

# Ius peregrinandi

Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali,  
esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione

a cura di Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti,  
Carlo Sotis

eum

Francesca De Vittor

Respingimenti in mare ed ‘esternalizzazione’ della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela<sup>1</sup>

### 1. *Universalità dei diritti e controllo dei confini*

Caratteristica fondamentale dei diritti umani è la loro vocazione all’universalità. Per definizione, il loro godimento è svincolato dal rapporto di cittadinanza. Ciò si traduce nella definizione dell’ambito di applicazione di tutte le convenzioni in materia di diritti umani, siano esse di carattere regionale o universale, che affermano la titolarità dei diritti in capo a qualsiasi individuo sottoposto alla giurisdizione dello Stato membro<sup>2</sup>. L’obbligo di garanzia imposto allo Stato prescinde dunque tanto dalla nazionalità dell’individuo quanto da qualsiasi considerazione di reciprocità nel rapporto con altri Stati. Il migrante, sia esso regolare o meno, beneficia dunque del livello di tutela e rispetto dei diritti dell’uomo raggiunto in uno Stato al pari dei cittadini dello Stato stesso. Ciò comporta, per i paesi in cui la garanzia dei diritti umani è particolarmente avanzata, come nel caso degli Stati membri dell’Unione europea e del Consiglio

<sup>1</sup> Il presente lavoro è aggiornato al 30 agosto 2011, non tiene pertanto conto degli sviluppi successivi.

<sup>2</sup> Si vedano, a mero titolo di esempio, l’art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, l’art. 2 del Patto sui diritti civili e politici, l’art. 1 della Convenzione americana dei diritti dell’uomo, l’art. 2 della Convenzione contro la tortura, l’art. 2 della Convenzione sui diritti dell’infanzia; si veda anche, benché con una diversa formulazione, l’art. 2 della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli. Sul concetto di giurisdizione, Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell’uomo*, Torino, Giappichelli, 2002.

d'Europa, egualmente elevati obblighi di garanzia e protezione nei confronti di migranti e richiedenti asilo.

Siffatta ricostruzione teorica apparentemente semplice dell'ambito di applicazione degli obblighi in materia diritti umani si scontra tuttavia con due ordini di difficoltà. La prima, di carattere interpretativo, consiste nella difficoltà di definire il concetto di giurisdizione, ovvero di determinare quali siano gli elementi caratterizzanti il controllo operato da un Stato affinché esso sia considerato responsabile di una violazione dei diritti garantiti dai trattati sui diritti umani di cui sia parte. La seconda difficoltà è determinata dalla tendenza degli Stati ad allontanare sempre più dal proprio confine territoriale, e far svolgere da autorità di altri Paesi, lo svolgimento di operazioni potenzialmente lesive di diritti umani al fine, sia di poter argomentare che tali operazioni sono estranee all'esercizio della loro giurisdizione, sia di rendere in ogni caso più difficoltoso il ricorso ai rimedi giurisdizionali offerti dagli ordinamenti statali e dai sistemi convenzionali di protezione dei diritti umani.

Nonostante i proclami di rispetto dei diritti umani, anche nei confronti degli stranieri, contenuti nei programmi generali adottati dal Consiglio europeo negli ultimi decenni e ribaditi nei preamboli di tutti gli strumenti in materia di immigrazione ed asilo, molte delle misure effettivamente adottate tanto dagli Stati membri quanto dalle istituzioni dell'Unione sembrano sempre più spesso volte più ad ostacolare l'accesso al territorio e conseguentemente alle procedure di accertamento del diritto alla protezione, piuttosto che ad un efficace svolgimento delle stesse. Tale tendenza, che comunemente prende il nome di "esternalizzazione", ha subito una temporanea riduzione in seguito agli eventi rivoluzionari e di guerra che hanno interessato il Nord Africa, ed in particolare la Libia e la Tunisia, a partire dalla fine del 2010, ma continua ad essere uno degli elementi caratterizzanti della politica europea di immigrazione ed asilo.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di illustrare le principali tra queste misure valutandone la compatibilità con gli obblighi internazionali sottoscritti dagli Stati stessi. È opportuno precisare che scopo dell'indagine è analizzare le situazioni in cui i migranti vengono effettivamente mantenuti fuori dai confini

europei. Esulano pertanto dall'indagine tutte le situazioni in cui il migrante è trattenuto, in regime di privazione della libertà, nel territorio degli Stati membri in attesa di essere rimpatriato<sup>3</sup>, o in cui l'esclusione dal territorio di uno Stato membro avviene attraverso il trasferimento della persona verso un altro Stato membro<sup>4</sup>.

