



Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Diritto Internazionale

**Il ruolo dell'Italia e dell'Unione europea nella
gestione dell'immigrazione via mare: profili di
diritto internazionale.**

RELATORE

Prof. Roberto Virzo

CANDIDATO

Antonio Fucà

Matr: 069452

ANNO ACCADEMICO

2013/2014

INDICE

| | |
|--|----|
| <i>Premessa</i> | 4 |
| | |
| Parte Prima. Il regime giuridico internazionale | |
| | |
| 1. La nozione di rifugiato | 11 |
| 1.1. Prima e dopo la Convenzione di Ginevra del 1951 | 11 |
| 1.2. La distinzione tra rifugiati e profughi | 16 |
| 1.3. Le lacune della Convenzione: l'assenza di un regime giuridico relativo ai migranti economici | 18 |
| | |
| 2. Il diritto del mare e la disciplina dell'immigrazione irregolare via mare | 22 |
| 2.1. Un confine da attraversare | 22 |
| 2.2. Una tutela e un obbligo: diritto di passaggio inoffensivo e obbligo di portare soccorso | 23 |
| 2.3. La disciplina prevista nelle Convenzioni SAR e SOLAS | 28 |
| 2.4. Il principio di <i>non refoulement</i> | 34 |

Parte Seconda. L'applicazione pratica. Due casi esemplificativi.

1. Il caso della nave *Tampa* del 2001 41
2. La prassi dei respingimenti italiani in alto mare 49

Parte Terza. L'Europa delle frontiere esterne

1. La disciplina europea dell'immigrazione irregolare dopo Schengen 57
2. Il sistema Dublino 62
3. Il FRONTEX: l'ambito istituzionale e operativo 66

Bibliografia 72

Premessa

Il presente lavoro prende spunto dai recenti avvenimenti occorsi negli ultimi anni di storia dell'immigrazione. Sebbene infatti la letteratura in materia appaia immediatamente ampia e dibattuta, la vastità del fenomeno si erge ancora più impetuosa in tempi recenti, accompagnata da un'altrettanta inquietante impressione di impotenza nella capacità di arginarlo. Ma a volte la problematica giace nel comunemente accettato e la volontà, nonché il necessario bisogno, di porre dei limiti ad un fenomeno internazionalmente debordante, potrebbe nascondere inavvertite le basi oscure del problema. E quindi spesso il proliferare di strumenti di risoluzione della problematica, ignora la problematica, e il bisogno di fornire risposte efficaci resta muto sotto i colpi del non detto.

Cosa è dunque che non si dice, o meglio, che viene detto di parola in parola, senza poi unirle insieme con lo stesso filo? I dati dell'immigrazione in Europa per i primi quattro mesi del 2014 trasmettono un ragionevole allarme, apparendo ben paragonabili a quelli del 2011, quando il nord Africa veniva scosso dalle rivoluzioni socio-politiche che causarono uno stato di insicurezza tale da comportare un esodo che secondo i dati dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM)¹, spinse circa 26000 persone dalla sola Libia a prendere la via del mare per dirigersi verso le coste dell'Italia meridionale nel corso del 2011. Ad ogni modo una percentuale esigua (3,4%), se paragonata alla massa di 796915 persone costrette ad abbandonare quel paese dirigendosi verso gli stati limitrofi. Adesso, i numeri forniti dall'*Annual Risk Analysis* operata dal FRONTEX in data 14 maggio 2014, non appaiano più

¹ *International Organization for Migration - Department of Operations and Emergencies (2012), Humanitarian Response to the Libyan Crisis. February-December 2011 Report, Geneva CH.*

rassicuranti: gli immigrati clandestini rilevati sul suolo europeo nei soli primi quattro mesi del 2014 ammontano a 26650, registrando un aumento dell'823% rispetto al dato del 2013 (2780 rilevamenti)². D'altronde già nel 2013 gli ingressi illegali in Sicilia avevano già registrato un aumento del 288% rispetto allo stesso dato del 2012. Possiamo concludere la noiosa ma pur sempre significativa rassegna dei numeri, con la stima degli arrivi redatta dal Viminale, che prevede per l'intero anno corrente dai 60000 agli 80000 arrivi totali.

La situazione è evidentemente molto difficile da sostenere, specialmente laddove si formulino le necessarie considerazioni che vedono l'Italia sostenere il peso maggiore riguardo le operazioni di ricerca e salvataggio in mare. L'operazione "Mare Nostrum" parte ufficialmente il 18 ottobre 2013, neanche due settimane dopo la tragedia di Lampedusa che causò largo sconcerto in larga parte dell'opinione pubblica italiana e internazionale. Secondo i dati forniti dal sito della Marina Militare Italiana, l'operazione si propone due obiettivi fondamentali: la salvaguardia della vita in mare attraverso vaste operazioni di salvataggio e di primo soccorso, e il contrasto all'immigrazione clandestina, specialmente per quanto riguarda coloro che lucrano su tale attività. Le unità navali e aeree impiegate sono infatti ingenti³.

L'operazione si è dimostrata un elemento essenziale di contrasto all'emergenza umanitaria che vede il susseguirsi di continui naufragi, aggravati da numerosissimi morti e dispersi nel Mar Mediterraneo, in particolar modo nel Canale di Sicilia. Queste operazioni hanno naturalmente un costo sostenuto dal paese e dai suoi cittadini, un costo che oltre che morale e di continua responsabilità per qualsiasi eventuale illecito perpetrato nel corso delle dette operazioni, si

² Cfr. "Immigrazione, Frontex: nei primi 4 mesi del 2014 + 823% di arrivi", 14 maggio 2014, su www.repubblica.it.

³ Per dare un'idea della vastità dell'operazione la sola Marina Militare ha messo a disposizione 920 militari, a bordo di navi anfibe, fregate, pattugliatori ed elicotteri pesanti. Apportano aiuti importanti anche la Guardia di Finanza e la Capitaneria di Porto.

configura come più banalmente economico⁴. Confrontando questi dati, con quelli precedentemente espressi riguardanti gli spettacolari numeri dell'immigrazione clandestina in Italia, quindi in Europa, potremmo facilmente notare non solo come queste operazioni diventino sempre meno sostenibili all'aumentare delle cause di emigrazione nei paesi di provenienza dei flussi, ma anche come appaiano solo un tampone inadeguato ad una ferita grave che continua a sanguinare.

La politica ad oggi seguita da un'Italia che comincia a protestare per gli eccessivi costi sostenuti in relazione agli altri paesi europei, e da un Unione, che si affanna spesso a giustificare la scarsa efficacia con cui fino ad oggi ha approcciato il problema, non appare effettivamente adeguata all'implacabile endemicità del fenomeno. Per quanto le attività di pacificazione nelle zone ad alto coefficiente di conflittualità intraprese spesso dalle organizzazioni internazionali siano certamente le benvenute e rappresentino un'attività fondamentale da svolgere nell'ordine della difesa e del mantenimento della pace internazionale, da tali operazioni non può pretendersi né un effetto immediato, né necessariamente duraturo. A circa tre anni di distanza dalle celebratissime rivoluzioni arabe infatti, non si può dire che il quadro politico di tali paesi sia tanto stabile da giustificare una maggiore volontà dei loro cittadini a permanere sul territorio nazionale. La vittoria dell'islamismo politico nella maggior parte dei casi (in special modo in Egitto e Tunisia) e il successo dei nuovi regimi instauratisi nei paesi post-rivoluzionari, ha certamente significato una prima convergenza verso una democrazia formale, ma non deve aver fornito sufficienti incentivi alle popolazioni locali a rinunciare alla fuga da una situazione socio-politica che

⁴ E' stato stimato che una tale operazione possa costare fino a oltre 10 milioni di euro al mese all'Italia, un costo cospicuo, specialmente se paragonato alla somma stanziata dal FRONTEX per le operazioni Aeneas e Hermes condotte nei i cinque mesi immediatamente precedenti all'inizio dell'operazione italiana (7,1 milioni in totale). Cfr. *GIANLUCA GAJANI*, "L'operazione Mare Nostrum costerà 10 milioni di euro al mese", *Sole24ore* del 15 ottobre 2013

rimane necessariamente instabile. Anche ignorando la circostanza per la quale gli interventi di Nato e Stati Uniti abbiano ricevuto in taluni casi⁵ aspre critiche circa obiettivi e *modus operandi*, sta di fatto che anche circa i soli obiettivi di pacificazione e stabilità non si siano rivelati così efficaci.

Non è possibile, né si vuole in questa sede, entrare nel merito di operazioni internazionali di tal genere. Ci si limita a prendere atto della chiara e spesso giustificabile difficoltà di arginare il fenomeno dei flussi massicci agendo direttamente alla fonte: per quanto non sia legittimo pensare che l'impegno in tali aspetti di prevenzione possa scemare per via di alcuni insuccessi, sarebbe altrettanto ingenuo proporre un cieco affidamento su di essi. Risulta persino banale nella sua evidenza la notazione che nessuno Stato o organizzazione internazionale, per quanto potente, possa tenere sotto controllo intere aree geo-politiche. Tanto è confermato dalla circostanza che, volendo pur ammettere un miglioramento tale in nord Africa da limitare il fenomeno dei migranti internazionali, altri avvenimenti sono presto intervenuti a rigettare la situazione nel caos degli esodi di massa. Difatti, non solo il riacceso conflitto arabo-israeliano ha spinto molti cittadini dei rispettivi paesi ad abbandonare quei territori incrementando così di per sé il numero degli arrivi, ma, come ulteriore effetto collaterale, ha anche cancellato dalla lista delle destinazioni dei migranti africani una discreta lista di mete possibili.

La reazione ad una situazione del genere pertanto, più che prevedere ingenti dispiegamenti di forze militari, che siano nel nostro caso prettamente italiane o che coinvolgano anche un coordinamento europeo, dovrebbe concentrarsi su di una adeguata condivisione degli oneri derivanti da una situazione che non sembra poter essere limitata o combattuta con l'ausilio di

⁵ Nel caso dell'intervento di queste forze in Libia si parlò ironicamente di "bombardamenti umanitari" in aiuto dei ribelli nella loro missione di liberazione nazionale. Altrettante critiche ricevettero gli interventi in Siria di potenze europee e internazionali come Stati Uniti, Turchia e Israele attraverso comitati armati di liberazione infiltrati sotto il comando di tali paesi che avrebbero solo contribuito a gettare il paese nel caos. Per un approfondimento in materia si veda *SAMIR AMIN, Reserches Internationales*, n°94, febbraio/marzo 2013.

nessun esercito. Mentre queste attività, come sostenuto precedentemente, sono assolutamente indispensabili per adempiere ai giusti obblighi di salvaguardia della vita in mare (ed in questo senso un'operazione non solamente italiana, ma coordinata a livello europeo dal FRONTEX sarebbe auspicabile), gli obiettivi di limitare gli ingressi illegali nel paese appaiono contro intuitivamente deleteri, sia nella prassi, che nella logica teorica. Vedremo infatti come la necessità di respingere più migranti possibili abbia dato storicamente vita ad operazioni ben discutibili dal punto di vista sia del diritto internazionale, sia di quello europeo, sia che si trattasse di operazioni italiane che più largamente europee⁶.

Questo modo di operare in situazioni di massicci flussi di migranti irregolari, tradisce trasparentemente i difetti di un sistema che scarsamente garantisce la tutela della categoria dei rifugiati consacrata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, nonché da altri importanti strumenti di diritto, quale la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Il sistema di Dublino, di cui si parlerà più approfonditamente in corso d'opera⁷, benché più volte modificato, impone ancora allo Stato che accoglie il migrante irregolare la responsabilità unica di iniziare le procedure volte al riconoscimento dello status di rifugiato. Ma una volta che il migrante abbia ottenuto la protezione internazionale, egli non viene equipaggiato della facoltà di cercare lavoro in un altro paese dell'Unione Europea, di conseguenza è costretto a permanere nel paese di primo approdo. Analizzando più nel dettaglio questo sistema nel proseguo, adesso possiamo comunque notare come un paese che per ragioni geografiche sia più

⁶ Ci si riferisce alle prassi dei tristemente celebri respingimenti in mare italiani principati nel maggio 2009 approfittando di un trattato bilaterale con la Libia, che avrebbe dovuto ergersi a fondamento giuridico di una sistematica violazione dei diritti umani perpetrata nei confronti di qualsiasi tipologia di migrante (cfr. parte II, cap.2). Ma possiamo anche fare riferimento alle non meno problematiche operazioni congiunte realizzate dal FRONTEX, denominate HERA II e HERA III, anch'esse basate su un programma di interdizione navale giustificato da misteriosi accordi fra stati che in questo caso risultarono persino difficilmente rintracciabili (cfr. parte III, cap. 3).

⁷ Cfr. Parte III, cap. 2.

coinvolto nel fenomeno di altri, lo debba per questo motivo subire di più. Non solo. La reazione conseguente è quella di respingere quante più persone possibili al fine di evitare di doversi prendere carico di una quantità irragionevole di migranti, arrivando ad utilizzare mezzi spesso discutibili, a volte del tutto illeciti.

Da queste considerazioni deriva la domanda fondamentale che spinge l'intero lavoro: quale tipo di protezione viene attualmente garantita ai migranti irregolari che varcano la soglia di un altro Stato, e soprattutto, in che misura si può pensare di implementare questo tipo di protezione? La sola tutela garantita dall'articolo 33 della convenzione di Ginevra⁸, benché rappresenti il mezzo maggiormente riconosciuto e utilizzato, appare infatti sempre più ristretta e inadeguata a garantire ai migranti una giusta protezione internazionale. Come vedremo, secondo la convenzione, la sola categoria meritevole di ottenere asilo e protezione è infatti quella del rifugiato, ossia una persona che possa dimostrare un ben fondato timore di subire persecuzioni sistematiche una volta che facesse ritorno in patria. È una condizione senz'altro molto stringente, a volte persino difficile da dimostrare, a meno di non appartenere ad una ben specifica categoria di persone (per razza, per sesso, per credo politico, ecc.) che in un determinato paese venga manifestamente discriminata e perseguita irragionevolmente e con violenza. In tutti gli altri casi, il migrante non ha alcuna garanzia di ricevere tutela, e potrebbe legittimamente essere respinto o espulso in un paese dove la sua vita non riceve alcuna tutela effettiva (a meno di non ottenere dei visti umanitari momentanei per le categorie non espressamente tutelate ma di cui si riconosca l'effettiva necessità di permanere lontano dal paese di partenza).

⁸ Cfr. Parte I, cap. 1, par. 1.1.

Una tutela fondamentale e importante dunque, ma debole, o che quantomeno potrebbe sicuramente essere più forte ed estesa. Si inizierà dunque dando un'idea generale dello stato del diritto internazionale in materia, al fine di meglio identificare gli strumenti e le modalità con le quali gli Stati hanno approcciato fin oggi questa spigoloso stato di cose, in relazione alle disposizioni redatte in ambito del diritto internazionale del mare.

Parte Prima

Il regime giuridico internazionale

1. La nozione di rifugiato

1.1 Prima e dopo la Convenzione di Ginevra del 1951

Prima degli accordi di Ginevra del 1951 non esisteva una vera e propria definizione generale di rifugiato. Questo particolare tipo di fattispecie giuridica cominciò ad essere presa in considerazione per la prima volta nel 1922, quando venne concesso ai numerosi cittadini in fuga dal neonato regime sovietico di viaggiare senza impedimenti fra i paesi firmatari dell'accordo, senza incorrere in respingimenti ed espulsioni. Questo speciale tipo di passaporto venne chiamato Passaporto Nansen, dal nome del suo ideatore, il primo Alto commissario per i rifugiati. Questa prima soluzione risultò di ispirazione per altre future convenzioni in materia, come quella realizzata soli due anni più tardi per la tutela dei rifugiati turchi e armeni in fuga dalla Turchia in seguito al discioglimento dell'Impero ottomano⁹. I due accordi risultano accomunati da una simile nozione di rifugiato, che si basa sulla nozione prettamente territoriale del termine¹⁰ e che, conseguentemente, garantisce la necessaria protezione solamente ad una

⁹ Entrambi i suddetti accordi vennero emendati dal successivo *Arrangement Relating to the Issue of Identity Certificate to Russian and Armenian Refugees* che fornì le esatte definizioni di “rifugiato russo” (“Any person of Russian origin who does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Government of the USSR and who has not acquired any other nationality”) e di “rifugiato armeno” (“Any person of Armenian origin, formerly a subject of the Ottoman Empire, who does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired any other nationality”); cfr. A. GRAHL-MADSEN, *The status of Refugees in International Law*, vol.1, Leiden, 1966, p.123-125.

¹⁰ J. VAN SELM-THORBURN, *Refugee Protection in Europe, Lessons of the Yugoslav Crisis*, The Hague, 1998, p.23.

categoria di soggetti ben identificati territorialmente (rispettivamente i cittadini russi, e i cittadini turchi e armeni). Si è ancora ben lontani da una difesa universale dei diritti del rifugiato. Dopo la dimensione territoriale, nel 1938 si ritenne opportuno introdurre poi anche quella politica in funzione della tutela dei migranti in fuga da un paese¹¹, una protezione che, diversamente dalle precedenti, pone in particolare risalto i motivi che hanno determinato la fuga dei soggetti in questione, ma che, viceversa, non configura ancora un carattere prettamente individuale della protezione.

Fu la celebre Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (DUDU) a determinare questo fondamentale balzo in avanti, secondo quanto stabilito dall' art. 14¹². Ognuno è dunque fornito del diritto di cercare asilo, indipendentemente dalla sua appartenenza territoriale, politica, o dalle motivazioni che lo hanno spinto ad abbandonare il suo paese. Ma, dall'altra parte, non risulta alcun obbligo di concessione di tale particolare *status* da parte dello Stato che riceva la richiesta. Difatti concedere asilo e rifugio ad un migrante internazionale rimane pur sempre un atto di grazia da parte dello Stato in questione, che possiede il più pieno potere sul suo territorio, quindi la facoltà di determinare la sua particolare politica di immigrazione, la quantità di migranti ammessi e le modalità di concessione della protezione. Ogni Stato ne possiede legittimamente di diverse, anche all'interno dell'Unione Europea, la quale, nonostante gli sforzi in materia, non è ancora riuscita a sviluppare una politica migratoria comune.

