conferiti loro dall'art. 61 della Costituzione; la chiusura del porto dell'isola di Natale era quindi stata decisa legittimamente da parte dell'autorità preposta e le persone soccorse non erano in una situazione di detenzione o di limitazione della propria libertà. Su questo ultimo punto, il Presidente della Corte dissentì argomentando che, poiché il caso di specie non rientrava nell'ambito di applicazione del *Migration Act*, il Commonwealth non aveva nessun potere per detenere le persone soccorse. Tale decisione solleva non poche critiche, poiché non vi è una meticolosa analisi dei fatti e la base giuridica invocata dalle autorità sembra piuttosto debole. Bisogna inoltre evidenziare il fatto che questa decisione è stata fortemente influenzata dalla comunicazione pervenuta alla Corte il 13 settembre secondo cui la nave HMAS *Manoora*, su cui erano stati trasbordati i passeggeri della Tampa, era in procinto di arrivare quello stesso giorno a Nauru. La conferma della decisione di primo grado avrebbe infatti rimesso in discussione l'intesa raggiunta dal governo australiano con Nauru e la Nuova Zelanda la cui realizzazione materiale era già in corso».

⁸²¹ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 281.

⁸²² D. BACIS, *op. cit.*, p. 11.

⁸²³ Section 5(1), Migration Act.

⁸²⁴ Section 198A, Migration Act.

⁸²⁵ S. TAYLOR, *The Pacific Solution or a pacific nightmare?: The difference between burden shifting and responsibility sharing*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 6, 2005, p. 7: «After procuring the insertion of the “declared country” provisions into the Migration Act, the government was still faced with the task of finding countries willing to become declared countries. Unsuccessful approaches were made to Fiji, French Polynesia, Palau, Tonga, and Tuvalu throughout September and October 2001».

ospitare ulteriori individui⁸²⁶. Lo stesso accadde con riferimento alla Papua Nuova Guinea, con cui l'Australia firmò l'11 ottobre 2001 un Protocollo di intesa (MOU) in base al quale la Papua Nuova Guinea, oltre ad accettare di ospitare un gruppo di 225 richiedenti asilo, dichiarò di prendere in considerazione la possibilità di ospitare in seguito altri gruppi di richiedenti asilo. Nello stesso periodo, l'Australia e l'isola di Nauru pervennero alla stipula di un ulteriore e definitivo Protocollo di intesa, in sostituzione dei due precedenti accordi, in base al quale Nauru accettò di ospitare fino a 1.200 richiedenti asilo alla volta. Un ultimo passo verso l'esternalizzazione dei controlli di frontiera portò poi nel gennaio del 2002 alla conclusione di un ulteriore accordo con la Papua Nuova Guinea affinché questa potesse ospitare fino a 1.000 richiedenti asilo. Sulla base di tali accordi, Nauru e la Papua Nuova Guinea sono oggi definite “*declared countries*”.

La Pacific Solution ha continuato ad operare fino agli inizi del 2008, «quando il neo-eletto Governo di stampo laburista, ha optato per la sua sospensione. Si è, dunque, cessato di trasferire i migranti irregolari presso Centri di detenzione siti in Paesi terzi, optando invece per un Centro di detenzione temporanea sull'Isola di Natale, dove i richiedenti asilo avrebbero aspettato il completamento delle procedure per il riconoscimento del visto. L'esponenziale aumento del numero di sbarchi e il decesso, a causa di un tragico naufragio, di circa cinquanta richiedenti asilo ha spinto il Governo a ripristinare tale prassi. A seguito di un accordo raggiunto nel 2011, Australia e Malesia diedero vita alla c.d. *Malaysian Solution* consistente, in virtù del quale il Governo malese si sarebbe fatto carico di circa 800 richiedenti asilo, all'epoca trattenuti in custodia in Australia, e in cambio il Governo del Commonwealth avrebbe ricollocato sul proprio territorio circa quattromila individui il cui *status* di rifugiato era già stato accertato, includendo così la Malesia nell'elenco delle *declared countries*»⁸²⁷.

In realtà, l'impostazione così ideata, prima ancora che potesse essere concretamente realizzata, venne di fatto censurata dalla High Court, con la decisione relativa al caso Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship⁸²⁸.