## 2. *Controllo delle frontiere esterne e tutela dei diritti*

Il controllo delle frontiere e la conseguente discrezionalità nelle decisioni relative all'ingresso di stranieri nel territorio sono tra le prerogative di ogni stato sovrano. Tuttavia, il processo di abolizione delle frontiere interne tra paesi membri dell'Unione europea – insito nel principio stesso di libera circolazione delle persone, espressamente annunciato con l'Atto unico europeo<sup>5</sup>, e inaugurato, anche se solo tra alcuni Stati membri, con gli Accordi di Schengen nel 1985<sup>6</sup> – non può prescindere da una politica comune, o quanto meno dall'esistenza di norme armonizzate, in materia di attraversamento delle frontiere esterne. In altri termini, l'assenza di controlli alle frontiere tra Paesi membri, e la conseguente facilità anche per i cittadini di paesi terzi di spostarsi da uno Stato all'altro all'interno dell'Unione, fa sì che vi sia un

<sup>3</sup> Con territorio degli Stati membri si intendono tutte le aree in cui gli Stati esercitano poteri sovrani, anche qualora si tratti di territori di oltremare. Esulano pertanto dall'indagine anche quei casi in cui i migranti, benché trattenuti fuori dall'Europa geografica (ad esempio nei campi spagnoli di Ceuta e Melilla), hanno formalmente varcato i confini degli Stati membri.

<sup>4</sup> Ci si riferisce all'applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, anche noto come "regolamento Dublino II". In merito ci limitiamo a ricordare che anche tale trasferimento pone rilevanti questioni in materia di rispetto dei diritti umani, come dimostrato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011.

<sup>5</sup> Articolo 13, paragrafo 2, dell'Atto Unico Europeo, *Gazzetta Ufficiale*, numero L. 169 del 29 giugno 1987, p. 1.

<sup>6</sup> Sull'Accordo di Schengen e la relativa Convenzione di applicazione, si veda Georgia Papagianni, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 13-16; Philippe Weckel, *La convention additionnelle à l'Accord de Schengen*, «Revue générale de droit international public», 1991, pp. 405-437.

interesse comune a che controlli efficaci e limitazioni all'ingresso siano posti alle frontiere esterne. Tuttavia, la cooperazione in materia di controllo delle frontiere è stata a lungo di natura intergovernativa piuttosto che comunitaria, e lo stesso Trattato di Lisbona lascia ampie competenze agli Stati in materia. Ne consegue che alla disciplina del controllo delle frontiere concorrono norme e competenze tanto nazionali quanto dell'Unione europea<sup>7</sup>.

Un elemento comune caratterizza però sia le politiche nazionali sia quelle europee: lo scopo di impedire l'ingresso nel territorio di cittadini stranieri la cui presenza non sia necessaria allo sviluppo delle attività economiche nazionali. E ciò anche a scapito del diritto alla protezione di cui in molti casi queste persone dovrebbero godere. A questa logica rispondono tanto le operazioni di polizia nazionali, quanto quelle organizzate con l'aiuto dell'Agenzia europea per i controlli alle frontiere (Frontex), quanto infine gli accordi di riammissione e controllo dell'immigrazione conclusi sia dai singoli Stati sia congiuntamente con l'Unione europea.

Per quanto riguarda le operazioni nazionali, l'esempio delle operazioni di respingimento in mare e contestuale rimpatrio verso i paesi del Nord Africa, in particolare la Libia<sup>8</sup>, è particolarmente rappresentativo. Tali operazioni hanno avuto inizio nel maggio 2009, e, nonostante le critiche mosse sia da organismi internazionali di protezione dei diritti umani sia dalle principali organizzazioni non governative impegnate nella protezione dei migranti, continuano a caratterizzare la politica italiana di contrasto all'immigrazione irregolare. Sebbene, uno degli effetti della guerra in Libia sia stato quello di interrompere l'applicazione dell'Accordo di amicizia tra Italia e Libia e del protocollo

<sup>7</sup> In materia di visti, per esempio, i c.d. visti uniformi Schengen disciplinati oggi dal regolamento (CE) n. 810/2009 e validi per periodi inferiori a 90 giorni, coesistono con i visti nazionali di durata più lunga disciplinati in modo autonomo dai singoli Stati.