¹¹ Nello specifico ci si riferisce alla *Convention concerning the status of refugees coming from Germany* che implementò la tutela della categoria del rifugiato prevedendo una protezione non più così strettamente legata ad un ben preciso gruppo di persone geograficamente definito, ma, comprendendo: "tout individu qui en raison d'évènements politiques survenus sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant, a quitté volontairement ou non ce territoire ou en demeure éloigné, qui n'a aucune nationalité nouvelle et ne jouit de la protection diplomatique d'aucune autre Etat". Questa è la definizione che due anni prima, nel 1936, formulò l'*Istitut de droit international* all'interno delle risoluzioni relative allo *Statut Juridique des apatrides et des réfugiés* all'art.2. Essa venne poi ripresa dalla convenzione relativa allo *status* dei rifugiati provenienti dalla Germania).

¹² Art 14 DUDU: "(1) Everyone has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations".

Vedremo come questa circostanza si sia rivelata particolarmente dannosa, e sicuramente uno dei motivi che impediscono oggi quella condivisione degli oneri migratori all'interno dell'UE.

Secondo concetto fondamentale introdotto dalla disposizione in questione è senza dubbio quello di persecuzione¹³, dalla quale il migrante ha il diritto di fuggire, nel tentativo di espletare a pieno il suo diritto a vivere una vita felice e dignitosa. Facile ricavare la fondamentale importanza della nuova fattispecie. Quel timore, il timore della persecuzione, legato assieme ad un radicata e ben fondata convinzione di poter subire discriminazioni e violenze per via della propria razza, religione, nazionalità o appartenenza ad uno specifico gruppo sociale o d'opinione, verrà inserito nelle più profonde fondamenta della protezione internazionale della categoria del rifugiato.

Fu, la Convenzione di Ginevra del 1951 a formalizzare pienamente questa tipologia di protezione, in primissimo luogo attraverso le ben precise parole con cui l'art.1, par.A(2) definisce le fondamentali caratteristiche del rifugiato¹⁴.

La convenzione rappresenta la tappa fondamentale nella storia del riconoscimento dello *status* di rifugiato, tanto importante che nessuno fino ad oggi ha sentito la necessità di modificarla nel suo elemento definitorio fondamentale, ossia quel "ben fondato timore di essere perseguitati" che distinguerebbe il migrante meritevole di ricevere protezione, da quello che tutt'al più può

¹³ Tale concetto apparve per la prima volta in uno strumento giuridico nel 1946, ossia nel Statuto dell'Organizzazione internazionale per i rifugiati (*International Refugee Organization*), dove per la prima volta fu posto in rilevanza l'elemento soggettivo del fondato timore di essere perseguitati, confermando e ribadendo la non rilevanza dell'elemento collettivo del fenomeno dei rifugiati. Cfr. *SAGA KHAN, Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Person*, Recueil des cours, 1976, vol. 1, p.296.

¹⁴ Art. 1, par. A(2): "For the purposes of the present Convention, the term "refugee" shall apply to any person who: 2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to *well-founded fear of being persecuted for reason of race, religion, nationality, membership of a particular social group or opinion*, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, in unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it" (corsivi aggiunti).

sperare di non essere respinto in un paese dove correrebbe il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti al di là del contesto persecutivo in cui essi avverrebbero¹⁵. Tale definizione, figlia del suo tempo¹⁶, venne aspramente criticata per due ragioni fondamentali: l'evidente limite temporale, e quello spaziale.

Non solo la convenzione si presentava come strettamente "eurocentrica"¹⁷ in quanto si estendeva solamente agli stati della sola Europa, riservandosi l'opportunità solo discrezionale di estenderne l'applicazione a migranti provenienti da paesi extra-comunitari, ma la definizione che ne risultava poteva applicarsi soltanto limitatamente ad un ben determinato periodo di tempo. Come si legge nel testo convenzionale infatti, la nozione descritta concerneva solamente quelle persone che rientravano nella definizione di rifugiato a causa di eventi avvenuti prima del 1 gennaio 1951. La problematicità di queste restrizioni manifestò presto la loro inadeguatezza nel garantire una ragionevole protezione internazionale¹⁸.

¹⁵ Questa più ampia tipologia di tutela, simile per certi versi a quella garantita dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, viene garantita in ambito europeo dall'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti e delle libertà fondamentali. Cfr. Parte 2, cap. 2.

¹⁶ Come fa giustamente notare Seline Trevisanut, uno strumento simile rispondeva verosimilmente "ad una volontà politica degli stati cosiddetti occidentali di poter garantire protezione agli oppositori di regimi comunisti dell'est Europa e dell'Asia. (...) Il rifugiato rappresentava allora un interesse strategico e molti paesi occidentali adottarono in quegli anni delle legislazioni in favore dell'accoglienza che prevedevano dei requisiti di concessione dello status molto flessibili (...)". Cfr. *SELINE TREVISANUT, Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p.8

¹⁷ Cfr. *J.VAN SELM-THORBURN, Refugee Protection cit.*, p.29 e s.; *J.C.HATHAWAY, A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, Harvard ILJ, 1990, p. 151-157; *G.LOESCHER, The UNHCR and World Politics, A Perilous Path*, Oxford, 2002, p.44 e s.

¹⁸ E' il caso del massiccio afflusso di rifugiati ungheresi seguito alla fallita rivoluzione intentata dal comunista riformista Nagy nel 1956 (quindi inadeguati a veder riconosciuto il loro *status* di rifugiato a causa dell'erronea tempistica con cui avevano scelto di essere perseguitati), quindi delle decolonizzazioni africane degli anni '60 e dell'ascesa di diversi regimi autoritari in America Latina, che crearono grandi masse di migranti extra europei, di conseguenza non rientranti nel sistema di Ginevra.

Si sentì presto dunque la necessità di adeguare la Convenzione ai crescenti obblighi di accoglienza. Il protocollo del 1967¹⁹ venne adottato proprio al fine di eliminare le suddette restrizioni. Fu quindi operata un'estensione temporale e territoriale della nozione già in uso, non una sua modifica sostanziale. Ulteriore passo in avanti questo, che avrebbe d'altra parte fatto sperare in un ulteriore adeguamento nel tempo di una definizione nata troppo stretta e di cui un'estensione concettuale ad una categoria più ampia di rifugiati sarebbe stata auspicabile. Ciò non solo non avvenne ma, in seguito al crollo del muro di Berlino e alla fine della Guerra Fredda, le politiche migratorie degli stati d'occidente divennero molto più restrittive, essendo fondamentalmente venuto meno il movente politico di dimostrare l'inadeguatezza delle gestioni sovietiche agevolando la fuga di migranti da quei paesi²⁰. A rendere la situazione più complessa, la mancanza di una definizione generalmente accettata di "persecuzione", come abbiamo visto l'unico vero discriminante della definizione di Ginevra²¹, che si mescola con una certa ambiguità per quanto riguarda tipologie diverse di gravi violazioni.

Difatti l'ordine sistematico delle violenze subite, escluderebbe dall'ambito di applicazione della Convenzione quei soggetti che abbiano ricevuto un grave pregiudizio ai loro diritti fondamentali per motivi altri dall'appartenenza ad un determinato gruppo: l'individuazione della nozione di persecuzione rispetto a razza, religione, nazionalità, opinione politica e

¹⁹ *Protocol Relating to the Status of Refugees*, 606 UNTS, p. 267 e s.

²⁰ Cfr. SELINE TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p.8.

²¹ L'unica più esplicita indicazione in materia può essere ricavata dal Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato (UNHCR, *Handbook on Procedure and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee*, Ginevra, 1992; reperibile anche sul sito ufficiale dell'UNHCR: www.unhcr.org), edito dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, che al par.51 suggerisce questa interpretazione: "There is no universally accepted definition of persecution, and various attempts to formulate such a definition have met with little success. From Article 33 of 1951 Convention, it may be inferred that a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion or membership of particular social group is always persecution. Other serious violations of human rights – for the same reason – would also constitute persecution".

appartenenza ad una specifica classe sociale, altro non fa che riproporre, in un'ottica certamente più estesa delle precedenti, una tutela per gruppi e categorie. Si verifica in tal modo la contingenza per la quale se due migranti provenienti da un paese "X" abbandonassero entrambi il loro paese d'origine a causa di pari violenze subite, rimessi al giudizio dello Stato ospitante, potrebbero ottenere due risultati diametralmente opposti in ordine alla loro diversa appartenenza: il migrante "a", tesserato di un determinato partito politico di fede democratica, soggetto a continue violenze da parte di truppe reazionarie comandate da un governo dispotico, otterrebbe facilmente lo *status* di rifugiato in relazione alla tutela garantita dalla Convenzione; il migrante "b", coinvolto in qualità di semplice commerciante nelle medesime violenze sistemiche perpetrate dall'esercito di quel paese, ma non appartenente ad un partito avverso al governo, né ad una razza palesemente perseguitata, né ad una qualsiasi ben definibile categoria o gruppo sociale, verrebbe probabilmente rispedito indietro, a meno di non spacciarsi per appartenente ad una categoria non più minacciata, ma più tutelata: ad esempio divenendo improvvisamente un fervente democratico.

1.2. La distinzione tra rifugiati e profughi

Questo particolare stato di cose ha avuto una conseguenza fondamentale, ossia la biforcazione della categoria base del migrante in due grandi rami: il rifugiato, di cui la definizione ci è ormai ben chiara, e il profugo, che non gode della medesima protezione accordata alla prima categoria. Questa categoria di migranti, prevista inizialmente dallo statuto dell'IRO²² del 1946, non venne poi inserita nella Convenzione del '51, di conseguenza l'UNHCR venne lasciata libera di disinteressarsene. Il profugo, come abbiamo avuto modo di intendere, non è altro che

²² *International Refugee Organization*, creata dalla neonata ONU al fine di gestire i flussi migratori in Europa alla fine della Seconda guerra mondiale.

un rifugiato che non può però dimostrare alcun tipo di persecuzione. La sua migrazione è quindi derivata da eventi gravi occorsi nel suo paese d'origine, come ad esempio il cambiamento violento del regime al governo, lo scoppio di un conflitto armato interno o internazionale o la presenza di forze ribelli e violente sul territorio. Tutte circostanze che pregiudicano gravemente la qualità della vita del cittadino e della sua famiglia.

Ignorare in tal modo la tutela di una categoria di migranti, rappresenta una lacuna tanto grande quanto il disagio di interi popoli in fuga dal loro paese. Una simile mancanza di protezione non tardò ad essere percepita, tanto da fornire l'incentivo fondamentale alla creazione di una nuova definizione di rifugiato approntata dalla Convenzione dell'Organizzazione dell'unità africana nel 1969, in risposta alla forte problematica derivante in Africa dalle decolonizzazioni degli anni '60. Una tale definizione²³, si disse, rispose alle particolari esigenze della situazione africana in quel periodo. Questo è senz'altro vero. Non altrettanto corretto è il derivare da questa notazione l'inutilità di un'estensione di tale garanzia che sia contenuta in uno strumento dal valore universale, non solamente regionale. Ed in effetti, non solo l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riconobbe dapprima nel 1972 con risoluzione 2958 (XXVII) la categoria dei profughi sudanesi, ma tre anni più tardi si espresse in termini più generali²⁴, affermando l'effettiva responsabilità dell'UNHCR di una protezione minima per quelle persone che, pur non rientrando nella definizione convenzionale di rifugiato, si dimostrino comunque vittime di

²³ L'art.1 par.2 della Convenzione OUA dispone che: "The term "Refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination, or events seriously disturbing public order in either part of the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality".

²⁴ UNGA ris. 3454 (XXX), 10 dicembre 1975, *Humanitarian Assistance to the Indo-Chinese displaced persons*.

eventi causati dall'uomo e di cui essi non sono responsabili²⁵. Sarebbe pertanto auspicabile una estensione della nozione di rifugiato in ambito internazionale²⁶, considerati per altro la debolezza e la formalità dimostrata da questo tipo di protezione in molte occasioni²⁷.

1.3. Le lacune della Convenzione: l'assenza di un regime giuridico relativo ai migranti

economici

Nessuna forma di tutela è prevista per i cosiddetti migranti economici, terza ed ultima categoria fondamentale di migrante. Essi non rientrano in nessun regime giuridico specifico, non ponendosi d'altro canto l'emergenza di una regolazione in tal senso. Sarebbe difficile pensare di garantire una forma di tutela obbligatoria a migranti che giustificano il loro ingresso irregolare semplicemente con la ricerca di un lavoro migliore, quindi migliori condizioni economiche.

²⁵ Nel preambolo della risoluzione si afferma infatti "the eminently humanitarian character of the activities of the High Commissioner for the benefit of refugees and displaced persons". Inoltre, per la prima volta la categoria delle "displaced persons" viene definita universalmente ed esplicitamente come comprendente le 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" (S.AGA KHAN, *Legal Problems* cit., p.342.)

²⁶ Di sicuro interesse al riguardo, la Dichiarazione di Cartagena elaborata nel 1984 da rappresentanti di governo e intellettuali messicani e panamensi sull'esempio della Convenzione OUA del 1969. La definizione elaborata da questo strumento, quantunque non vincolante, venne applicata dalla maggioranza degli stati centro e sud-americani aderenti alla convenzione ONU del 1951, ed in taluni casi persino adottata nelle rispettive legislazioni nazionali. La Dichiarazione pone fondamentalmente condizioni simili alla Convenzione OUA per accedere allo status di rifugiato, quindi: "there exist a threat to life, security, or liberty; and that the threat results from one of five factors: generalized violence; foreign aggression; international conflicts; massive violations of human rights; or circumstances seriously disturbing public order". Cfr. E.ARBOLLEDA, *The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OUA Convention – A comparative Perspective*, IJ Refugee L, *Special Issue*, 1995, p. 93.

²⁷ Durante la guerra civile in ex-Jugoslavia (1991-1995), enormi numeri di cittadini bosniaci si riversarono verso i paesi più vicini cercando rifugio dalle efferate manovre di pulizia etnica messe in atto dal governo serbo. Senonché, molti paesi, in special modo europei, si rifiutarono di riconoscere lo status di rifugiato a queste persone.

Tuttavia non si può neanche pensare che questa categoria di persone non posseda un diritto di emigrare. Tale libertà è infatti riconosciuta singolarmente ad ogni cittadino del mondo dall'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani²⁸, nonché da numerosi altri strumenti di diritto internazionale ed europeo²⁹. Ognuno possiede quindi il diritto di lasciare ogni paese, incluso quello di origine. Non tutti hanno d'altro canto il diritto di essere ammessi in un paese che non sia il proprio. Nessuno degli strumenti in questione configura infatti un diritto soggettivo del migrante di ottenere l'accesso nel paese in cui lo richiede. La sovranità in materia rimane saldamente nelle mani dello Stato, che ha la piena libertà di riservarsi la decisione finale. Questo pur nei limiti del principio di non respingimento, che rimane il principio più vicino ad un potenziale diritto d'ingresso per le medesime categorie di migranti tutelate dalla definizione di rifugiato fornita dalla Convenzione di Ginevra.

Ad ogni modo il diritto di emigrare, come configurato dall'art. 12 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici³⁰, rimane garantito nell'ottica della regolarità della presenza del migrante in uno stato straniero. Se il migrante ha avuto accesso clandestinamente allo stato in questione, non potrà godere della libertà di movimento e stabilimento garantiti dal Patto. Ritorniamo così in realtà al punto di partenza. Difatti un diritto di emigrare regolarmente in un paese straniero, non può essere di grande aiuto in quel tipo di immigrazione che avviene su

²⁸ L'art 13 della DUDU recita: "(1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. (2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country".

²⁹ Si veda l'art. 12 del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 8 della Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei migranti lavoratori e dei membri della loro famiglia, l'art.5 della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione, l'art. 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 3 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1963, infine l'art. 22 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969. Il diritto di emigrare è previsto anche in materia di protezione dei rifugiati: si veda l'art. 26 della Convenzione di Ginevra del 1951 e l'art. 2(6) della Convenzione OUA del 1969.

³⁰ L'art. 12 del Patto sui diritti civili e politici dice: "everyone *lawfully* within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence" (corsivo aggiunto).

grandi barconi mal fermi sul mare, carichi di migranti che non sembrano avere esattamente il volto della regolarità. A tal fine, rimasta salda la tutela dei diritti umani fondamentali del migrante economico irregolare³¹, nel 1990 si cercò, attraverso la *International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families*, di garantire la protezione di tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* irregolare nel paese in cui svolgevano la loro attività lavorativa.

Non dovrebbe esservi stupore nell'osservare la reticenza mostrata da parte dei paesi destinatari dei maggiori flussi migratori a ratificare una siffatta convenzione. Benché questa prevedesse un programma di consultazione e cooperazione fra Stati al fine di prevenire ed eliminare l'immigrazione irregolare (tramite tra l'altro l'adozione nei propri regolamenti interni di sanzioni nei confronti dei trafficanti e datori di lavoro che sfruttano questo tipo di immigrazione a scopo di lucro personale), si temeva che una maggiore tutela di migranti che non fossero strettamente identificabili come rifugiati, potesse ottenere un incremento del fenomeno anziché una sua diminuzione. Non si vede come un paese come l'Italia, che soltanto qualche anno dopo avrebbe inaugurato il suo primo programma di interdizione navale attraverso un accordo bilaterale con l'Albania³² (nelle sue caratteristiche fondamentali molto simile a quello con la Libia che verrà approfondito nel proseguo del lavoro), mettendo già allora in atto la discutibile prassi dei respingimenti forzati in paesi dove i possibili richiedenti asilo avrebbero potuto subire un serio pregiudizio alla loro vita o libertà in ragione di qualsiasi

³¹ Ci si riferisce al diritto alla vita, al diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, al diritto alla vita familiare.

³² Il programma fu istituito con lo "Scambio di lettere relativo alla cooperazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico dei due Paesi e l'immediato aiuto umanitario, quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania" firmato a Roma il 25 marzo 1997.

tipo di persecuzione, avrebbe potuto acconsentire ad allargare la sua tutela ad una categoria così vasta di migranti, quando era già così preoccupata di evitare che una categoria molto più ristretta ed elitaria, come quella dei rifugiati, riuscisse ad ottenere la protezione dovuta.

Si riuscì comunque nel 2005, attraverso il rapporto della *Global Commission of International Migration (GCIM)*, ad iniziativa del Segretario Generale delle Nazioni Unite, a tracciare un linea ferma di diritti fondamentali che devono essere garantiti da ciascuno stato membro a qualsiasi migrante³³, a qualsiasi categoria egli appartenga. Si tratta di diritti assolutamente importanti, tanto importanti da risultare basilari. E dei diritti basilari, non possono che configurare una protezione, seppur importante, altrettanto minima.