In particolare, secondo l'opinione della Corte, affinché un dato Stato possa essere inserito dal Ministro per l'immigrazione nella lista delle c.d. *declared countries*, è necessario che questo rispetti alcuni requisiti considerati fondamentali, quali, ad esempio, la capacità di assicurare al richiedente asilo l'accesso a procedure volte all'esame della propria richiesta di protezione internazionale, oltre che garantire adeguata protezione nelle more del procedimento di determinazione dello *status* di rifugiato⁸²⁹.

⁸²⁶ S. TAYLOR, *op. cit.*, p. 7.

⁸²⁷ D. BACIS, *op. cit.*, p. 14.

⁸²⁸ Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship (2011), 244 CLR 144.

⁸²⁹ D. BACIS, *op. cit.*, p. 14.

Pertanto, in conformità all'impostazione data dalla Corte, l'inserimento della Malesia nella lista delle c.d. *declared countries* è da ritenersi invalida, non essendo autorizzata dalla *section* 198A del Migration Act, in considerazione del fatto che lo Stato in questione, oltre a non essere parte della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951, non ha adottato una normativa nazionale recante una specifica disciplina in materia, non accettando, quindi, il principio di *non-refoulement*⁸³⁰.

Incurante della sentenza citata, il Governo decise, in ogni caso, di «proseguire sulla via della restaurazione della Pacific Solution e, al fine di poterlo fare senza il timore di un'ulteriore censura da parte della Corte, ha “spinto” affinché il legislatore modificasse il Migration Act, in modo da consentire al Ministro un più ampio margine di manovra. Investito del potere di trasferire i richiedenti asilo in Paesi terzi, ora prescindendo dal loro aderire agli obblighi di diritto internazionale in materia di rifugiati, il Ministro per l'immigrazione ha rapidamente concluso nuovi accordi con la Repubblica di Nauru e con Papua Nuova Guinea per riprendere quanto interrotto agli inizi del 2008. In seguito, nel luglio del 2013 si registrò un ulteriore inasprimento del sistema in vigore, prevedendo – contrariamente a quanto avveniva nella prima fase della Pacific Solution – che le istanze di protezione dei richiedenti asilo, una volta ricollocati fuori dall'Australia, sarebbero state trattate ai sensi della legge rispettivamente di Nauru o Papua Nuova Guinea»⁸³¹. Al termine del procedimento, in caso di esito positivo, i richiedenti asilo sarebbero stati accolti dal Paese che aveva proceduto ad esaminare la richiesta e non più dall'Australia⁸³².

Con riferimento all'isola di Nauru⁸³³, considerata la repubblica più piccola del mondo con una superficie di 21 km² e una popolazione che raggiunge al massimo i 10.000 abitanti, quest'ultima si è dotata di una normativa in tema di protezione internazionale soltanto di recente, con l'adesione nel 2011 alla Convenzione di Ginevra del 1951⁸³⁴. Nonostante ciò, numerosi rapporti⁸³⁵ denunciano le condizioni di vita inumane cui sono costretti a vivere i richiedenti asilo

⁸³⁰ *Ibidem*.

⁸³¹ *Ibidem*.

⁸³² Sul punto, v. S. KEENAN, *The Blurring of Australian and Nauruan Jurisdiction*, in UK Constitutional Law Association, 9 aprile 2018, reperibile online su <https://ukconstitutionallaw.org/2018/04/09/sarah-keenan-the-blurring-of-australian-and-nauruan-jurisdiction/>: «Detainees have expressed confusion about who is responsible for their refugee determination process because Australian immigration officers were conducting the interviews, even though they had repeatedly been told it was a Nauruan process».

⁸³³ Per un'analisi puntuale circa la storia e l'evoluzione della Repubblica di Nauru, v. S. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 25 e ss.; v. anche S. KEENAN, *op. cit.*; in particolare, riprendendo, sul punto, le parole di quest'ultima: «When, in 2001, Australia approached several Pacific island states to host offshore detention centres for people who had travelled to Australia by boat to seek asylum, Nauru was the first to agree. In return, Australia promised Nauru significant increases in aid money and other assistance such as new sports facilities and scholarships for Nauruans to study in Australia. The agreement having been made, the Australian army constructed the refugee camp on mined out Nauruan land and shipped approximately 1000 people to be detained there, causing an overnight 10% increase in the island's population».