<sup>8</sup> Più di un migliaio di persone sono state respinte e rimpatriate verso la Libia; sono tuttavia documentati anche respingimenti verso l'Algeria. Si veda il rapporto del Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura in seguito alla visita del 2009, pubblicato il 28 aprile 2010, CPT/Inf (2010) 14, pp. 17 ss.

d'intesa in base al quale i respingimenti avevano luogo<sup>9</sup>, permettendo di conseguenza lo sbarco sulle coste italiane di un notevole numero di persone, un'intesa per il controllo congiunto delle frontiere marittime e il rimpatrio è stata firmata l'11 aprile 2011 tra il Ministro dell'Interno Italiano e le autorità tunisine<sup>10</sup>. In seguito, il 17 giugno 2011, un Memorandum d'intesa è stato firmato tra il Governo Italiano e il Consiglio Nazionale Transitorio Libico. Questo ultimo accordo richiama quelli precedentemente conclusi con il Governo di Gheddafi e prevede espressamente la "reciproca assistenza e cooperazione nella lotta all'immigrazione illegale, incluso il rimpatrio di immigrati in posizione irregolare"<sup>11</sup>.

Lo scopo ufficialmente dichiarato delle operazioni di respingimento sarebbe quello impedire l'accesso al territorio nazionale di persone che, non avendo i requisiti per ottenere un titolo di soggiorno, dovrebbero poi essere espulse. Tuttavia, poiché nessuna indagine in merito allo status dei singoli individui presenti a bordo è effettuata preliminarmente allo sbarco nei porti di destinazione, è evidente che non è possibile distinguere tra coloro che effettivamente sarebbero stati respinti o espulsi dal territorio nazionale e coloro che invece avrebbero potuto ottenere un titolo di soggiorno in Italia per motivi di protezione internazio-

<sup>9</sup> In realtà il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra Italia e Libia del 30 agosto 2008 (ratificato e reso esecutivo con L. n. 7 del 6 febbraio 2009, pubblicato anche «Rivista di diritto internazionale», 2009, pp. 633 ss.), non contiene alcuna disposizione specifica relativa alla riammissione in Libia dei migranti intercettati in alto mare, limitandosi a prevedere un sistema di pattugliamento congiunto delle coste. La riammissione è nei fatti avvenuta sulla base di intese più o meno segrete tra i Governi dei due paesi. Su tale questione si veda Seline Trevisanut, *La collaborazione Italia-Libia in materia di contrasto all'immigrazione clandestina via mare: profili di diritto del mare*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2009, pp. 609 ss.

<sup>10</sup> Dell'accordo, che non è stato pubblicato, ha dato comunicazione il Ministero degli Affari esteri, v. <[http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala\\_Stampa/ArchivioNotizie/Approfondimenti/2011/04/20110406\\_Accordo\\_ItaliaTunisia.htm](http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Approfondimenti/2011/04/20110406_Accordo_ItaliaTunisia.htm)>.

<sup>11</sup> Il testo dell'accordo è consultabile all'indirizzo <[http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=1685&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1685&l=it)>. Si veda, con una serie di opportuni rilievi critici, il comunicato stampa diramato dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione all'indirizzo [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=1679&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1679&l=it).

nale<sup>12</sup> o per altre ragioni previste dall'ordinamento nazionale<sup>13</sup>. Quest'ultima considerazione rende evidente come lo scopo delle operazioni non sia tanto quello di impedire l'ingresso di persone che non avrebbero il diritto di restare nel paese e sarebbero pertanto immediatamente destinatarie di un ordine di espulsione o respingimento alla frontiera, quanto quello di spostare la frontiera stessa verso luoghi asseritamente estranei alla giurisdizione dello Stato al fine di eludere gli obblighi di protezione che gravano sullo Stato<sup>14</sup>.