Attraverso i differenti tipi di protezione garantita a differenti tipi di migranti, ci si è resi conto di quanto travagliata sia dimostrata storicamente la concessione di un diritto d'asilo realmente effettivo e che riesca a tutelare tutte quelle persone che ne abbiano realmente bisogno. L'unica categoria riuscita ad ottenere un alto standard di protezione è quindi quella dei rifugiati, a cui si applica sia il diritto di chiedere asilo che il principio di *non refoulement*. Principi pur fondamentali, che non sempre gli stati applicano con il massimo rigore. Ci si chiede pertanto, se in più di un'occasione i diritti di una categoria tanto tutelata come quella dei rifugiati non sono stati rispettati, che probabilità hanno le altre categorie, come profughi, e ancor meno migranti economici, di ricevere una qualche forma di protezione efficace? E ci si chiede, per quale motivo fondamentalmente si riscontra una tutela che si preoccupa di essere tanto ristretta e precisa nell'individuare certe categorie di persone, escludendone arbitrariamente altre? Per

³³ La GCIM afferma che: "24. States must protect the rights of migrants by strengthening the normative human rights framework affecting international migrants and by ensuring that its provisions are applied in a non-discriminatory manner. 25. All states must ensure that the principle of state responsibility to protect those on their territory is put into practice, so as to reduce the pressures that induce people to migrate, protect migrants who are in transit and safeguard the human rights of those in destination countries".

trovare risposta a questi e altri interrogativi, risulta indispensabile passare attraverso uno sguardo generale alle principali norme in materia di immigrazione irregolare via mare.

2. Il diritto del mare e la disciplina dell'immigrazione irregolare via mare

2.1. Un confine da attraversare

L'immigrazione internazionale nasconde la sua intrinseca problematicità giuridica nell'attraversamento di un tracciato di confine. Chi abbandona il proprio stato per dirigersi verso un differente territorio nazionale, varca necessariamente, nel nostro caso illegalmente, una frontiera, ossia una ben delimitata linea di confine che circoscrive la sovranità territoriale di uno Stato ad un territorio geograficamente definito. Qui la volontà degli organi dello Stato è assoluta. Vincolante su tutti gli esseri umani, cittadini, stranieri e irregolari che si trovino a poggiare i piedi sul suo suolo, o nel suo mare, essa dispone le sue leggi, le sue condizioni per poter continuare a vivere liberamente sul proprio territorio. Limite unico ad opporsi a quello fisico del territorio, è quello giuridico-morale di leggi superiori, come quelle di rango costituzionale, che si oppongono all'arbitrio di Stato.

Nello specifico, si pongono problemi di coordinamento tra la giurisdizione esclusiva esercitata dallo Stato costiero³⁴ in materia di immigrazione stabilita, tra gli altri, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare³⁵, e le norme costituzionali e internazionali che attribuiscono diritti a migranti e mezzi di Stati terzi che dovessero venire a trovarsi sul territorio di uno Stato

³⁴ Da adesso in poi infatti ci occuperemo specificamente di quel che riguarda l'immigrazione irregolare specificamente via mare.

³⁵ ILM, 1982, p.1267; testo ufficiale della convenzione disponibile anche su: <http://www.un.org/depts/los/index.htm>.

straniero. Per territorio, benché la parola possa far intendere altrimenti, non si vuol significare soltanto la terra ferma, bensì anche il mare. Inoltre, elemento importante da specificare, una frontiera non racchiude in sé solamente della terra e, eventualmente un braccio di mare, bensì un popolo ed un'identità nazionale ben precisa, costumi e tradizioni, uno spirito storico ardentissimo che a volte si ritrova ancora a lottare, un po' anacronisticamente, per escludere lo straniero.

Beninteso. Improntare politiche migratorie particolarmente concessive risulta essere un grande peso per gli Stati di accoglienza, che non solo sono costretti a sorreggere un peso economico considerevole, ma richiedono anche ai propri cittadini, un grande sforzo di umanità e adattamento, in special modo in contesti, come l'Italia, in cui il mercato del lavoro e il generale stato delle economie nazionali sembra già troppo stretto per i residenti di cittadinanza. A tal fine, al fine di contemperare tante opposte esigenze, il diritto internazionale, spesso nella forma della suddetta CNUDM, dispone alcune regole a tutela rispettivamente dello Stato che subisce i flussi, e dei migranti che questi flussi li compongono.

2.2. Una tutela e un obbligo: diritto di passaggio inoffensivo e obbligo di portare soccorso

Come specificato, lo Stato costiero esplica la sua sovranità non soltanto sul territorio nazionale inteso come terra ferma, ma anche sul mare antistante. In che misura antistante è definito dalla CNUDM: la sovranità dello Stato è assoluta nella fascia di mare adiacente alla sua costa, quindi nelle sue acque interne³⁶, fascia che complessivamente viene denominata mare

³⁶ Art. 8, par. 1 CNUDM: "Except as provided in Part IV, waters on the landward side of the baseline of the territorial sea form part of the territorial waters of the State".

territoriale³⁷, la cui estensione massima ammonta a 12 miglia nautiche calcolate a partire dalla linea di base³⁸. Da notare che i poteri dello stato sono pieni ed assoluti come sulla terra ferma solo nella fascia del suo mare territoriale. Irradiandosi verso l'esterno, ossia verso l'alto mare, la sovranità perde man mano di contenuto, passando prima per le limitate prerogative statali nella sua zona contigua, terminando quindi nei limitatissimi poteri in acque internazionali.

Ad ogni modo, durante gli anni che videro la stesura della convenzione di Montego Bay, adottata infine nel 1982, benché si convenisse su questo tipo di sovranità dello Stato nelle suddette fasce di mare e sulla zona aerea sovrastante, ci si pose il problema di porre alcuni limiti a garanzia della libertà di navigazione internazionale. Il primo di essi è sicuramente quello formulato dall'art. 17 CNUDM che fornisce alle navi di ogni paese il diritto di passaggio inoffensivo nelle acque territoriali di uno Stato terzo³⁹. Al fine di poter essere considerato inoffensivo il passaggio della nave deve avvenire in modo "rapido e continuo" (art.18, par.2) e non deve arrecare "pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello stato costiero" (art.19, par.1). Ovviamente sono previste anche misure che assicurano allo Stato del territorio un certo controllo su questo diritto. Difatti, benché lo Stato costiero abbia l'obbligo di non ostacolare in alcun modo il passaggio di una nave straniera nelle sue acque, purché essa avvenga nelle sopracitate modalità, esso è provvisto del potere di regolamentare lo

³⁷ Art. 2, par. 1 CNUDM: "The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territorial and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea"

³⁸ Art. 5 CNUDM: "Except where otherwise provided in this Convention, the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State".

³⁹ Art. 17 CNUDM: "subject to this Convention, ships of all states, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea"

svolgimento di questo passaggio nelle materie elencate dall'art. 21, par. 1⁴⁰, tra cui alla lett. H) "the prevention of infringement of (...) immigration (...) laws and regulations of the coastal State". Se ne ricava dunque che lo Stato costiero possa anche imporre la sospensione del diritto di passaggio inoffensivo, qualora tale sospensione risulti indispensabile per la salvaguardia della propria sicurezza (art. 25, par. 3).

Tra le attività per cui lo Stato può quindi legittimamente sospendere il diritto garantito a tutte le navi dall'art. 17 CNUDM, vi è sicuramente il trasporto di migranti irregolari, di cui la disciplina è rimessa alla normativa nazionale. Una simile attività difatti potrebbe ben essere considerata una minaccia al territorio nazionale, o, per lo meno, un'attività illecita da impedire. Una simile eventualità si è storicamente verificata in modo particolarmente evidente nel cosiddetto caso *Tampa*, nel quale la richiesta di un peschereccio norvegese, con a bordo 433 migranti irregolari più l'equipaggio, di esercitare il suo diritto di passaggio inoffensivo nel mare territoriale australiano, venne negato dalle autorità in ragione della pericolosità e dell'illiceità delle attività svolte dal peschereccio. Quel che si può comunque anticipare è sicuramente che, oltre a coinvolgere l'applicazione dell'art. 17 CNUDM, il caso *Tampa* richiede la fondamentale menzione di un altro articolo della Convenzione, l'art. 98.

L'art. 98 CNUDM formalizza un obbligo divenuto consuetudinario solo qualche anno prima, alla fine anni '70 durante la crisi Indocinese dopo un ampio dibattito in materia⁴¹. L'obbligo è

⁴⁰ Le materie elencate nell'art. 21, par. 1 riguardano nel complesso: navigazione, inquinamento, pesca, ricerca scientifica, immigrazione, normativa fiscale e sanitaria.

⁴¹ In seno all'UNHCR si tennero numerosi dibattiti sulla natura giuridica di tale obbligo. Numerosi erano infatti i dubbi sull'opportunità pratica di rendere un obbligo così oneroso una norma di natura consuetudinaria. Al riguardo si riporta la domanda sollevata nel 1978 da J.K.Jr Gamble durante la conferenza annuale del *Law of the Sea Institute* (atti riportati in *J.K.Jr GAMBLE, Law of the Sea: Neglected Issues*, Honolulu, 1979, spec. 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?".

quello di portare soccorso in mare, elemento indispensabile e complementare rispetto alla più generica tutela garantita dalla convenzione SOLAS (*Convention for Safety of Life at Sea*) adottata dall'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) nel 1974 sulla salvaguardia della vita in mare. Il testo dell'art. 98 dispone infatti:

“Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

- (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;
- (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need to assistance , in so far as such action may reasonably be expected of him;
- (c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call”.

La contingenza che tale disposizione si inserisca nella parte VII della convenzione di Montego Bay, dedicate alle norme generali applicabili in alto mare, ha fatto sorgere qualche, a dir la verità non così ragionevole, dubbio sull'ambito di applicabilità del disposto. Difatti, se la Convenzione stabilisce inequivocabilmente la necessità dell'obbligo di portare soccorso nelle zone d'alto mare, quindi anche nella zona contigua e nella zona economica esclusiva⁴²,

⁴² Mentre la tematica della zona contigua verrà trattata nel par. 4 di questo capitolo, la zona economica esclusiva rimane fuori dal raggio d'interesse della materia, in quanto lo Stato non vi può esercitare nessuna competenza specifica in materia di immigrazione. Si tratta infatti di una zona di mare, avente un'estensione massima di 200 m.n. dalla linea di base, entro la quale lo stato Costiero gode di diritti prioritari nel solo sfruttamento delle risorse naturali presenti. Non si tratta però di diritti esclusivi, infatti altri Stati potrebbero avere accesso a tali risorse rispettando le condizioni e le modalità disposte dallo Stato costiero. Si veda R.R. CHURHILL, A.V. LOWE, *The Law of the Sea*, 3° ed., Manchester, 1999, p.160 e s.; R.-J. DUPUY, *La mer sous compétence nationale*, in R.-J. DUPUY, D. VIGNES (a cura di) *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, 1985, p.260 e s.; C.A. FLEISHER, *Fisheries and biological resources*, in R.-J. DUPUY, D. VIGNES (a cura di), *A Handbook of the Law of the Sea*, vol. 1-2, Dordrecht, Boston, Lanchester, 1991, p. 1047 e s.; T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto del mare*, Milano, 2002, p. 46 e s.

altrettanto obbligo non risulta immediatamente evidente per quanto concerne l'intervento nel mare territoriale. Ma come possiamo ben evincere dall'art. 31, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, una norma deve essere interpretata in buona fede secondo si, il significato letterale dei termini nel loro contesto, ma anche alla luce dell'oggetto e dello scopo dello strumento in cui essa si inserisce⁴³. E se l'oggetto, nonché il manifesto scopo di tale strumento è quello di salvaguardare la vita in mare (qualsiasi vita) attraverso l'obbligo di portare soccorso, non si vede come sia possibile sollevare un'interpretazione di tale obbligo ristretta al solo alto mare, escludendo da tale salvaguardia le persone che entrano in difficoltà nel mare territoriale di uno Stato, come a dire che tali ultimi soggetti godano di "minore vita", o di vita "non obbligatoria"⁴⁴.

Anche a voler prendere a riferimento il primo criterio interpretativo indicato dal suddetto art. 31, par. 1, potremmo facilmente giungere alla medesima conclusione: interpretando letteralmente il disposto dell'art. 98 CNUDM infatti, noteremo che l'assistenza prevista dalla Convenzione debba essere applicata e garantita per "*any person found at sea*": ogni persona (ossia chiunque) venga rinvenuta in mare, quindi in qualsiasi zona di esso (non solo in alto mare). Inoltre si potrebbe anche notare come in realtà, nella parte VII della CNUDM, benché dedicata all'alto mare, siano presenti diversi obblighi di natura generale, quali ad esempio la necessità che ogni nave possieda una bandiera, quindi i vari obblighi dello Stato della bandiera

⁴³ 1155 UNTS, 1969, p. 331 e s. Art. 31, par. 1: "A Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

⁴⁴ A sostegno di questa tesi si veda *T.TREVES, La navigation, cit.*, p. 717, in cui si legge: "dans la plupart des cas, l'élément décisif qui détermine les priorités entre les activités en mer (...) est la sauvegarde de la vie humaine". Cfr. anche *M.PALLIS, Obligations of States towards Asylum Seeker at Sea cit.*, p.335, dove l'autore afferma: "Explicit links have been drawn between the concept of distress and the preservation of human life".

in materia di sicurezza della navigazione⁴⁵. La natura generale dell'applicabilità dell'obbligo di prestare soccorso in mare ci tornerà utile in seguito per alcune considerazioni circa i casi specifici trattati nella parte seconda del lavoro.

2.3. La disciplina prevista nelle Convenzioni SAR e SOLAS

Come bene si può intendere, un obbligo come quello analizzato sopra, che sottende al dovere delle navi di ogni Stato di salvaguardare la vita in mare, venne sin da subito percepito nel suo pesante carico di impegno umanitario. Per tale motivo, data la natura prettamente convenzionale dell'obbligo fino alla fine degli anni '70, si pensò di rafforzare la cooperazione internazionale in materia attraverso nuove convenzioni. Numerosi episodi che videro la difficoltà effettiva di determinare a chi spettasse l'obbligo del salvataggio, causò incidenti e incomprensioni, conseguenza delle quali, svariati casi di mancato salvataggio in mare. La convenzione SAR (*Search and Rescue*) adottata il 27 aprile 1979⁴⁶, rispondeva proprio alla necessità di applicare e rafforzare la già menzionata Convenzione SOLAS del 1974⁴⁷, che non aveva certo risolto i problemi in materia.

⁴⁵ SELINE TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p. 55.

⁴⁶ *International Convention on Maritime Search and Rescue*, adottata il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985, 1405 UNTS, n. 23489.

⁴⁷ La convenzione SOLAS del 1974 (1184 UNTS, n. 1861) è l'ultimo degli strumenti pattizi adottati in materia dopo il naufragio del *Titanic*, cfr. R.R. CHURCHILL, A.V.LOWE, *The Law of the Sea* cit., p. 265. Si veda anche P.LOUIS-DREYFUS, *Suret  du navire*, Défense nationale, 2003, p. 54 e s.; B.COLOBY, *La suret  des ports maritimes*, in *ibidem*, p. 69-70.

Questa Convenzione si proponeva quindi di creare un sistema comune fra gli Stati aderenti, che avrebbero dovuto concludere vicendevoli accordi, denominati per l'appunto "accordi SAR", al fine di coordinare e regolamentare le operazioni di ricerca e salvataggio delle navi o persone in pericolo rinvenuti nello spazio geografico concordato nel medesimo strumento. Depositaria di tale Convenzione è l'*International Maritime Organization* (IMO), in seno alla quale, esattamente dieci anni dopo (il 28 aprile 1989) venne adottata la Convenzione di Londra, che sostituì l'antica Convenzione di Bruxelles del 1910 in materia di obbligo di portare assistenza in mare. Obbligo che viene riaffermato all'art.10 nei termini:

"1. Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessels and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea.
2. The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1".

Ma l'applicazione pratica di tante e tali misure di sicurezza per la salvaguardia della vita in mare non si rivelò affatto facile, tanto che il Comitato di sicurezza marittima dell'IMO (*Maritime Safety Committee* – MSC) si trovò nel 2001, in seguito anche a casi emblematici che richiesero l'applicazione delle prime misure provvisorie⁴⁸, ad emettere una circolare recante misure provvisorie contro le pratiche pericolose collegate al trasporto di migranti in mare⁴⁹, in base ad una proposta congiunta di alcuni Stati, quali Francia, Grecia Regno Unito e Italia. Le

⁴⁸ Ci si riferisce in particolare al tragico episodio della Sibilla avvenuto nel 1998, che vide il naufragio dell'imbarcazione albanese *Kater I Rades* avvenuto nelle acque internazionali del Canale di Otranto a seguito dello speronamento effettuato dalla nave militare italiana *Sibilla*. Il tragico incidente causò 52 morti e numerosi dispersi.

⁴⁹ Interim Measures for Combating Unsafe Practices Associated with the Trafficking or Transport of Migrants by Sea, MSC.1/Circ.896/Rev.1, del 19 giugno 2001, disponibili sul sito dell'organizzazione: www.imo.org.

“*unsafe practicies*” in questione, nello specifico, sono definite al punto 2.3 come qualsiasi azione contraria alla sicurezza della navigazione o qualsiasi azione implicante un pericolo per la vita o la salute delle persone coinvolte, quindi è fondamentale che gli Stati si astengano da tali pratiche, occupandosi attivamente di portare soccorso.

Le operazioni di salvataggio in mare previste dalla Convenzione SAR in effetti, non si esauriscono nel solo adempimento dell’obbligo di portare soccorso ad imbarcazioni e persone in difficoltà. Logicamente i soggetti portati in salvo dalle navi degli Stati aderenti non possono considerarsi al sicuro all’interno di quelle navi in via permanente, tanto che il termine “*rescue*” nell’Annesso della Convenzione viene definito come “an operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a *place of safety*” (corsivo aggiunto). Un luogo sicuro dunque deve essere rinvenuto dalle autorità competenti al fine di poter ritenere concluse le operazioni di salvataggio. Purtroppo né la definizione di tale luogo, né la determinazione delle autorità competenti, quindi del paese che deve farsi carico del salvataggio, si sono dimostrate ben efficaci, tanto che spesso i capitani delle navi che, adempiendo al loro obbligo di portare soccorso, ritrovavano le proprie navi in condizioni precarie a causa dei grandi carichi di migranti portati in salvo, ebbero numerose difficoltà ad accedere ai porti dei paesi che avrebbero invece dovuto accogliere i migranti⁵⁰.