⁸³⁴ S. KEENAN, *op. cit.*

⁸³⁵ V. in particolare il rapporto annuale di Amnesty International sull'isola di Nauru del 2018, reperibile online su <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-annuale-2017-2018/asia-e-pacifico/nauru/>; v. anche UNHCR,

nell'isola di Nauru, cui peraltro è negato l'accesso a giornalisti ed organizzazioni umanitarie, motivo per il quale è piuttosto arduo reperibile informazioni puntuali al riguardo. Si segnala, a tal proposito, un rapporto diffuso da Amnesty International⁸³⁶, basato su ricerche ed interviste ad oltre cento persone site nell'isola di Nauru, il quale accusa duramente le politiche australiane in materia di controllo dell'immigrazione.

«A Nauru, il governo australiano gestisce una prigione a cielo aperto il cui scopo è di infliggere la sofferenza ritenuta necessaria per scoraggiare alcune delle persone più vulnerabili del mondo a cercare riparo in Australia»⁸³⁷. Queste sono le parole di Anna Neistat, direttrice delle ricerche di Amnesty International, «una delle poche persone che è riuscita a fare ingresso sull'isola, remota e impenetrabile, per svolgere ricerche sulle violazioni dei diritti umani». Si riporta, inoltre, il rapporto medico dell'associazione Medici Senza Frontiere⁸³⁸, il quale evidenzia come la sofferenza psicologica a Nauru «sia tra le più gravi che questa abbia mai osservato in tutto il mondo, anche considerando i progetti di assistenza per sopravvissuti alla tortura»⁸³⁹.

Per quanto concerne, infine, l'isola di Manus⁸⁴⁰, situata a nord della Papua Nuova Guinea, con una superficie di circa 2.100 km² e un numero di abitati che non raggiunge i 33.000, le considerazioni sono le medesime. A tal proposito, si segnala come dal 31 ottobre 2017, l'Australia abbia chiuso il primo centro di detenzione situato nell'isola di Manus, dove dal 2013 aveva inviato centinaia di individui nell'ambito della politica di “esternalizzazione della procedura”. Tuttavia, un rapporto di Amnesty International⁸⁴¹, basato anch'esso su interviste a cinquantacinque richiedenti asilo e rifugiati, ha evidenziato come le nuove strutture non abbiano risolto le criticità di tale sistema di protezione, ma lo aggravano, essendo più vicine alla città di Lorengau e prive delle minime infrastrutture protettive. Invero, oltre alle condizioni di vita inumane cui sono costretti a vivere i richiedenti asilo, si aggiunge anche il clima di ostilità degli abitati di Manus, i quali non di rado hanno aggredito diversi rifugiati ivi presenti⁸⁴².

In definitiva, da tali considerazioni emerge come la politica migratoria australiana si ponga, in tutta evidenza, in contrasto con il principio di non-refoulement di cui all'art. 33 della

UNHCR monitoring visit to the Republic of Nauru 7 to 9 October, del 23 novembre 2013, reperibile online su <https://www.unhcr.org/uk/58117b931.pdf>.

⁸³⁶ Rapporto reperibile online su <https://www.amnesty.it/australia-nauru-una-prigione-a-cielo-aperto-per-i-rifugiati/>.

⁸³⁷ Rapporto reperibile online <https://www.amnesty.it/australia-nauru-una-prigione-a-cielo-aperto-per-i-rifugiati/>.

⁸³⁸ Rapporto di Medici Senza Frontiere del 3 dicembre 2018, reperibile online su <https://www.medicisenzafrontiere.it/news-e-storie/news/nauru-disperazione-senza-fine/>

⁸³⁹ Rapporto di Medici Senza Frontiere, *op. cit.*

⁸⁴⁰ Per un'analisi puntuale circa la storia dell'isola di Manus, v. S. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 28 e ss.

⁸⁴¹ Amnesty International, *Punishment, not protection. Australia's Treatment of refugees and asylum seekers in Papua Nuova Guinea*, 2018, reperibile online su <https://d21zrvtkxt6ae.cloudfront.net/public/uploads/2018/01/31152327/ASA-34.7781.2018.pdf>.

⁸⁴² Diverse sono le testimonianze raccolte in tale rapporto di richiedenti asilo aggrediti da abitati di Manus. V. in particolare: Amnesty International, *Punishment, not protection. Australia's Treatment of refugees and asylum seekers in Papua Nuova Guinea*, p. 16.

Convenzione di Ginevra, impedendo ai richiedenti asilo la possibilità di vedersi esaminata la propria richiesta di protezione internazionale in territorio australiano, ed anzi respingendoli in territorio in cui il godimento dei propri diritti fondamentali risulta fortemente limitato.