Siffatta ricostruzione del concetto di giurisdizione statale entro i confini territoriali non trova però riscontro nell'ordinamento internazionale. In primo luogo, va rilevato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che il concetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è essenzialmente ma non esclusivamente territoriale, e non ha mancato di affermare la giurisdizione dello Stato in relazione ad imbarcazioni sulle quali le autorità nazionali esercitano il controllo<sup>15</sup>. Benché la Corte europea non si sia ancora pronunciata in merito al caso specifico dei respingimenti effettuati dalle motovedette italiane<sup>16</sup>, alla luce della giurisprudenza precedente sembra improbabile che essa accolga la tesi del Governo tendente ad escludere l'applicazione della Conven-

<sup>12</sup> A circa la metà delle persone che raggiungono l'Italia attraversando il Mediterraneo è in seguito riconosciuto lo status di rifugiato o la protezione internazionale sussidiaria, risulta quindi statisticamente probabile che la stessa proporzione di aventi diritto sia presente sulle imbarcazioni respinte.

<sup>13</sup> Secondo quanto previsto dal d. lgs. 286/98, Testo Unico delle leggi sull'immigrazione e il trattamento dello straniero, art. 18, sono comunque inespellibili le donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del bambino e i minorenni. Secondo le testimonianze, sulle imbarcazioni respinte sino ad oggi erano presenti sia donne in stato di gravidanza, sia neonati e minorenni.

<sup>14</sup> Si veda in merito Alfredo Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2009, pp. 591 ss.

<sup>15</sup> Si vedano i casi *Rigopoulos c. Spagna*, n. 37388/97, decisione del 12 gennaio 1999; *Xhavara c. Italia e Albania*, n. 39473/98, decisione dell'11 gennaio 2001; con riferimento ad una nave battente bandiera straniera, ma di cui i militari francesi avevano preso il comando, si veda *Medvedyev c. Francia*, n. 3394/03, sentenza del 10 luglio 2008, in particolare par. 50.

<sup>16</sup> Il caso, *Hirsi ed altri c. Italia*, n. 27765/09, è attualmente all'esame della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha tenuto udienza il 22 giugno 2011 ma ancora non si è pronunciata.

zione<sup>17</sup>. Una volta accertata la sussistenza della giurisdizione, diversi profili di illegittimità possono essere rilevati in merito alle operazioni di respingimento. Innanzitutto, il rischio che le persone respinte subiscano tortura o trattamenti inumani e degradanti nei luoghi di destinazione rende i respingimenti incompatibili con l'articolo 3 della Convenzione europea. In secondo luogo, l'assenza di identificazione delle persone presenti a bordo e di valutazione individuale delle situazioni induce a qualificare i respingimenti come espulsioni collettive vietate dall'art. 4 del quarto Protocollo addizionale alla Convenzione. In terzo luogo, la totale assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale sulle operazioni appare incompatibile con gli articoli 5 e 13 della Convenzione.

Come sopra accennato, uno degli effetti più rilevanti del respingimento in acque internazionali è l'impossibilità per le persone in fuga da conflitti o persecuzioni di presentare domanda di riconoscimento dello status di rifugiato o altra forma di protezione internazionale. Anche in questo caso la tecnica volta a spostare lontano dal confine territoriale il controllo di frontiera serve quindi ad evitare il godimento di diritti che l'ordinamento nazionale ed internazionale riconosce agli stranieri. Si tratta di un espediente già utilizzato dagli Stati Uniti al fine di limitare l'afflusso di richiedenti asilo provenienti dalle Hawaii<sup>18</sup> e dall'Australia per non farsi carico dei rifugiati in fuga dall'arcipelago indonesiano<sup>19</sup>. Va tuttavia rilevato che, sebbene la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati non imponga esplicitamente un obbligo di ammissione dell'individuo in cerca di

<sup>17</sup> Si veda Terrasi, *I respingimenti*, cit., Francesca De Vittor, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, «Rivista di diritto internazionale», 2009, pp. 807 ss.

<sup>18</sup> Si veda la sentenza del 21 giugno 1993 nel caso *Sale v. Haitian Center Council* (509 US 155), con la quale la Corte suprema statunitense ha negato l'applicabilità dell'art. 33 ai profughi haitiani intercettati in alto mare. Il comportamento degli Stati Uniti è stato però condannato dalla Commissione interamericana dei diritti umani, *Haitian Centre for Human Rights e a. v. United States of America*, caso 10.675, decisione del 13 marzo 1997.