Proprio a questo fine l’MSC adottò nel 2006 due risoluzioni di emendamento, una per la Convenzione SOLAS e una per la Convenzione SAR. L’obiettivo fondamentale era chiarificare

⁵⁰ Il problema si manifestò già negli anni Settanta con i mancati soccorsi dei c.d. *boat people* vietnamiti che fuggivano dalla guerra. Medesima problematica di vietato accesso al porto, quindi di negazione di un luogo sicuro dove poter fare sbarcare i migranti tratti in salvo, si può rilevare nel caso *Tampa*, nel quale, come vedremo, l’Australia vietò l’accesso alle sue acque territoriali al peschereccio norvegese dalla quale il caso prese il nome, in seguito al salvataggio di quest’ultimo di 433 naufraghi al largo dell’isola australiana di Christmas. Cfr. M.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, p. 61 e ss.; F.GRISOLIA, “L’immigrazione clandestina in due decisioni della Federal Court australiana”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2002, p. 74 e 122.

la definizione del *place of safety* nonché la responsabilità dello Stato di bandiera e costiero nell'ambito del salvataggio. Entrati in vigore il 1° luglio 2006, i due emendamenti si propongono inoltre di garantire alle persone che si trovino in difficoltà in mare l'assistenza necessaria, e alle navi che compiono i salvataggi il minor disagio possibile. Gli art. 4.1-1 della Convenzione SOLAS e 3.1.9. della Convenzione SAR, come emendati, non solo ribadiscono che un *place of safety*, in qualità di luogo definitivamente sicuro per i migranti, debba necessariamente essere trovato al fine di considerare concluso il salvataggio, ma definisce anche la piena responsabilità dello Stato nella cui zona SAR risulta avvenuto il salvataggio. Difatti, non è ancora una volta possibile considerare la nave entro la quale sono stati tratti in salvo le persone *in distress* un luogo sicuro, se non a titolo provvisorio, così come esplicitato dal punto 6.13:

“An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard of the ship. (...) Even if the ship is capable of safely accommodating the survivors and *may serve as temporary place of safety*, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made (corsivo aggiunto).

Naturalmente, anche così, non sono mancati casi di difficoltà e incertezza per quel che riguarda lo Stato che debba farsi effettivamente carico del salvataggio. Ci si riferisce all'esemplificativa vicenda del mercantile turco *Pinar* che, dopo aver portato in salvo 154 naufraghi nella zona di alto mare fra Malta e Lampedusa, si ritrovò bloccato in quella posizione non ricevendo autorizzazione di ingresso ai rispettivi porti né da Malta, entro la cui zona SAR era avvenuto il salvataggio, né da parte italiana, che non riteneva di dovere prendersi una responsabilità che

non gli apparteneva⁵¹. Lo screzio diplomatico terminò con lo sbarco dei naufraghi in Italia, in quanto Malta, non avendo firmato i suddetti emendamenti alle convenzioni SAR e SOLAS non si sentiva vincolata, a differenza dell'Italia.

Al di là del giudizio strettamente giuridico del caso, possiamo ricavare da questi elementi come l'obbligo imposto alle navi di ogni nazionalità di compiere salvataggi in mare, si sia sempre configurato come una scomoda costrizione. Non solo alle sue origini, segnate come abbiamo potuto notare, da una notevole reticenza nell'affermazione della natura consuetudinaria dell'obbligo, ma anche nel suo sviluppo, caratterizzato da numerose difficoltà, emendamenti e contraddizioni. Casi come quello descritto sopra non fanno che radicare i problemi già esistenti. Difatti è evidente come i capitani delle navi che portino soccorso a persone in chiaro stato di necessità in mare, che poi si rivelino anche migranti clandestini, ricevano spesso, ben al di là di quanto le convenzioni SOLAS e SAR auspichino, un serissimo pregiudizio dal compiere un atto che, viceversa, dovrebbe anzi essere considerato la base della comune natura umana che si afferma anche in mezzo al mare.

Sia nel caso *Tampa*, che nel caso *Pinar* sopracitato, che anche nel caso *Cap Anamur*⁵², le navi di salvataggio sono state bloccate per un lasso di tempo più o meno lungo al di fuori del mare

⁵¹ Cfr. "Tensione tra Malta e Italia per una nave piena di Clandestini", in *Corriere della sera* del 17 aprile 2009; "Immigrati bloccati in mezzo al mare, nessuno li vuole, lite Italia-Malta, in *La Repubblica* del 18 aprile 2009.

⁵² Si tratta del caso della nave tedesca *Cap Anamur*, appartenente all'omonima associazione umanitaria, che nell'estate del 2004, dopo aver portato in salvo 37 naufraghi nelle acque del canale di Sicilia, ha subito tre settimane di blocco navale da parte delle autorità italiane che non ne permettevano l'ingresso. Quando infine si permise alla nave lo sbarco a porto Empedocle, dato anche il peggioramento delle condizioni delle persone a bordo, all'arrivo sulla terra ferma tre componenti dell'equipaggio tra cui il comandante della nave Schmidt furono arrestati e processati con l'accusa di agevolazione dell'ingresso di migranti irregolari. Questo, e altri casi simili, nonostante la sentenza di assoluzione piena rilasciata dal tribunale di Agrigento il 7 ottobre 2009 per i responsabili del salvataggio in mare, ha indotto i capitani di navi da pesca e mercantili a rinunciare ai salvataggi in mare, facendo sempre più spesso finta di non vedere, a causa del serio pregiudizio che storicamente incorre sugli artefici del salvataggio in mare. Sulla sentenza di assoluzione del caso *Cap Anamur* cfr. FULVIO VASSALLO

territoriale dello Stato individuato dal capitano della nave come luogo sicuro dove poter effettuare lo sbarco. Non soltanto. In alcuni casi, come quello della *Cap Anamur*, ma anche nel meno celebre caso dei sette pescatori tunisini di Teboulbah⁵³, i soggetti artefici del salvataggio vennero arrestati e posti sotto procedimento penale per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che scatta (almeno nell'ordinamento italiano) non appena una nave trasporti, o scorti, nelle acque territoriali di uno stato degli immigrati clandestini. Evidente che un simile stato di cose, agisca come implacabile ostacolo all'effettiva applicazione degli obblighi derivanti dalla consuetudine internazionale. Non si vede infatti per quale motivo una nave di passaggio dovrebbe interrompere la navigazione per prestare soccorso a delle persone vittima di naufragio, che appaiano evidentemente come emigranti clandestini, per poi rischiare non solo un blocco di fatto della navigazione, ma anche l'arresto e il carcere.

Non a caso questo tipo di salvataggio, almeno per quanto riguarda il caso italiano, è divenuto largamente residuale, dato che la quasi totalità dei salvataggi avviene nell'ambito dell'operazione *Mare Nostrum*. Alle navi militari a servizio del nostro governo viene infatti concessa la natura prettamente umanitaria del servizio svolto. È largamente presumibile infatti che a nessuno venga in mente di arrestare il capitano della nave in questione e sottoporlo alla corte marziale per aver agevolato l'immigrazione clandestina nel proprio paese.

C'è da dire che l'accesso al porto nazionale da parte di navi straniere rientra inequivocabilmente nella giurisdizione dello Stato costiero, unico titolare della potestà di

PALEOLOGO, “*Cap Anamur - Pubblicati i motivi di assoluzione: l'intervento umanitario non è reato*”, rinvenibile su www.meltingpot.org.

⁵³ Ci si riferisce al salvataggio da parte di un'imbarcazione tunisina di 44 migranti entrati in difficoltà al largo delle coste di Lampedusa. Ulteriori approfondimenti sul caso possono essere reperiti sul sito www.fortresseurope.blogspot.it.

consentire o rifiutare lo sbarco. C'è anche da dire però che qualora all'interno della nave richiedente l'ingresso al porto, siano presenti possibili richiedenti asilo, allora il rifiuto allo sbarco potrebbe facilmente configurarsi come violazione del diritto di chiedere asilo ex. Art. 14 DUDU, nonché del fondamentale principio di *non refoulement* sancito dalla Convenzione di Ginevra del '51, principio cardine della tutela della categoria del rifugiato. Un metodo dunque semplice al fine di evitare incidenti come quelli capitati alle persone che, dopo aver compiuto un salvataggio in mare, si sono ritrovati ad essere favoreggiatori dell'immigrazione clandestina, sarebbe quello di comunicare allo Stato costiero la presenza di possibili rifugiati a bordo. Metodo tanto semplice da risultare banale. E il nesso tra la banalità e il male, sebbene affrontato in sedi differenti dalla presente, può risultare utile, nella misura in cui risulta difficile credere che ai comandanti delle navi dei casi sopracitati non sia venuto in mente di avvertire circa questa eventualità. In questi casi la banalità dell'annuncio, ha probabilmente incontrato la malafede del silenzio.

2.4 Il principio di non refoulement

Ormai lo sappiamo bene. Un migrante che riesca a dimostrare l'effettiva impossibilità di un eventuale ritorno nel suo paese d'origine a causa di evidenti rischi di venire perseguitato, risponde alla categoria del rifugiato e possiede quindi il diritto di cercare asilo, generalmente garantito dall'art. 14 DUDU. Quel che non abbiamo ancora specificato è che la definizione di rifugiato, presente nel sopra analizzato⁵⁴ art. 1, par. A(2), viene completata dal celebre principio che, oltre a dare il titolo a questo paragrafo, rappresenta la più ampia e solida garanzia attualmente presente nel panorama giuridico internazionale per quanto riguarda la

⁵⁴ Cfr. Parte I, cap. 1, par. 1.1.

salvaguardia dei diritti dei rifugiati: si parla del principio di non respingimento sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del '51. Nello specifico il testo dell'articolo recita:

“No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”

L'art. 33 non fa altro che vietare allo Stato dove il rifugiato è sbarcato o è in procinto di farlo, di espellerlo nel primo caso, di respingerlo nel secondo. La definizione di rifugiato a cui ci si riferisce è chiaramente quella sancita dall'art. 1 della suddetta Convenzione. Come invece si evince dalla dizione “*Contracting State*”, il principio, alla sua origine, non era stato pensato per applicarsi al di fuori degli Stati che avrebbero ratificato la Convenzione. Tuttavia, proprio come accadde per l'obbligo di portare soccorso in mare, il principio si affermò sempre più come norma universalmente riconosciuta.

Il valore cogente della norma venne affermato per la prima volta nel 1982 dall'Executive Committee (ExCom) dell'UNHCR che sottolineò l'importanza di un “principle of non refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law”⁵⁵, e di nuovo nel 1996 dalla medesima istituzione che, in conseguenza di ripetuti casi di violazione di tale principio, ritenne opportuno ribadire l'inderogabilità, elevandolo definitivamente al rango di norma consuetudinaria⁵⁶. Arrivarono poi gli attentati

⁵⁵ ExCom, Conclusion n. 25 (XXXIII), 1982, par. (b).

⁵⁶ ExCom, Conclusion n. 79 (XLVII), 1996, par. (i) in cui si legge: “Distressed at the widespread violations of the principle of *non-refoulement* and of the rights of refugees, in some cases resulting in loss of refugees life, and seriously disturbed at reports indicating that large numbers of refugees and asylum-seekers have been *refouled* and expelled in highly dangerous situations; recalls that the principle of *non-refoulement* is not subject to derogation”.

dell'11 settembre 2001, e la conseguente risoluzione 1373⁵⁷ la quale, dopo aver condannato gli attacchi terroristici perpetrati in quella occasione, dispose l'esclusione a priori dallo status di rifugiato di qualsiasi soggetto, persona o gruppo, fosse stato classificato da uno Stato quale terrorista. Una simile esclusione non faceva altro che considerare appartenente alla categoria “*serious crime*”, specificata al par. 2 dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra come eccezione all'applicazione del principio di non respingimento, il reato di terrorismo internazionale. Qualora infatti si riscontrasse un “*serious non-political crime*”, come configurato dall'art. 1F(b) della suddetta Convenzione⁵⁸, lo Stato nel quale l'individuo ha trovato rifugio possederebbe la facoltà di espellerlo anche verso paesi in cui potrebbe essere sottoposto a persecuzioni o trattamenti inumani o degradanti⁵⁹.

Nonostante l'enorme importanza di tale strumento non è tuttavia presumibile che il principio di non respingimento appartenga allo *ius cogens*, difatti non prevale su ogni altro strumento di diversa natura, come appunto le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che invece possono di fatto alterarne il contenuto, come per altro è avvenuto nel caso sopracitato. Il non respingimento viene comunque applicato nella maniera più estensiva possibile. Godono infatti di tale tutela anche i migranti che entrarono irregolarmente nel paese⁶⁰ in ragione della loro

⁵⁷ UNSC ris. 1373, 28 settembre 2001.

⁵⁸ Art. 1F(b): “F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that (...) (b) He has committed a *serious non-political crime* outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee”.

⁵⁹ Come vedremo nel proseguo del paragrafo, in questo sta la fondamentale differenza di tutela tra quella garantita dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, e quella fornita dall'art.3 della Convenzione europea dei diritti umani.

⁶⁰ Art. 31, par. 1 Convenzione di Ginevra: “The contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence”.

condizione di fuggiaschi da uno Stato che non garantisce loro alcuna sicurezza, nonché gli stessi migranti che arrivassero in grandi flussi massicci. Al riguardo nel 1981 l'ExCom affermò:

“It is therefore imperative to ensure that asylum seekers are fully protected in large-scale influx situations, to reaffirm the basic minimum standards for their treatment (...). In situation of large-scale influx, asylum seekers should be admitted to the State in which they first seek refuge and if that State is unable to admit them on a durable basis, it should always admit them at least on temporary basis (...). In all cases the fundamental principle of non-refoulement – including non rejection at the frontier – must be scrupulously observed”⁶¹.

Una simile tutela, sebbene fondamentale per la protezione dei rifugiati, risulta velleitaria per quanto riguarda la gestione di tali flussi da parte degli Stati maggiormente interessati. Garantire una tutela sostanziale è naturalmente più difficile di garantirne una formale, come sembra aver tentato di fare l'*Executive Committie*. Oltre a sostenere la necessaria pari tutela per i rifugiati che giungono durante periodi di grandi flussi, infatti, sarebbe necessario creare un sistema di condivisione delle responsabilità tra gli Stati costieri maggiormente coinvolti nei suddetti flussi, e quelli continentali, che benché vicini, non sostengono un peso paragonabile nel garantire il giusto rifugio ai soggetti tutelati. Sebbene non fosse certo compito dell'ExCom garantire una tale collaborazione, si vuole evidenziare come la mancanza effettiva di una sinergia in tal senso, mancanza che risulta tanto più paradossale in un contesto integrato come quello dell'Unione Europea, comporti la pratica formalità di una tutela che, accompagnata da

⁶¹ ExCom, Conclusion n. 22 (XXXII), 1981; ribadito durante la crisi in ex-Iugoslavia in ExCom, Conclusion n. 74 (XLV), 1994, par. (r).

un regolamento quale quello di Dublino⁶² (che identifica come Stato responsabile della richiesta d'asilo lo Stato di primo approdo e nessun altro), gli Stati cercano di aggirare, nel tentativo di gestire con mezzi alternativi, illegali e inopportuni, quel peso eccessivo che non può essere smorzato in altro modo.

Problematica di natura prettamente giuridica è invece quella che vede la relazione fra poteri dello Stato in materia di prevenzione dell'immigrazione irregolare in quella zona di mare adiacente al mare territoriale, identificata dall'art. 33 CNUDM come "zona contigua", e gli obblighi di non respingimento a suo carico. La zona contigua, come si legge nel testo convenzionale⁶³, ha natura unicamente funzionale e preventiva: in tale braccio di mare lo Stato costiero ha infatti la possibilità di prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti, tra le altre cose, in materia di immigrazione. Non sono insomma ammessi interventi repressivi in tale zona, ed eventuali intercettazioni e dirottamenti forzati di imbarcazioni trasportanti migranti clandestini è quindi possibile soltanto qualora ci si sia accertati che sulle dette imbarcazioni non siano presenti possibili richiedenti asilo. La zona contigua non è comunque obbligatoria, e ogni Stato costiero, qualora volesse averne una, deve proclamarla con atto unilaterale.

Al riguardo fa discutere il particolare caso della zona contigua italiana. Una tale zona non è mai stata espressamente proclamata con atto unilaterale, ma viene comunque considerata esistente da alcuni leggi della Repubblica italiana, quali ad esempio quella del 2004 sulla

⁶² Cfr. Parte III, cap. 2.

⁶³ Art. 33 CNUDM: "In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to: (a) prevent infringement of its customs, fiscal, *immigration*, or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea; (b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territorial sea. 2. The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured" (corsivo aggiunto).

protezione del patrimonio culturale⁶⁴, ma soprattutto dalla Legge n.189 del 30 luglio 2002, la c.d. “Legge Bossi-Fini”, la quale prevede che una nave italiana in servizio di polizia possa fermare, ispezionare ed eventualmente sequestrare un’ imbarcazione incontrata nella zona contigua di cui si possiede il fondato timore di coinvolgimento in attività di immigrazione illecite⁶⁵. La questione della reale effettività della zona contigua italiana, è venuta alla luce specialmente in relazione al già menzionato caso della *Cap Anamur*, imbarcazione appartenente all’omonima organizzazione umanitaria tedesca, fermata a 17 m.n. dalle coste siciliane, e sottoposta ad un blocco della navigazione per ventuno giorni. Considerata la non ufficiale esistenza di una vera e propria zona contigua italiana, la legittimità dell’azione perpetrata in quel caso delle autorità rimane certamente in grosso dubbio.

Le stesse disposizioni della suddetta legge Bossi-Fini sembrano esulare dai poteri concessi alle autorità degli Stati costieri in materia di prevenzione dell’immigrazione irregolare nella zona contigua. Difatti, benché venga espressamente previsto dall’art. 33 CNUDM il divieto di operare in questo braccio di mare azioni repressive a danno dell’imbarcazione sospettata, la legge italiana prevede al contrario il sequestro del natante e la sua conduzione in un porto di Stato. Tuttavia risulta difficile inserire un simile atto, che considera il crimine già compiuto ed è volto a punirlo, nell’ottica di un intervento preventivo, come disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

⁶⁴ Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 “*Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 giugno 2002, n. 137*”, G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004, art. 94: “Gli oggetti archeologici e storici rinvenuti nei fondali della zona di mare estesa dodici miglia a partire dal limite del mare territoriale sono tutelati (...)”.

⁶⁵ Legge n. 189 del 30 luglio 2002: “La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella *zona contigua*, una nave di cui si ha il fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla a ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato” (corsivo aggiunto).

Come si può ben constatare dunque il principio di non respingimento non limita la sua efficacia al solo mare territoriale dello Stato costiero. Questo deve essere preso in considerazione anche nell'eventuale zona contigua dello Stato che l'abbia proclamata, e deve essere ben temperato con i poteri di prevenzione esercitati dal suddetto Stato in questa zona. Come vedremo a breve, nei casi che esamineremo in questa seconda parte, il principio di *non-refoulement*, o per meglio dire, il suo corrispettivo europeo, l'art. 3 CEDU, viene applicato persino in caso di respingimenti avvenuti in alto mare, dove non sembra potersi rilevare una vera e propria giurisdizione dello Stato. Vedremo che l'assenza di giurisdizione, anche qualora sussistesse, non equivale affatto ad un oblio di responsabilità.

Parte Seconda

L'applicazione pratica. Due casi esemplificativi.

1. Il caso della nave Tampa del 2001

Si parla del caso del mercantile norvegese *Tampa*⁶⁶ che il 26 agosto 2001 recò soccorso a un peschereccio indonesiano entrato in avaria nelle acque internazionali al largo dell'Isola australiana di Christmas. La storia in breve è questa. Il peschereccio in questione, battente bandiera indonesiana, trasportava 433 miranti di diversa nazionalità, fra cittadini afgani, cingalesi, indonesiani, iracheni e pakistani, con l'obiettivo di farli approdare sulle coste Australiane con l'evidente scopo di chiedere asilo. Entrato in avaria al largo delle coste australiane, le sorti del peschereccio si incrociarono inavvertitamente con quelle della nave mercantile norvegese che, sebbene avesse capacità di carico di passeggeri ben limitate (un massimo di cinquanta persone), decise di farsi carico del salvataggio. Il mercantile si trovò in più di una difficoltà. Eccesso di diverse volte il limite di sicurezza di trasporto, costretto a cambiare rotta in seguito alle accese proteste dei migranti indonesiani, che non desideravano certo tornare nei porti da dove erano partiti, venne infine bloccato dalle autorità australiane a 13.5 m.n. dalle coste australiane dell'Isola di Christmas. Il governo di Canberra non

⁶⁶ *Refugees – Detention within Australian territorial sea – Pacific Solution – Migration Act*, Austr. YBIL, 2001, p. 263-264; sull'episodio di vedano, tra gli altri, C. BAILLET, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, HRQ, 2003, p. 741 e s.; R. BARNES, *Refugee Law at Sea*, ICLQ, 2004, p. 47 e s.; M. N. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, Com.Int. 2002, p. 61-78; F. GRISOLIA, *L'immigrazione clandestina in due decisioni della Federal Court australiana*, DIC, 2002, p.74 e 122; M. PALLIS, *Obligations of States towards Asylum Seeker at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, IJ Refugee L, 2002, p.338 e s.; M. WHITE, *Tampa incident: Shipping, international and maritime legal issues*, The Australian Law Journal, 2004, p. 101 e s.; IDEM, *Tampa incident: Some subsequent legal issues*, The Australian Law Journal, 2004, p. 249 e s.

autorizzava infatti l'ingresso al porto, ritenendo che i naufraghi fossero di competenza della Norvegia, nazionalità della nave che stava compiendo il salvataggio, e dell'Indonesia, Stato di partenza dell'imbarcazione in avaria.

Come era non solo prevedibile, ma anche inevitabile, le condizioni a bordo della *Tampa* peggiorarono molto rapidamente, divenendo ben presto critiche. Definitivamente impossibilitato ad affrontare un viaggio che presupponesse altre destinazioni, e probabilmente colpito dalle pessime condizioni sanitarie dei migranti appena salvati, al comandante non rimase altra scelta che infrangere il divieto australiano, entrando all'interno delle acque territoriali dello Stato costiero, proclamando l'emergenza sanitaria. Intervennero rapidamente a questo punto i corpi speciali dell'esercito australiano che, dopo aver occupato la nave, prestarono la necessaria assistenza sanitaria, continuando comunque ad impedire in ogni modo lo sbarco del mercantile sulle coste australiane. Anzi, una volta terminata l'emergenza sanitaria, le autorità intimarono al comandante della nave di riprendere il largo.

A causa dell'eccessivo carico della nave, egli rifiutò categoricamente ogni opportunità di intraprendere un viaggio in quelle condizioni. Dall'altro lato l'Australia non aveva nessuna intenzione di permettere lo sbarco di quei migranti, volendo evidentemente impedire loro di presentare alcuna domanda d'asilo. La situazione permase in stallo, fin quando il governo australiano non dichiarò, il 1° settembre 2001, di aver raggiunto un accordo con Nauru e Nuova Zelanda, le quali avrebbero accettato di accogliere i naufraghi sul proprio territorio⁶⁷. A questo punto i passeggeri della nave furono condotti in una base militare australiana in

⁶⁷ L'Australia aveva infatti concluso in quegli anni una serie di accordi di cooperazione sull'immigrazione irregolare con i paesi limitrofi, nello specifico con Nauru, Papua Nuova Guinea e Nuova Zelanda. Questo tipo di cooperazione venne chiamata Pacific Solution, ma venne presto dismessa, a seguito di forti critiche sollevate dalla gestione di situazioni come quella della Tampa. Sull'argomento, cfr. T. MAGNER, *A Less than "Pacific" Solution for Asylum Seekers in Australia*, IJ Refugee L, 2004, p. 53 e s.

territorio neozelandese, da dove poi alcuni vennero a loro volta inviati a Nauru. Questa soluzione parve accomodare tutti. Allo stesso modo solleva numerosi dubbi sulla tipologia di tutela garantita ai migranti in questa occasione.

Partiamo però dalle ragioni Australiane. Il comandante della nave norvegese, al fine di dimostrare il comportamento illecito delle autorità australiane denunciò in primo luogo una violazione del diritto di passaggio inoffensivo garantito dall'art. 17 CNUDM, precedentemente analizzato⁶⁸. L'accusa voleva che l'Australia avesse quindi ostacolato illegittimamente il passaggio della nave norvegese sulle sue acque territoriali, che, ricordiamo, per essere considerato inoffensivo, sarebbe dovuto essere rapido e continuo e caratterizzato dall'assenza di un pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello stato costiero. Queste condizioni non vennero riconosciute dall'Australia, che non considerò il passaggio inoffensivo in quanto lesivo della sua normativa interna in materia di immigrazione clandestina (art. 19, par. 2 CNUDM), quindi, rispetto all'art. 25, par. 1 CNUDM⁶⁹, ritenne di possedere le necessarie prerogative per bloccare e impedire un simile tipo di transito.

Sebbene rimane certo in dubbio quanto l'entrata in acque territoriali di una nave che non sta facendo altro che rispondere ai suoi doveri internazionali di portare soccorso in mare, possa considerarsi una minaccia all'ordine e alla pace nazionale, l'Australia ha agito in questo senso all'interno delle sue ampie competenze sovrane sul territorio nazionale. Neanche la seconda giustificazione del capitano della nave norvegese risulta adeguata alla situazione. Egli cercò

⁶⁸ Cfr. Parte I, cap. 2, par. 2.2.

⁶⁹ Art. 25, par. 1 CNUDM: "The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent".

infatti di giustificare il suo diritto di passaggio in quelle acque tramite invocazione dell'art. 18, par. 2 CNUDM, il quale afferma:

“Passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force majeure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress”.

Tuttavia, come si evince dalla lettura dell'articolo sopracitato e dalla prassi internazionale in materia di soccorso di navi in avaria⁷⁰, una tale eccezione permissiva del passaggio risulta applicabile soltanto qualora l'arresto della navigazione avvenga già all'interno delle acque territoriali dello Stato costiero, quindi a passaggio già iniziato, a causa del salvataggio di un natante in difficoltà rinvenuto all'interno delle medesime acque. Nel caso in questione al contrario, il salvataggio è avvenuto in alto mare, e l'ingresso nel mare territoriale si è verificato successivamente a tale salvataggio. Di conseguenza non si è propriamente verificato un arresto del normale passaggio inoffensivo, come previsto dall'art. 18, par. 2. Tuttavia c'è da rilevare come una tale interpretazione letterale del disposto, risulti iniqua e discriminante.

Infatti, passando ai torti dell'agire australiano, quel che rileva è invero l'obbligo di portare assistenza in mare sancito dall'art. 98 CNUDM. Come si è notato in precedenza⁷¹ tale strumento impone alle navi battenti bandiera di qualsiasi Stato il dovere di compiere salvataggi nella misura in cui questo sia nelle possibilità dello scafo. Abbiamo già evidenziato come la presenza di tale strumento nella parte VII della Convenzione di Montego Bay, dedicata all'alto

⁷⁰ Esemplificativa è la sentenza del 7 febbraio 1986 della Corte suprema dei Paesi Bassi, nella quale si legge che non sarebbe stato possibile applicare le disposizioni relative al diritto di passaggio inoffensivo dell'allora Convenzione di Ginevra del 1958 sul mare territoriale e la zona contigua (art. 14-17) ad un unità di soccorso che fa il suo ingresso nelle acque territoriali di uno Stato costiero, pur senza il suo permesso, dopo aver prestato soccorso ai passeggeri di un'imbarcazione in avaria in alto mare.

⁷¹ Cfr. Parte I, cap. 2, par. 2.2.

mare, abbia fatto sorgere un'interpretazione geograficamente limitata di tale obbligo, circoscritto ai soli soggetti rinvenuti in alto mare. Abbiamo tuttavia potuto ricavare, sia da una lettura interpretativa che da una più letterale della disposizione, come risulterebbe inidoneo e fuorviante ritenere che gli unici soggetti degni di essere salvati siano quelli trovati in acque internazionali. Allo stesso modo appare adesso parimenti inopportuno limitare la garanzia del passaggio alle sole imbarcazioni che salvino un natante all'interno delle acque territoriali, considerando potenziali minacce alla pace le medesime navi che portino soccorso agli stessi soggetti solo appena fuori dal limite territoriale.

A parte le questioni di opportunità di questa improbabile discriminazione “al contrario” rispetto a quella ipotizzata precedentemente per l'art. 98 CNUDM, essendo il disposto dell'art. 18, par. 2 strutturato esattamente in tal modo, non si può sostenere che l'Australia abbia agito illegittimamente in tal senso. Al contrario il suo comportamento risulta essere più problematico proprio in relazione al contenuto effettivo dell'art. 98 CNUDM, nonché dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra. Partendo dal primo: esso dispone un obbligo generale e di natura consuetudinaria a carico di tutti gli Stati. Qualche anno dopo la Convenzione di Londra avrà cura di ricordare all'art. 10, par. 2 che “The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1”. Pertanto un tale obbligo si configura come gravante, sì principalmente sui capitani delle navi che materialmente compiono il salvataggio, ma necessariamente su quegli Stati che, già secondo la Convenzione SAR del 1979, vengano individuati come “*place of safety*”, e dove l'operazione di salvataggio può essere considerata terminata.

L'atteggiamento di categorico rifiuto tenuto dalle autorità di Stato australiane in questa occasione si configura necessariamente come un inadempimento, quanto meno indiretto, ai suoi obblighi di portare soccorso in mare. La nave norvegese, allertata dalle autorità australiane

che le segnalano la presenza dell'imbarcazione in avaria, viene poi abbandonata al suo destino alle soglie del mare territoriale dell'unico Stato che potrebbe rappresentare, specialmente nella situazione di grave sovraccarico ed emergenza sanitaria descritta, il solo elemento di reale soccorso disponibile. È evidente la responsabilità dell'Australia che, anche quando costretta a prestare cure mediche in seguito all'ingresso illecito compiuto dal capitano della Tampa, ha ritenuto fino alla fine di dover intimare all'imbarcazione di abbandonare le acque territoriali. Insomma, la giustezza dell'azione successiva, ossia il reperimento di un differente *place of safety* (incarnato dalla disponibilità di Nuova Zelanda e Nauru) a carico dello Stato costiero, come stabilito dalla Convenzione SAR emendata nel 2006, è stato il risultato di un'azione di forza illecita del capitano del mercantile norvegese, che ha di fatto costretto le autorità australiane a prendersi carico, con colpevole ritardo, di una situazione che non poteva essere altro che di loro competenza.

Infine, il comportamento dell'Australia si dimostra tanto meno giustificato qualora prendessimo in considerazione il principio di non respingimento garantito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, o meglio alcune considerazioni al suo riguardo. Difatti, in effetti, non possiamo affermare che le autorità australiane abbiano tenuto un comportamento illecito se ci si riferisce strettamente a quanto indicato dal testo del disposto in questione. L'Australia ha sì respinto i possibili richiedenti asilo, ma d'altronde non verso coste di Paesi dove avrebbero potuto subire persecuzioni o trattamenti inumani e degradanti; le autorità, attraverso specifici accordi, si sono quindi premurate di inviare i migranti verso Stati dove sarebbe stato sicuramente garantito loro assistenza e la garanzia di poter presentare le loro domande.

Nessun respingimento illegittimo dunque. D'altro canto sarebbe bene notare come, già nel 1979, l'ExCom affermava come "it is humanitarian obligation of all coastal States to allow vessels in distress to seek haven in their waters and to grant asylum, or at least *temporary*

*refuge, to persons on board wishing to seek asylum*⁷². Obbligo ribadito dallo stesso ExCom solo due anni dopo, questa volta in relazione al caso di flusso massiccio di migranti: “*asylum seekers should be admitted to the State in which they first seek refuge and if that State is unable to admit them on a durable basis, it should always admit them at least on temporary basis (...)*”⁷³. In entrambe le conclusioni il significato sembra evidente: al fine di rispettare il principio di non respingimento, è obbligo dello Stato costiero in cui i migranti per primo cercano asilo, garantire a questi l’ammissione e la presentazione delle relative domande, almeno su base temporanea, per poi cercare una diversa soluzione. Né si può inferire che simili indicazioni possano valere solamente in caso di “flusso massiccio”, una definizione per altro mai definita con tanta precisione da poterne stabilire con certezza la sussistenza. Sarebbe come al solito inutilmente discriminante ritenere che possibili richiedenti asilo godano di due tutele diverse, l’una più forte, l’altra meno, in ragione del flusso contingente a cui appartengono, di cui la natura massiccia viene definita per lo più arbitrariamente.

Al contrario è da ritenersi che simili indicazioni debbano essere considerate sempre obbligatorie, in particolar modo in un caso come quello descritto, dove l’imbarcazione, ormai penetrata in evidente difficoltà in acque territoriali australiane, sarebbe dovuta essere di esclusiva competenza dello Stato costiero, che al contrario ha cercato fino all’ultimo di disinteressarsene. Quando costretta dallo stallo causato dalla tragica mistione di rifiuti perpetrati sul mare australiano, dello Stato australiano ad ammettere i passeggeri, e del capitano a riprendere il largo, ha optato per il dirottamento verso altri Stati consenzienti, una soluzione che, benché legittima dal punto di vista del diritto del mare, si è rivelata in quel caso

⁷² ExCom, Conclusion n. 15 (XXX), par. (c).

⁷³ ExCom, Conclusion n. 22 (XXXII), 1981.

particolarmente discutibile in base al categorico rifiuto dell'Australia a concedere quanto meno un dovuto asilo provvisorio ai richiedenti, esponendoli per altro al costante pericolo del sovraccarico dell'imbarcazione in mare.

Da un simile caso, dove i torti dello Stato costiero sono tanti, ma si configurano per il diritto in materia più come imprecisioni e inopportunità che come serio nocumento ai diritti del richiedente asilo, possiamo ricavare come la tutela fornita in special modo dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, non sia così efficace come dovrebbe. Una nave recante diverse centinaia di persone, per di più coinvolta in una operazione umanitaria di salvataggio in mare, può essere respinta in alto mare nel pieno ambito della giustizia internazionale, purché non la si dirotti forzatamente verso certi paesi, dove i migranti a bordo possano subire persecuzioni. È quindi legittimo, deduciamo dall'attuale stato della materia, condannare se non a morte certa, a serissimo rischio di vita in alto mare, un'imbarcazione di migranti, purché, attenzione, non si esponano questi ultimi a rischio di tortura e trattamenti inumani in patria.

Rileviamo anche come il diritto della sola categoria dei rifugiati (come definita dall'art.1 della Convenzione di Ginevra) ad ottenere protezione nello Stato di primo approdo, oltre ad essere una tutela ristretta quantitativamente, a causa della circoscritta cerchia di soggetti in grado di dimostrare fattivamente di venir perseguitati, si dimostri una protezione limitata anche qualitativamente: una situazione come quella della Tampa infatti ha potuto risolversi pacificamente e senza vittime principalmente grazie a due fattori del tutto contingenti: la risolutezza del capitano della nave, che contravvenendo all'ordine categorico delle autorità australiane, ha costretto lo Stato costiero a prendersi carico sia dell'emergenza sanitaria a bordo, sia della successivo collocamento dei migranti; in secondo luogo l'esistenza di accordi in materia di immigrazione all'interno della cosiddetta Pacific Solution, tra l'Australia e altri Paesi vicini, come appunto Nauru e Nuova Zelanda. L'Australia ha quindi potuto scaricare il

peso dell'accoglienza sulle strutture di altri Stati, dimostratisi collaborativi nel gestire l'emergenza. Ci si chiede a questo punto, come avrebbe potuto agire l'Australia in assenza di un tale aiuto esterno? Sarebbe stata costretta ad ammettere i migranti, esaminando le loro richieste d'asilo; oppure avrebbe potuto, come era sua intenzione, rifiutare l'ingresso al porto alla nave, respingendola verso l'alto mare in condizioni critiche e causando con tutta probabilità una catastrofe; sarebbe infine potuta essere indotta a rinvenire soluzioni alternative e illecite, come quelle sperimentate dall'Italia in più di un'occasione.

2. *La prassi dei respingimenti italiani in alto mare*

I respingimenti di cui si parla sono storicamente e giuridicamente fondanti su programmi di interdizione navale, normalmente volti ad esercitare il diritto di visita previsto dall'art.110 CNUDM⁷⁴. Si pone però la circostanza che un tale diritto non possa venire esercitato in alto mare in rapporto alla prevenzione dell'immigrazione irregolare, a meno che non si pongano tre precise condizioni: la nave fatta oggetto dell'indagine naviga senza bandiera; la nave possiede la medesima nazionalità di quella che compie l'inchiesta; oppure la nave può essere intercettata

⁷⁴ L'art. 110 CNUDM stabilisce che il diritto di visita possa essere esercitato soltanto da navi militari o di stato, e che esso consista sostanzialmente in un'inchiesta di bandiera, attraverso la quale si accerta la nazionalità della nave e la sussistenza dei requisiti perché quest'ultima possa legittimamente utilizzare quella bandiera. Le autorità ispettive possono effettuare il fermo dell'imbarcazione e il conseguente arresto delle persone presenti a bordo, nella sola eventualità sia effettivamente riscontrato un caso di pirateria, di trasmissioni non autorizzate, oppure se la nave si riveli priva di bandiera o della stessa bandiera della nave che effettua l'ispezione. Non viene contemplato in questa disposizione il caso dell'immigrazione irregolare, che, in generale, non può quindi essere fare l'oggetto del diritto di visita. Al contrario, nell'eventualità di trasporto di schiavi, quindi di traffico di esseri umani, la nave militare dovrà procedere informando le autorità del proprio paese, che a loro volta dovranno attendere la risposta dello Stato di bandiera dell'imbarcazione sotto inchiesta, unico competente in quel caso ad effettuare o autorizzare ulteriori azioni. Cfr. *SELINE TREVISANUT, Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea, Napoli, 2012, p. 120 e s.*

nell'ambito di una cooperazione bilaterale fra due o più stati. A questo fine dunque sono stati rivolti gli accordi bilaterali italiani di cooperazione, con l'Albania prima, con la Libia poi.

Quello con l'Albania fu il primo programma di cooperazione volto al contrasto dell'immigrazione irregolare attuato dall'Italia, a seguito della c.d. crisi albanese degli anni '90. Istituito tramite l'accordo di Roma del 25 marzo 1997, esso prevedeva:

“(...) il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di unità delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibile allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di naviglio di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controlli esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte”⁷⁵.

Sebbene un siffatto accordo presentasse evidenti difetti dal punto di vista del diritto del mare per quanto riguarda gli ampi poteri coercitivi attribuiti all'Italia nelle acque territoriali albanesi e internazionali⁷⁶, rappresentò il modello di base sul quale venne poi redatto, in forma migliore, il successivo accordo con la Libia destinato a rappresentare la debole base giuridica su cui si poggiarono le attività di respingimento in acque internazionali, successivamente condannate dalla CEDU, perpetrate a partire dal maggio del 2007.

⁷⁵ GU Suppl. n. 163, del 15 luglio 1997.

⁷⁶ Come si legge nell'accordo, l'Italia avrebbe infatti potuto fermare e dirottare verso porti albanesi navi rinvenute in acque internazionali battenti bandiera albanese, o comunque “riconducibili allo stato albanese”. Inoltre, in acque territoriali albanesi, l'Italia era fornita del potere di fermare e sottoporre a ispezione imbarcazioni battenti qualsiasi bandiera, purché trasportassero una certa categoria di cittadini albanesi. Simili poteri si configurano come eccessivi e al di fuori da quanto previsto dal diritto internazionale in materia. In breve: in alto mare una nave militare italiana, in forza di un accordo bilaterale sull'immigrazione irregolare, avrebbe potuto fermare e ispezionare (quindi esercitare il suo diritto di visita) solamente imbarcazioni battente bandiera albanese (e naturalmente navigli senza bandiera, o battenti bandiera italiana), e non certo anche navi di altre nazioni, ma in qualche (non chiara) misura riconducibili allo stato albanese. Parimenti, in acque territoriali albanesi, l'Albania poteva devolvere all'Italia l'autorità di fermare certe imbarcazioni albanesi, ma non navi di qualsiasi nazionalità. Solamente l'Albania, in quanto Stato costiero, possedeva l'autorità di farlo, un'autorità non devolvibile attraverso un semplice accordo bilaterale, che non coinvolga anche gli Stati delle imbarcazioni fermate.

Il trattato di amicizia, partenariato e cooperazione siglato il 30 agosto 2008⁷⁷, solo l'ultimo di una lunga serie di accordi fra Italia e Libia in materia⁷⁸, prevedeva, come gli altri, un'azione comune di contrasto al traffico di migranti clandestini tramite un pattugliamento congiunto delle acque territoriali libiche e internazionali. Ma l'articolo rilevante in tali accordi risulta essere l'art. 19, che formalizza l'impegno per una cooperazione bilaterale impegnata nella "lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina"⁷⁹. In tale disposizione però manca un qualsiasi specifico riferimento allo *status* dei migranti che rappresenteranno l'oggetto dell'accordo: una simile lacuna diventa tanto più grave qualora si consideri che la Libia non abbia mai ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, e non riconosca di conseguenza la comune definizione e tutela dello *status* di rifugiato⁸⁰. Ad ogni modo l'art. 6 dell'accordo vincola i due Paesi al rispetto dei principi della Carta delle

⁷⁷ Ratificato e reso esecutivo con legge n. 7 del 6 febbraio 2009, GU n. 40 del 18 febbraio 2009.

⁷⁸ Ci si riferisce ai precedenti protocolli di cooperazione tra i due Paesi: l'Accordo di natura programmatica del 13 dicembre 2000, e i successivi Protocolli di cooperazione del 29 dicembre 2007. In particolare quest'ultimo rientra nella categoria di accordi di associazione e riammissione previsti nel più ampio quadro della politica di rimpatrio condotta dall'Unione Europea al fine di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare. Cfr. C.BILLET, *EC readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against Irregular Immigration. An Assessment after ten years of practice*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2010.

⁷⁹ L'art. 19 del trattato dispone inoltre che: "2. Sempre in tema di lotta all'immigrazione, 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 (...). 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".

⁸⁰ N. Ronzitti fa per altro notare che "la mancata ratifica (della Convenzione di Ginevra del 1951) è frutto di una visione ideologica, secondo cui la nozione di rifugiato è estranea alla cultura araba, dove la solidarietà e fratellanza tra i paesi arabi impone agli stati di accogliere i fratelli di altre nazioni arabe", N. RONZITTI, "Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione", Istituto di Affari Internazionali (IAI), Contributi di Istituti di ricerca specializzati, n. 108, gennaio 2009, p. 8.

Nazioni Unite, dei diritti fondamentali contenuti nella DUDU, nonché dalle numerose norme del diritto internazionale generale e dei principi consuetudinari in materia d'asilo⁸¹.

Nonostante il vincolo ai suddetti obblighi internazionali, a partire dal maggio 2009, le navi militari italiane cominciarono ad intraprendere una prassi costante di respingimenti verso le coste libiche, intercettando imbarcazioni di migranti in alto mare partite dai quei porti, e dirottandole forzatamente verso i medesimi. Nel corso del solo 2009 l'Italia ha condotto nove operazioni di questo tipo in acque internazionali, ponendo i sopraccitati accordi con la Libia come fondamento giuridico di tali condotte. Particolarmente significativa, al fine di mostrare chiaramente l'illiceità di simili azioni, ci sembra la recente sentenza di condanna emessa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012, nell'ambito del caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁸². Il caso si riferisce agli eventi accaduti il 6 maggio 2009 quando circa 200 persone, disposte su tre imbarcazioni dirette in Italia, vennero intercettate da motovedette italiane in acque internazionali, precisamente all'interno della zona SAR maltese, e successivamente trasferite a bordo delle navi italiane e ricondotte nei porti libici da dove erano partite. A distanza di meno di tre anni, l'Italia riceve dunque una condanna all'unanimità per questi atti. Vediamo perché.

La scelta effettuata dall'Italia, con la pratica dei respingimenti operati in zone di alto mare, risponde evidentemente alla volontà di operare in un non-luogo giuridico, dove la sovranità degli Stati è talmente poco estesa da rendere difficile qualsiasi tipo di attribuzione di

⁸¹ Per ulteriori approfondimenti sul Trattato bilaterale Italia-Libia del 2008, si consiglia *SELINE TREVISANUT*, "Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare", *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2009), pp. 609-620.

⁸² Cfr *ALESSANDRO FIORINI*, "Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*", su www.meltingpot.org

responsabilità per gli atti commessi. Sebbene infatti respingere delle imbarcazioni di possibili richiedenti asilo verso le coste di uno Stato come la Libia, contraddistinto da pratiche di maltrattamento e detenzione degli immigrati clandestini in campi di prigionia (spesso poi rispediti verso i rispettivi paesi d'origine senza analizzare alcuna domanda)⁸³, sia manifestamente contrario al principio di *non-refoulement*, l'Italia sperava infatti di poter evitare un simile coinvolgimento in ragione dell'inapplicabilità di un tale principio nelle acque internazionali.

Sfortunatamente per lo Stato italiano, non solo la prassi internazionale e la dottrina prevalente⁸⁴, incarnate tra le altre dalle dichiarazioni dell'UNHCR⁸⁵ e dell'*ExCom Standing Committie*⁸⁶, si sono largamente pronunciate a favore dell'applicabilità del principio di non

⁸³ A tal riguardo chiarificatrici le osservazioni conclusive relative al rapporto presentato dalla Libia ai sensi dell'art. 40 del Patto, rese dal Comitato per i diritti umani (UN Doc. CCPR/LBY/CO/4 del, par. 18), nonché le osservazioni conclusive relative al rapporto presentato dalla Libia, rese dal comitato contro la tortura (UN Doc. A/54/44 dell'11 maggio 1999, parr. 176-189)

⁸⁴ Si indica in tal senso le analisi di E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in *Refugee Protection in International Law*, E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), Cambridge, 2003, p. 110 e ss., J. C. HATHAWAY, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, Harvard ILJ, 1990, p. 335 e ss., e G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3^{ed.}, Oxford, 2007, p. 244 e s.

⁸⁵ Si veda in particolare la *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, par. 24 e ss. Nello stesso senso la *Guide to Principles and Practice As Applied to Migrants and Refugees - Rescue at Sea* – redatta nel 2006 in collaborazione tra UNHCR e IMO, il cui punto 8 dispone che "if people rescued at sea make known a claim for asylum, key principles as defined in international refugee law need to be upheld".

⁸⁶ L'ExCom, nel quadro dell'*Executive Committie of the High Commissioner's Programme*, ha osservato, circa l'applicazione extraterritoriale dell'art.33, che "The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all governments agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept person 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" (UN doc. EC/50/SC/CRP.17 del 9 giugno 2000, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, punto 23).

respingimento anche al di fuori del territorio nazionale, ma la CEDU si è anche premurata di dimostrare, nella sentenza di condanna, la medesima applicabilità extraterritoriale dell'art. 3 CEDU, che, come accennato nel corso del lavoro, garantisce, secondo la giurisprudenza europea, una tutela ancora maggiore dell'art. 33. Difatti, una tale disposizione, vietando la sottoposizione di alcuno a tortura o a pene e trattamenti inumani degradanti, è stata interpretata dalla Corte di Strasburgo come un meccanismo di *protection par ricochet* o di protezione indiretta, al fine di estendere la tutela fornita dall'art. 3 a quei casi in cui il rischio di venir sottoposti a tortura o trattamenti inumani si concretizzi a seguito di un provvedimento di estradizione o espulsione perpetrati da uno stato contraente⁸⁷. La protezione garantita dell'art. 3 CEDU è più vasta della parallela dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, perché quest'ultima non prevede eccezioni rispetto ad un eventuale "*serious non-political crime*" (come configurato dall'art. 1F(b) della stessa Convenzione), e considera l'obbligo di non allontanamento (ex. Art. 3 CEDU, per distinguerlo dal non respingimento dell'art.33 della Convenzione di Ginevra), in ogni caso vigente verso il soggetto che possa subire trattamenti inumani o degradanti se estradato o, come nel caso italiano, respinto.

Data la comune ratio e l'obiettivo condiviso dai due articoli delle due Convenzioni, si può ipotizzare quindi che la CEDU abbia ritenuto di poter, non solo estendere l'applicazione

⁸⁷ Una tale giurisprudenza vide la sua prima applicazione nel caso *Soering c. Regno Unito* (Corte europea dei diritti umani, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989), che nello specifico riguardava il caso di un cittadino tedesco che, se estradato negli Stati Uniti al fine di essere giudicato essere giudicato per un duplice omicidio ivi commesso, avrebbe potuto essere sottoposto alla pena capitale. In quel caso a rilevare come trattamento inumano o degradante secondo l'interpretazione della Corte non fu tanto l'applicazione della pena di morte (ancora considerata legittima dall'art. 2 CEDU), bensì la possibile connessa permanenza del colpevole nel c.d. "corridoio della morte", termine con cui viene indicato il periodo di detenzione che deve subire il colpevole prima che venga effettivamente eseguita la condanna. Un simile trattamento avrebbe insomma violato *de facto* i principi dell'art. 3 CEDU, che in quel caso servì come vero e proprio principio di non respingimento.

dell'art.3 ai casi di respingimento⁸⁸, ma, quel che più rileva, ai casi di respingimento avvenuti in alto mare, quindi in una zona dove la giurisdizione dello Stato che compie l'atto potrebbe essere ritenuta assente. Al contrario, nella sopracitata sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte ha ritenuto il Paese a tutti gli effetti colpevole ai sensi dell'art. 3 in quanto pienamente responsabile degli atti compiuti, al di là di ogni ragionevole dubbio. Questo perché, al di là del dibattito sull'opportunità dell'applicazione extraterritoriale dell'art. 3 (ritenuta in ogni caso più che opportuna dalla Corte, data anche il corrispettivo ambito di applicazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra), in questo caso la giurisdizione italiana sui soggetti respinti deriva dalla circostanza che i migranti non sono stati meramente respinti sulle proprie imbarcazioni, bensì caricati sulle navi italiane e ricondotte sulle coste libiche. Adesso, il principio che un'imbarcazione battente bandiera di un paese in acque internazionali appartenga alla giurisdizione esclusiva di quel dato paese, come fosse suo territorio nazionale, si colloca alle basi del diritto internazionale del mare (art 92, par.1 CNUDM)⁸⁹. La giurisdizione e le responsabilità italiane quindi, conseguentemente alla violazione della tutela garantita dall'art. 3 CEDU, sono in questo caso ancora più inoppugnabili, considerando anche come i migranti trasferiti sulle motovedette italiane non siano stati in alcun modo identificati, né sia stato permesso loro di presentare domanda al fine di ottenere protezione internazionale.

A quest'ultimo proposito, per completezza, si rileverà come nella sentenza che condanna l'Italia per i fatti sovraesposti, appaia pure la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 della

⁸⁸ Fino a quel momento infatti, come nel caso *Soering*, l'art. 3 CEDU era stato applicato ai soli casi di allontanamento e estradizione da un paese, in cui il soggetto era quindi già presente, verso un altro dove sarebbe potuto divenire soggetto di trattamenti inumani.

⁸⁹ Si consideri inoltre che il contenuto di tale disposizione internazionale sia ribadito nell'ordinamento interno italiano dall'art. 4 del codice penale ("Le navi e gli aereomobili italiani sono considerati come territorio dello stato") e parimenti dall'art. 4 del codice della navigazione («le navi italiane in alto mare (...) sono considerate come territorio italiano)

Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il quale sancisce il divieto di espulsioni collettive⁹⁰. Siffatto divieto, composto di un testo molto preciso e stringato, si deve interpretare come un obbligo da parte dello Stato che abbia intenzione di procedere all'espulsione, di attestare un esame reale e differenziato della situazione di ciascun migrante coinvolto in tale espulsione: in questo senso non potranno essere espulsi in maniera collettiva, laddove collettiva diventi sinonimo di sommaria. Secondo la consueta interpretazione sostanziale dei diritti garantita dalla CEDU, la Corte ha quindi ritenuto che un tale divieto si applicasse anche ai casi di respingimenti in alto mare, avendo questi ultimi un effetto equivalente circa la minaccia ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁹¹.

Ma la domanda da porsi a questo punto è: l'Italia avrebbe avuto bisogno di accordarsi in tal senso con un paese così scarsamente garantista dei diritti dei migranti irregolari come la Libia, cadendo così inevitabilmente nella trappola dell'illecito, qualora avesse invece goduto di una reale collaborazione in ambito europeo?

⁹⁰ Tale disposizione si limita a prevedere che “le espulsioni collettive di stranieri sono vietate”. Come chiarito dalla Corte, per espulsioni collettive si deve intendere “any measures compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group” (Corte europea dei diritti umani, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, par. 59).

⁹¹ Per un'analisi approfondita del caso dei respingimenti italiani del maggio 2009, nell'ottica della violazione dei principi CEDU, si veda *ALFREDO TERRASI, “I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani”*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2009), pp. 591-607.

Parte Terza

L'Europa delle frontiere esterne.

1. La disciplina europea dell'immigrazione irregolare dopo Schengen

L'integrazione comunitaria circa la sempre spinosa tematica dell'immigrazione non ebbe sin dal principio un cammino né facile, né privo di problematiche. Com'è noto, la prima disciplina relativa alla gestione dei flussi migratori si realizzò nell'ambito di una cooperazione intergovernativa⁹² volta fondamentalmente ad eliminare le frontiere interne agli stati membri dell'Unione, al fine di creare uno spazio comune, creando in tal modo una frontiera esterna unica lungo la quale concentrare controlli effettuati secondo principi comuni e uniformi⁹³. Un simile spazio comune venne dunque chiamato "spazio Schengen", in ragione degli accordi firmati in principio da cinque paesi fondatori il 14 giugno 1985⁹⁴, e in seguito, della convenzione di applicazione firmata il 19 giugno 1990. Fu poi il Trattato di Amsterdam ad

⁹² Si parla infatti degli accordi di Schengen come esempio più classico del meccanismo di cooperazione rafforzata fra Stati in materie che non siano però già di competenza esclusiva dell'Unione. Tale cooperazione, istituzionalizzata dal Trattato di Amsterdam, la cui disciplina è attualmente contenuta nell'art. 20 TUE e 326, 327 e 328 TFUE, permette agli Stati membri di collaborare e raggiungere una maggiore integrazione in specifiche materie nelle quali non tutti i Paesi dell'UE sono disposti a collaborare per sviluppare una politica comune.

⁹³ A tale riguardo si veda il titolo II, capitolo 2 della Convenzione di applicazione dell'Accordo Schengen (GUUE L 239, 22 settembre 2000) in cui vengono descritte le modalità operative di applicazione pratica dei principi sanciti dal testo convenzionale. In particolare, si rileva come le disposizioni maggiormente rilevanti al riguardo siano gli articoli 3, 5 e 6 della Convenzione riguardanti l'attraversamento delle frontiere esterne, l'ingresso degli stranieri per un soggiorno non superiore a tre mesi e gli obblighi di sorveglianza alle frontiere a carico degli Stati membri.

⁹⁴ L'accordo venne siglato originariamente dagli Stati dell'Unione economica del Benelux (Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi), l'allora Repubblica Federale di Germania e dalla Francia. Il testo è riportato in ILM, 1991, p.73 e s.

incorporare nell'ordinamento comunitario, con apposito protocollo⁹⁵, l'Accordo di Schengen e il c.d. "acquis Schengen", le cui materie vennero allora divise: visto e soggiorno furono infatti inserite nel pilastro comunitario, mentre la cooperazione giudiziaria e di polizia, inserita nel terzo pilastro, rifletteva ancora il metodo intergovernativo dell'accordo originario. Attualmente la zona Schengen è costituita da 26 paesi, tra europei e terzi (questi ultimi sono Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein).

Nello specifico, il Trattato di Amsterdam, tramite l'art. 63 CE, cercò per primo di armonizzare materie quali l'asilo e la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda. Inoltre si occupava di prospettare norme minime in materia di accoglienza e di immigrazione, specialmente per quanto riguarda quella irregolare (art. 63, par. 3, lett. b). Il testo dell'articolo in questione, benché si occupasse di far rispettare agli Stati membri il diritto comunitario e internazionale nell'applicazione delle rispettive normative nazionali nelle specificate materie, lasciava allo stesso tempo un'ampia discrezionalità per quanto riguardava le modalità di tale armonizzazione legislativa. Insomma, l'Unione risultava competente nel settore dell'asilo e dei rifugiati nella sola adozione di standard minimi, tanto che una parte della dottrina considerò le competenze dell'allora Comunità europea in queste materie quali "parallele" a quelle degli Stati⁹⁶.

Tra Amsterdam e Lisbona, si può dire che il tracciato della disciplina europea riguardante l'immigrazione irregolare possa rinvenirsi nel susseguirsi di quattro direttive, considerabili

⁹⁵ *Protocollo sull'applicazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea*. Per un commento cfr. B.NASCIMBENE, *Lo "Spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 2000, p. 307 e s.

⁹⁶ A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The European Union Vertical Order of Competence: the Current Law and Proposal for its Reform*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 247-248.

quali il principio di una regolamentazione comune europea dell'immigrazione irregolare via mare. Queste⁹⁷, attraverso la definizione di quadri normativi e procedurali comuni, come ad esempio le norme minime applicabili in casi eccezionali di flussi massicci (direttiva 2001/55/CE), o le regole comuni da seguire nel compiere le procedure di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno stato membro risulta irregolare (direttiva 2008/115/CE), o ancora la c.d. protezione sussidiaria che, ampliando le garanzie di Ginevra, concederebbe anche a migranti di stati Terzi o apolidi, le cui condizioni non sono tali da poter ottenere l'attribuzione dello *status* di rifugiato, una forma di protezione temporanea (direttiva 2004/83/CE), hanno sicuramente contribuito a gettare le basi per la più ampia armonizzazione della materia auspicata dal Trattato di Lisbona.

Il Trattato in questione apporrà difatti un importante cambiamento nella disciplina sviluppatasi fino a quel momento. Gli articoli rilevanti in tal senso sono due: l'art. 67, par. 2 TFUE e l'art. 78, par. 1 TFUE. Mentre il primo dispone lo sviluppo europeo di una politica comune in materia d'asilo, immigrazione e controllo delle frontiere, ponendo le basi per una più coerente collaborazione, e quindi restringendo di fatto il margine di discrezionalità consentito agli Stati dai precedenti trattati, il secondo stabilisce che una tale politica comune debba in ogni caso garantire il rispetto del principio di non respingimento, conformandosi alla Convenzione di

⁹⁷ Si tratta delle seguenti quattro direttive. In ordine cronologico: direttiva 2001/51/CE del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'art. 26 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (GUUE L 187, 10 luglio 2001); direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (GUUE L 212, 7 agosto 2001); direttiva 2004/81/CE del 29 aprile 2004 riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti (GUUE L 261, 6 agosto 2004); direttiva 2008/115/EC del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GUUE L 348, 24 dicembre 2008). *SELINE TREVISANUT, Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p. 256 e s.

Ginevra del 1951 e agli altri trattati pertinenti in materia (ossia presumibilmente il diritto pattizio dei diritti umani). Una tale svolta nella disciplina europea dell'integrazione in ambito di immigrazione clandestina, ha sicuramente registrato una maggiore consapevolezza della necessità di un'armonizzazione legislativa finalizzata ad un migliore funzionamento del sistema comune d'asilo.

Ed in effetti in questi ultimi anni il progetto di un sistema comune europeo dell'asilo (CEAS), partito ufficialmente nel 1999 durante il Consiglio europeo di Tampere⁹⁸, poi sviluppatosi di traguardo in traguardo fino agli attuali risultati⁹⁹, appare la necessaria premessa per una gestione realmente europea del fenomeno dell'immigrazione irregolare. Tuttavia vediamo come alle idilliache dichiarazioni di intenti registrate dagli strumenti fin ora adottati, non rispondano esattamente i risultati desiderati. L'armonizzazione delle procedure e dei criteri per garantire in Europa una comune gestione dell'asilo, che costituisce certamente il cuore pulsante del progetto CEAS, risulta infatti ancora ben lontana dall'essere sostanziale ed effettiva. Come suggerisce un interessante rapporto del *Council on Refugees and Exiles* (ECRE) basato sull'analisi dei sistemi di asilo in 14 Stati membri dell'Unione Europea¹⁰⁰, le procedure volte

⁹⁸ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, par. 22-27.

⁹⁹ In breve. Nel 2004 venne adottato il programma dell'Aja (Conclusioni del Consiglio dell'Aja, 4-5 dicembre 2004), consistente in un programma quinquennale volto alla realizzazione di alcune priorità essenziali, quali appunto l'istituzione di un regime comune d'asilo e la gestione integrata delle frontiere esterne. In questa occasione il Consiglio ribadì quindi la convinzione secondo cui le questioni migratorie debbano essere oggetto di una gestione armoniosa e globale, che interessi sia le migrazioni legali che illegali. Nel 2008 intervenne poi il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo (Presidenza del Consiglio, *Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo*, doc. 13440/08 del 24 settembre 2008), volto all'assunzione da parte del Consiglio dei gravosi impegni dell'organizzazione dell'immigrazione legale, e del combattimento di quella irregolare. Tra il 2011 e il 2013 poi sono state presentate e adottate varie proposte di modifica al sistema: in particolare il 12 giugno 2013 il Parlamento europeo ha approvato 4 nuovi strumenti giuridici, riuniti nel c.d. "pacchetto asilo" che fondamentalmente ridefinisce i termini comuni delle procedure per le richieste d'asilo, e introduce nella normativa i regolamenti di Dublino III e Eurodac. È tuttora in corso l'opera di adeguamento e recepimento degli stati delle nuove regole così redatte.

¹⁰⁰ "Not there yet: an NGO perspective on Challenger to a fair and effective Common European Asylum System" è pubblicato nell'ambito del progetto AIDA (Asylum Information Database), un progetto dell'European Council on

ad analizzare le domande d'asilo non solo risultano ancora molto diverse di paese in paese e con risultati nettamente differenti in relazione allo Stato che analizza la domanda¹⁰¹, ma trascurano spesso aspetti basilari per il buon funzionamento del sistema, come l'assistenza legale, i servizi di interpretariato e la reale possibilità di poter ricorrere in caso di esito negativo¹⁰².

Risulta evidente quindi come questi basilari difetti di funzionamento del sistema d'asilo europeo, conducano a gravi inefficienze e ingiustizie. Insieme con le problematiche sollevate dal regolamento di Dublino e le sue insostanziali modifiche nel tempo, potrebbero ben essere identificati come la radice sotterranea del problema della cattiva gestione dei flussi di migranti irregolari in seno all'Unione Europea.

Refugees and Exiles (ECRE) in partenariato con il Forum Refugiés-Cosi, l'Hungarian Helsinki Committee e l'Irish Refugee Council, e con il supporto dell' European Programme on Migration and Integration (EPIM).

¹⁰¹ Al riguardo è utile citare le parole di Christopher Hein, direttore del Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR): “Sono tanti i casi di difformità di trattamento nei confronti dei richiedenti asilo in Europa che condizionano fortemente le vite di queste persone: pensiamo, ad esempio, alle condizioni di accoglienza o ai tassi di riconoscimento della protezione. In Italia, in particolare, l'accesso ai centri di accoglienza è estremamente difficoltoso, sono molti i richiedenti asilo, infatti, che si trovano settimane, a volte mesi, a vivere per strada nelle città che dovrebbero accoglierli. Date queste condizioni si teme sempre più l'impatto che la crisi siriana possa avere su un sistema di accoglienza già in forte sofferenza. Se si confronta questa situazione con quanto succede in un paese come la Svezia, che mette in campo un sistema con più di 41.000 posti a fronte dei circa 11.000 disponibili in Italia, si comprende quanto sia diversa l'aspettativa di vita materiale di chi arriva nei diversi paesi dell'Unione. D'altra parte, in Italia, i tassi di riconoscimento di protezione sono tra i più alti d'Europa. E' per questa ragione che si assiste, ad esempio, al ritorno in Italia di rifugiati di origine afgana, che hanno ricevuto un diniego alla loro richiesta d'asilo proprio nei paesi del Nord Europa, e che rientrano nel nostro paese per vedersi riconosciuta una forma di protezione. In questa Europa sembra contare più la fortuna che il diritto, più che un sistema di protezione e asilo comune sembra di essere in una lotteria per richiedenti asilo e rifugiati”. Cfr. “Sistema comune europeo d'asilo: un traguardo ancora lontano” su www.cir-onlus.org.

¹⁰² “Come possiamo aspettarci che i rifugiati siano in grado di spiegare le ragioni che li hanno costretti a fuggire dai loro paesi, ad affrontare una procedura legale molto complessa quando in diversi casi non sono né assistiti da un avvocato né da un interprete qualificato, o quando, molto spesso, devono dormire per strada o in accampamenti di fortuna, o quando l'aver trascorso mesi in centri di detenzione sovraffollati li ha lasciati psicologicamente segnati?” ha dichiarato Michael Diedring, Segretario Generale dell'ECRE, alla presentazione del rapporto “Non ci siamo ancora: la prospettiva delle ONG sulle sfide per un Sistema Comune di Asilo giusto ed efficace”. Cfr. *ibidem*.

2. Il sistema Dublino

La Convenzione di Dublino fu elaborata in principio nel 1990¹⁰³, nell'ambito della creazione di uno spazio senza frontiere interne sviluppatosi in quegli anni, al fine fondamentale di determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri dell'allora Comunità europea. L'obiettivo formale era dunque quello di garantire ai migranti un esame effettivo delle domande presentate, così da bloccare il fenomeno dei c.d. "richiedenti in orbita". Un regolamento simile, benché naturalmente animato da buoni propositi, ricevette sin da subito numerose critiche¹⁰⁴, e fu quindi soggetto a più di una modifica nei suoi attuali venticinque anni di storia.

In effetti, il seguente sistema comunitario adottato nel 2003 tramite due successivi regolamenti (CE 343/2003 e CE 1560/2003)¹⁰⁵ e denominato quindi "Dublino II", non apportò sostanziali modifiche al precedentemente criticato sistema. In breve, in base ai criteri indicati dal testo, uno Stato risulta competente ad esaminare una domanda d'asilo qualora: 1) vi viva regolarmente un membro della famiglia del richiedente, se minore non accompagnato; 2) abbia precedentemente concesso lo *status* di rifugiato a un familiare del richiedente; 3) un membro della famiglia del richiedente vi abbia precedentemente presentato regolare domanda d'asilo; 4) abbia concesso al richiedente un titolo di soggiorno o un visto che gli abbia permesso di entrare nello spazio comune; 5) il richiedente vi sia entrato illegalmente; 6) sia il primo Stato in

¹⁰³ GUUE C 254, 19 agosto 1997.

¹⁰⁴ Cfr. *Evaluation de la Convention de Dublin* (document de travail de la Commission), SEC (2001) 756 def. del 13 giugno 2001.

¹⁰⁵ Rispettivamente, GUEE L 50, 25 febbraio 2003; GUEE L 222, 5 settembre 2003.

cui la domanda d'asilo è stata presentata. Come si nota, i criteri di attribuzione della competenza convergono verso la tutela della vita familiare del rifugiato, che ha quindi diritto a presentare la propria domanda nel Paese in cui siano presenti suoi familiari. Si rileva inoltre la competenza dello Stato nel quale per primo il richiedente abbia presentato la domanda (non necessariamente nel primo in cui sia approdato¹⁰⁶), o comunque quello in cui sia riuscito ad entrare illegalmente; in questo sistema difatti non è prevista la libertà di scelta del richiedente, che dovrà presentare la sua domanda dove le norme impongono, e non dove avrebbe voluto presentarla, almeno di non rimanere in stato di clandestinità fintantoché non sia riuscito a raggiungere il paese di suo interesse.

La successiva modifica al sistema è di recente formulazione: “Dublino III” (UE 604/2013)¹⁰⁷, adottato da Parlamento europeo e Consiglio il 26 giugno 2013, sostituisce il vecchio, forse più nel nome che nelle pratiche. L'obiettivo del nuovo sistema permane il medesimo, assicurare che ogni domanda d'asilo venga esaminata da uno Stato membro, nello specifico, da quello che ha svolto il maggior ruolo in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri, salvo eccezioni¹⁰⁸. Le disposizioni tramite cui la nuova convenzione

¹⁰⁶ Questa sfumatura giuridica circa la competenza dello Stato responsabile dell'analisi della domanda d'asilo può essere esemplificata con quanto accaduto nel già citato caso *Cap Anamur* (Cfr. Parte I, nota n. 42). Nel caso in questione l'Italia, coinvolto come Stato costiero, e la Germania, stato di bandiera dell'imbarcazione, invocavano la responsabilità di Malta, quale Stato competente all'analisi delle domande d'asilo, in ragione dell'approdo della nave in un porto dell'isola prima di essere poi bloccata al largo di Porto Empedocle. Insomma, lo Stato di primo approdo dei migranti irregolari, sarebbe dovuto essere quello competente all'accoglienza e all'esame di eventuali domande d'asilo. C'è però da rilevare che le disposizioni del trattato di Dublino sarebbero potute essere applicate in tal senso solamente in seguito all'ingresso da parte dei migranti in questione sul territorio del Paese e alle relative procedure; solo a quel punto lo Stato avrebbe potuto obiettare che in realtà i migranti avevano prima acceduto irregolarmente ad un territorio di un altro Stato membro. Ma in quel caso, né Italia, né Germania, avevano ancora consentito l'accesso della *Cap Anamur* alle proprie acque territoriali.

¹⁰⁷ GUUE L 180/31, 29 giugno 2013.

¹⁰⁸ Permane pur sempre l'eccezione che si ricava dalla c.d. “clausola di sovranità” (art. 17, par. 1), già presente nel vecchio regolamento 343/2003 (art. 3, par.2). Tramite essa uno Stato può volontariamente farsi carico della

persegue un simile obiettivo, non risultano parimenti troppo modificate, se non nella misura in cui siano state estese alcune definizioni, introdotte altre, e chiarite molte norme procedurali prima più oscure e inefficaci¹⁰⁹. Quantunque molte di queste novità rendano più effettiva la tutela della categoria del richiedente asilo (come ad esempio le maggiori garanzie di ricorso rispetto a Dublino II, e il divieto di trasferimento del richiedente in caso di pericolo di trattamenti inumani), e risultino come un sicuro passo in avanti rispetto al precedente regolamento, a dieci anni di distanza da Dublino II, considerata la rapida evoluzione della materia apportata in ambito europeo dal Trattato di Lisbona (ricordiamo che l'art. 78 TFUE è ascritto quale base giuridica del nuovo regolamento) e le numerosissime critiche sollevate ai due precedenti sistemi, ci si sarebbe aspettato sicuramente qualcosa in più. Quel qualcosa è invece rimasto annegato a fondo del problema.

Come da introduzione, non si può certo dire che il sistema di Dublino possa diventare il capro espiatorio delle inefficienze del sistema comune di asilo europeo. Più che altro, invece, ne

domanda d'asilo presentata da un richiedente, anche se non gli competerebbe secondo i criteri sanciti dalla convenzione.

¹⁰⁹ Riassuntivamente, si può dire che le principali novità apportate dal nuovo sistema di Dublino siano state: 1) alcune definizioni sono (leggermente) più ampie, altre sono introdotte per la prima volta (parenti, rappresentante del minore non accompagnato, rischio di fuga); 2) obbligo di considerare sempre l'interesse superiore del minore, possibilità di ricongiungimento più ampie (e in generale più garanzie) per i minori; 3) divieto esplicito di trasferire un richiedente qualora si abbiano fondati motivi di ritenere che vi sia un rischio di trattamenti inumani o degradanti; obbligo di fornire più informazioni ai richiedenti (sia prima che dopo l'eventuale decisione di trasferimento) e di condurre un colloquio personale (prima della decisione di trasferimento); 4) Regole più chiare (ma più restrittive) sulla competenza in caso di "persone a carico"; 5) Si chiariscono in maniera opportuna gli obblighi dello Stato competente; 6) Termini più stringenti per la procedura di presa in carico e introduzione di termini per la richiesta di ripresa in carico; 7) Il ricorso contro una decisione di trasferimento (pur non automaticamente sospensivo) offre sicuramente molte più garanzie rispetto a Dublino II; 8) Introduzione di limiti, anche temporali, al trattenimento delle persone soggette alla procedura Dublino (ma rimane elevato rischio-discrezionalità); 9) Chiarite modalità e costi dei trasferimenti; 10) Obbligo, prima di un trasferimento, di scambiarsi dati (anche sanitari) necessari a garantire assistenza adeguata, continuità della protezione e soddisfazione di esigenze specifiche, in particolare mediche; 11) Introduzione di un "meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi" in caso di rischio di speciale pressione sul sistema di asilo di un Paese e/o in caso di problemi nel funzionamento dello stesso. Per un'analisi approfondita dei contenuti del regolamento UE 604/2013, si veda "*Dublin Guide. Il Regolamento Dublino III articolo per articolo*", su www.asiloineuropa.blogspot.it.

rappresenta l'anima intima e inconfessabile. Il punto nevralgico del problema risiede non tanto nel sistema di individuazione dello Stato competente, che, nel caso dell'immigrazione via mare, è quasi sempre lo Stato costiero che permette ai migranti di introdursi irregolarmente (o tuttalpiù quello di primo approdo, anche se, come abbiamo visto per il caso *Cap Anamur*, non è sempre facile stabilirlo con certezza), ma nella mancata possibilità di scelta da parte del richiedente, e conseguentemente in una sistematica lassità del sistema di condivisione del peso degli arrivi. Tali conseguenze derivano dalla circostanza fondamentale per la quale ai richiedenti a cui sia eventualmente riconosciuta la protezione internazionale, non venga parimenti riconosciuto un passaporto europeo che gli consenta di usufruire di tale protezione a livello dell'Unione. Non avendo quindi libertà di poter cercare un lavoro al di fuori del paese che ha concesso l'asilo, il rifugiato è costretto a permanere in quel dato paese: sistema che penalizza evidentemente i paesi maggiormente colpiti dal fenomeno dell'immigrazione clandestina in ragione della loro posizione di frontiera. A questo si aggiunga che le procedure e i criteri per la concessione della protezione continuano a dare esiti del tutto differenti di paese in paese, manifestandosi spesso come decisioni del tutto arbitrarie più che come il frutto di anni di processo di armonizzazione europea.

È quindi naturale che, un vero sistema europeo di asilo, al fine di meritare veramente una tale denominazione, debba essere provvisto di una vera e propria unicità di criteri di concessione della protezione. Una protezione che, di conseguenza, potrebbe davvero divenire europea, consentendo al migrante l'accesso a qualsiasi paese all'interno dell'Unione. Un tale obiettivo potrebbe essere raggiunto tramite la creazione in ogni Stato membro di uffici gestiti direttamente da funzionari dell'Unione, istruiti sui criteri e le procedure comuni per la concessione dell'asilo europeo. Gli Stati membri resterebbero ad ogni modo competenti per quanto riguarda la facoltà di determinare il volume di ingresso massimo di migranti nel loro

paese, secondo le prerogative sovrane comunque garantitegli dall'art. 79, par. 5 TFUE (prerogative sovrane che andrebbero, in un simile contesto, misurate secondo il principio europeo della leale collaborazione, nonché secondo quello un po' meno europeo del buon senso).

Una reale armonia in ambito europeo appare dunque ancora lontana per quanto riguarda una gestione veramente comune dei flussi di migranti irregolari, sia via mare che non, ancora intrappolata nei particolarismi delle sovranità nazionali. La situazione non appare in effetti troppo diversa in un altro ambito dell'Unione.

3. Il FRONTEX: l'ambito istituzionale e operativo.

La creazione di uno spazio comune privo di frontiere interne come quello di Schengen, mentre rappresentò il primo passo per una maggiore collaborazione europea in ambito di asilo, visti e immigrazione, pose sicuramente il problema della creazione di un'unica grande frontiera comune per la difesa integrata. L'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea nacque, nel 2004, con questo preciso obiettivo. Nello specifico l'art. 1, par. 1 del regolamento istitutivo 2007/2004¹¹⁰ indica quale fondamentale prerogativa dell'agenzia, la realizzazione e il successivo perseguimento di una "gestione integrata delle frontiere esterne" (Integrated Border Management – IBM). Altrettanta precisione non caratterizzò la definizione di tale nozione, che trovò una sua

¹¹⁰ Il regolamento CE 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, GUUE L 349, 25 novembre 2004.

formalizzazione solo due anni più tardi ad opera del GAI, nelle sue conclusioni del dicembre 2006¹¹¹.

Il Frontex, come da statuto, promuoverebbe quindi una cooperazione fra Stati membri al fine, nel nostro caso, di meglio gestire i fenomeni dell'immigrazione illegale via mare e non, mirando a costruire un sistema europeo di gestione delle frontiere. Ma quanto europeo, è qualcosa che non si intravede poi così chiaramente fra le righe istituzionali dell'organizzazione interna dell'agenzia e del suo modo di operare. Due criticità dunque, una istituzionale ed una operativa, pendono attualmente sulla reale efficacia dell'azione dell'agenzia europea. Partiamo dalla prima.

I principali organi istituzionali del Frontex sono sicuramente il consiglio di amministrazione e il direttore esecutivo, persona, quest'ultima, responsabile della direzione dell'agenzia e figura "completamente indipendente nell'espletamento delle sue funzioni" (art. 25 reg. 2007/2004). Il consiglio d'altra parte, consta di un rappresentante per ogni Stato membro e di due rappresentanti della Commissione, e, contrariamente a quanto possa desumersi dal regolamento istitutivo, è proprio questo a controllare nella prassi il processo decisionale. Questo è tanto più vero se consideriamo il caso di decisioni relative ad attività specifiche da effettuare alle frontiere esterne di uno Stato membro in particolare: in questo caso la decisione finale è del tutto condizionata dalle volontà di un singolo membro del consiglio, rappresentante dello Stato ospitante le dette operazioni, di cui è richiesto il necessario voto favorevole (ex. Art. 20, par. 3 reg 2007/2004).

¹¹¹ In tali conclusioni si afferma che l'IBM consiste in "un corpus legislativo comune, in particolare il codice frontiere Schengen nonché il regolamento che stabilisce norme sul traffico frontaliero locale; la cooperazione operativa fra Stati membri, inclusa la cooperazione coordinata (Frontex); la solidarietà tra Stati membri e la Comunità attraverso l'istituzione di un Fondo per le frontiere esterne".

L'importanza cardine dello Stato ospitante di simili operazioni congiunte, quindi quelle operazioni patrocinate dal Frontex e comprendenti la collaborazione di Stati membri e terzi¹¹², non termina però nella decisività del suo consenso, si ripercuote bensì nel secondo ambito in analisi, quello operativo. Difatti, benché sia il direttore esecutivo ad avere il compito di stilare un piano operativo (per altro di difficile reperimento) di concerto con lo Stato ospitante, indicante scopo, obiettivi e *modus operandi*, il controllo sostanziale delle operazioni svolte, nonché di conseguenza la responsabilità internazionale per gli eventuali illeciti perpetrati durante tale svolgimento, ricade proprio sullo Stato ospitante. L'effettiva responsabilità del Frontex in simili operazioni risulta tanto minore qualora si consideri come, d'altronde, questo non possieda realmente mezzi propri: uomini, mezzi aerei e navali sono forniti volontariamente di volta in volta dagli Stati europei coinvolti nelle missioni, rispondenti tutti al loro Stato di bandiera, semmai agli ordini e alle strategie dettate dallo Stato ospitante. L'elemento forse più simile a delle vere e proprie "squadre Frontex" sono le c.d. RABIT (*Rapid Border Intervention Team*) create nel 2007¹¹³, consistenti in unità di esperti, sempre forniti dagli Stati membri, ma

¹¹² Secondo l'art. 3 reg. CE 2007/2004 "l'Agenzia valuta, approva e coordina le proposte degli Stati membri relative alle operazioni congiunte e ai progetti pilota". Esistono quindi tre modi in cui un'operazione congiunta può prendere il via: in seguito ad un'analisi dei rischi condotta dall'agenzia, la decisione viene presa dall'agenzia stessa; sulla base di una proposta di uno Stato membro, non necessariamente coinvolto nel fenomeno che causa il rischio (nel nostro caso flussi di immigrazione irregolare via mare); a partire dalla richiesta di uno Stato membro in difficoltà che non riesce da solo ad affrontare l'emergenza. Cfr. *SELINE TREVISANUT, Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p. 293 e s.

¹¹³ Regolamento CE n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, GUUE L 199, 31 luglio 2007.

preparati e messi a disposizione dell'agenzia per essere in grado di intervenire sul campo in breve tempo per fronteggiare al meglio situazioni di emergenza¹¹⁴.

Le criticità della peculiare operatività del Frontex, che coordina, ma non controlla, che invia mezzi che non sono i propri, che mette la griffa, ma non si assume responsabilità, si arricchiscono di un elemento prettamente giuridico. Difatti è bene notare come, le operazioni congiunte promosse dal Frontex, posseggano come unico fondamento giuridico internazionale, gli accordi amministrativi siglati fra Stati membri e Stati terzi coinvolti nelle operazioni (c.d. *working arrangements*), accordi per altro resi ben poco reperibili. A tale proposito si ricorderanno le operazioni Frontex HERA II ed HERA III condotte su richiesta della Spagna, con il coinvolgimento di Mauritania e Senegal.

Le operazioni nate dagli accordi in questione, non furono poi molto differenti in azioni e obiettivi dai condannati accordi bilaterali Italia-Libia analizzati nel corso del lavoro¹¹⁵. Ben classificabili come programmi di interdizione navale, avevano infatti l'obiettivo di intercettare e respingere verso i porti di partenza i natanti trasportanti migranti irregolari provenienti da Senegal e Mauritania operando nelle acque territoriali di questi due ultimi paesi. Aderirono all'accordo anche Finlandia, Italia e Portogallo. Il problema consistette nella scarsissima trasparenza di tali operazioni: difatti, benché navi differenti da quelle spagnole, uniche

¹¹⁴ Le RABIT rispondono infatti al principio della "solidarietà obbligatoria" (*compulsory solidarity*), sancita dall'art. 4, par. 3 reg. 863/2007, il quale dispone che gli Stati membri hanno l'obbligo di mettere a disposizione del Frontex delle proprie guardie di frontiera in modo tale che possano essere utilizzate non appena necessario, "a meno che non siano confrontati a una situazione eccezionale che incide in misura sostanziale sull'adempimento di compiti nazionali". Cfr. A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operation at Sea*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Leiden, 2010, p. 235. Vedi anche A. CALIGIURI, *Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione Europea e la tutela dei richiedenti asilo*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLITANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 369; E. PAPASTAVRIDIS, "Fortress Europe" and FRONTEX: *Within or Without International Law?*, *Nordic JIL*, 2010, p. 75 e s.

¹¹⁵ Cfr. Parte II, cap. 2.

autorizzate tramite un accordo internazionale, operassero in operazioni di interdizione navale in acque territoriali differenti dalle loro, nessun accordo fra Mauritania, Senegal e gli altri paesi europei partecipanti venne mai siglato, fondando così la legittimità delle operazioni sul solo accordo fra Senegal, Mauritania e Spagna¹¹⁶. Altrettanta oscurità caratterizzò la mancata indicazione dei porti in cui vennero effettivamente dirottate le imbarcazioni intercettate, nonché le procedure di determinazione dello *status*, nel rispetto del principio di non respingimento.

Le problematiche organizzative ed operative del Frontex appaiono evidenti. Oggi ci si chiede cosa l'agenzia europea possa fare per aiutare a gestire l'emergenza che si perpetua ormai da mesi fra le onde del mediterraneo, fra le coste africane, siriane, palestinesi e quelle italiane. Per il 2014 sono circa 100.000 i migranti sbarcati sulle sponde della penisola secondo il sito dell'Ansa¹¹⁷, e niente nell'attuale situazione internazionale suggerisce che questi numeri debbano in qualche modo fermarsi o diminuire. Al riguardo importanti figure politiche italiane hanno espresso il loro disappunto sull'inerzia europea in tal senso, e si sono augurati la piena sostituzione dell'operazione italiana in atto *Mare nostrum*, con una congiunta coordinata dal Frontex, che dovrebbe operare anche in un'ottica preventiva, direttamente sul territorio degli Stati di partenza e transito¹¹⁸.

Il passato italiano, nonché le considerate caratteristiche istituzionali ed operative dell'agenzia europea, non fanno sperare per il meglio al riguardo. Un'operazione congiunta in ambito

¹¹⁶ Cfr. S. TREVISANUT, "L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale", *Il Diritto dell'Unione Europea* – 2/2008, p. 380.

¹¹⁷ Cfr. www.ansa.it

¹¹⁸ Cfr. DOMENICO GIOVINAZZO, "Immigrazione, Boldrini: Frontex svolga operazioni di ricerca e soccorso in mare", 22 luglio 2014, e LETIZIA PASCALE, "Immigrazione, Alfano: Frontex sostituisca Mare Nostrum e abbia più uomini e più fondi", 30 luglio 2014, su www.eunews.it.

Frontex, come abbiamo visto, richiederebbe in ogni caso la piena responsabilità italiana della conduzione delle operazioni di ricerca e salvataggio, nonché la necessaria presenza di accordi amministrativi fra Italia e paesi terzi di provenienza dei flussi, molti dei quali non garantiscono affatto la sicurezza per i migranti di non essere soggetti a trattamenti inumani, né tantomeno, la garanzia di una procedura d'asilo. In questo senso, benché un intervento dell'agenzia sarebbe largamente auspicabile, se non altro al fine di sollevare lo Stato italiano dagli ingenti costi sostenuti in solitaria e per permettere una maggiore efficienza delle operazioni di salvataggio in mare, esso non si dimostrerebbe così semplice ed immediato. Considerata la ben poca trasparenza che ha fin ora caratterizzato le operazioni Frontex, sarebbe ben facile incorrere in illeciti dal punto di vista del diritto internazionale, ma soprattutto per quel che riguarda il principio di non respingimento, evitabile solo qualora ben si documentassero l'effettività delle operazioni di *screening* già sulle imbarcazioni coinvolte nelle operazioni, e la reale destinazione dei migranti respinti. L'efficace conduzione di Frontex di un'operazione umanitaria tanto vasta e complessa, senza che questa si trasformi in un indiscriminato meccanismo di respingimento migranti, sarebbe in questo senso non solo una sorpresa, ma forse anche la prima vera prova che l'agenzia europea per la gestione integrata delle frontiere esterne possa essere un valido strumento per la risoluzione di situazioni di crisi a livello aggregato.

BIBLIOGRAFIA

- S. AGA KHAN, *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Person*, Recueil des cours, 1976, vol. 1, p. 296, p. 342.
- S. AMIN, *Reserches Internationales*, n°94, febbraio/marzo 2013.
- E. ARBOLEDA, *The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OUA Convention - A Comparative Perspective*, IJ Refugee L, *Special Issue*, 1995, p. 93.
- A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operation at Sea*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Leiden, 2010, p.235.
- C. BAILLET, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, HRQ, 2003, p.741 e s.
- R. BARNES, *Refugee Law at Sea*, ICLQ, 2004, p. 47 e s.
- C. BILLET, *EC readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against Irregular Immigration. An Assessment after ten years of practice*, in *European Journal of Migration and Law*, n.2, 2010.
- A. CALIGIURI, *Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestine alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 337 e s.
- R. R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, 3° ed., Manchester, 1999, p. 160 e s. ; p. 265.
- B. COLOBY, *La suretè des ports maritimes*. Defense nationale, 2003, p. 69 e s.
- R.-J. DUPUY, *La mer sous competence nationale*, in R.- J. DUPUY, D. VIGNES (a cura di) *Traitè du nouveau droit de la mer*, Paris, 1985, p. 219 e s; p. 260 e s.
- J. DUPUY, D. VIGNES, (a cura di) *A Handebook of the Law of the Sea*, vol. 1-2, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1991, p. 107.
- P. L. DREYFUS, *Suretè du navire*, Dèfence national, 2003, p. 54.
- A. FIORINI, “L’Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo – Sentenza Hirsijamaa e altri c. Italia” su www.meltingpot.org.
- C. A. FLEISHER, *Fisheries and biological resources*, in R.-J. DUPUY, D. VIGNES (a cura di) *A Handbook of the Law of the Sea*, p. 1047 e s.

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, p. 61-78.

J. K. JR. GAMBLE, (a cura di), *Law of the Sea: Neglected Issues*, Honolulu, 1979.

D. GIOVINAZZO, “*Immigrazione, Boldrini: Frontex svolga operazioni di ricerca e soccorso in mare*”, 22 Luglio 2014 su www.euronews.it.

A. GRAHL-MADSEN, *The status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leiden, 1966, p. 123-125.

G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3^{ed.}, Oxford, 2007, p. 244 e s.

F. GRISOLIA, *L'immigrazione clandestina in due decisioni della Federal Court australiana*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, p. 74 e s.; p. 122 e s.

J. C. HATHAWAY, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, Harvard ILJ, 1990, p. 129 ; p. 151-157; p. 335 e s.

M. IOSSA, *Tensione tra Malta e Italia per una nave piena di Clandestini* in *Corriere della sera* del 17 aprile 2009.

E. LAUTERPACHT, D. BENTHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (a cura di) *Refuge Protection in International Law*, Cambridge, 2003 , p. 87 e s ; p. 110 e s.

G. LOESCHER, *The UNHCR and World Politics, A Perilous Path*, Oxford, 2002, p. 44 e s.

P. LOUIS-DREYFUS, *Suretè du navire*, Dèfence nationale, 2003, p. 53 – 54.

T. MAGNER, *A Less than <<Pacific>> Solution for Asylum Seekers in Australia*, IJ Refugee L, 2004, p.53 e s.

B. NASCIMBENE, *Lo <<Spazio Schengen>>: libertà di circolazione e controlli alle frontiere*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 2000, p. 307 e s.

M. PALLIS, *Obligations of States towards Asylum Seeker at Sea: Interactions and Conflicts between Legal Regimes*, I J Refugee L, 2002, p. 335 e s.

E. PAPASTAVRIDIS, << Fortress Europe>> and FRONTEX: *Within or Without International Law?*, Nordic JIL, 2010, p. 75 e s.

L. PASCALE, “*Immigrazione, Alfano: Frontex sostituisca Mare Nostrum e abbia più uomini e più fondi*”, 30 Luglio 2014 su www.euronews.it

N. RONZITTI, *Il Trattato Italia- Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, in *Istituto di Affari Internazionali (IAI), Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, n. 108, gennaio 2009, p. 8.

T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto del mare*, Milano, 2002, p. 46 e s.

A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009.

S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, *Il Diritto dell'Unione Europea* – 2/2008, p.380.

S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2009), p. 609-620.

S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, *Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, p. 8; p.55; p.120 e s.; p. 293 e s.

T. TREVES, *La navigation*, in R. J. DUPY, D. VIGNES (a cura di) *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Bruxelles, 1985, p. 717.

J.VAN SELM-THORBURN, *Refugee Protection in Europe, Lessons of the Yugoslav Crisis*, The Hague, 1998, p. 23; p. 29.

F. VASSALLO PALEOLOGO, “*Cap Anamur – Pubblicati i motive di assoluzione: l'intervento umanitario non è reato*” su www.meltingpot.org.

F. VIVIANO, *Immigrati bloccati in mezzo al mare, nessuno li vuole, lite Italia-Malta*, in *La Repubblica* del 18 aprile 2009.

A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The European Union Vertical Order of Competence: the Current Law and Proposal for its Reform*, *Common Market Law Review*, 2002.

M. WHITE, *Tampa incident: Shipping, international and maritime legal issues*, *The Australian Law Journal*, 2004, p.101 e s.

- *Tampa incident: Some subsequent legal issues*, *The Australian Law Journal*, 2004, p. 249 e s.