<sup>19</sup> Per un'approfondita analisi di tutte le prassi adottate dagli Stati per rendere difficoltoso l'accesso al territorio perseguito al fine di richiedere l'asilo, si veda James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 279-302.



asilo, siffatta discrezionalità trova un importante limite nell'obbligo di *non-refoulement* previsto all'art. 33 della Convenzione stessa<sup>20</sup>. Poiché infatti l'accertamento dello status di rifugiato ha natura meramente ricognitiva, esso trova applicazione anche nei confronti di quelle persone che, pur non avendo ancora avuto accesso alle procedure di riconoscimento, sono in fuga dal proprio paese per un fondato timore di persecuzione, ovunque esse si trovino<sup>21</sup>. Tale interpretazione è confermata dallo stesso UNHCR che nel parere reso il 26 gennaio 2007 su *Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (§ 24) ha ribadito che il divieto di respingimento non ha limitazioni territoriali e si applica ovunque lo Stato eserciti la sua giurisdizione, ivi compreso l'alto mare. L'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement* di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra appare quindi coincidere in larga parte con il concetto di giurisdizione statale ai sensi delle convenzioni in materia di protezione dei diritti umani, e si estende pertanto anche al di fuori del territorio nazionale nei casi in cui possa affermarsi che il richiedente asilo è sottoposto all'autorità dello Stato che effettua il respingimento<sup>22</sup>. Anche in relazione al diritto dei rifugiati, lo spostamento del luogo di controllo lontano dal confine territoriale non comporta pertanto l'esenzione dal rispetto di alcune fondamentali garanzie. Lo Stato dovrebbe infatti accertarsi che il luogo di destinazione dei rifugiati respinti sia un "paese sicuro", ovvero uno Stato idoneo ad assicurare ai

<sup>20</sup> Benché di origine convenzionale, al principio di *non-refoulement* è oggi riconosciuto valore consuetudinario dalla più autorevole dottrina. Si rinvia in merito a Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem, *The scope and content of non-refoulement*, in Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (a cura di), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 140 ss.

<sup>21</sup> Lauterpacht, Bethlehem, *The scope and content of non-refoulement*, cit., p. 116 ss.; Paolo Benvenuti, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in Laura Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 168.

<sup>22</sup> Guy S. Goodwin-Gill, Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 244 ss.; Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 339; Seline Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, «Max Planck Yearbook of United Nations Law», XII, 2008, pp. 205-246.

rifugiati la protezione loro garantita dalla Convenzione di Ginevra<sup>23</sup>.

Le operazioni di respingimento in mare sono state apertamente e pesantemente condannate sia dell'UNHCR sia da diversi organi del Consiglio d'Europa. Nessuna condanna esplicita è invece stata pronunciata dagli organi ed istituzioni dell'Unione europea né dai Governi degli Stati membri, che invece, attraverso le operazioni di controllo del Mediterraneo coordinate dall'agenzia Frontex, sono indirettamente coinvolti nello svolgimento delle operazioni stesse. Le operazioni di intercettazione in mare e rimpatrio in Libia si sono svolte, infatti, mentre due operazioni di controllo congiunto della frontiera marittima meridionale erano in atto: Hermes e Nautilus<sup>24</sup>. Nonostante le regole di ingaggio delle forze di polizia impegnate nelle operazioni di controllo dei confini marittimi coordinate da Frontex prevedano il soccorso ma non il respingimento, lo svolgimento delle operazioni del 2009 ha mostrato come le imbarcazioni intercettate siano state poi segnalate alla guardia costiera italiana affinché essa procedesse al rimpatrio in Libia<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Interessante in tal senso è la prassi australiana. L'Australia infatti, pur impedendo l'accesso al proprio territorio di imbarcazioni con a bordo richiedenti asilo soccorsi in mare, ha finanziato l'esame delle domande e l'accoglienza degli stessi richiedenti asilo da parte di paesi limitrofi. Si veda, in merito alla nota vicenda della nave Tampa, l'analisi di Matteo Fornari, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, «La Comunità internazionale», 2002, pp. 61 ss.

<sup>24</sup> L'operazione Hermes di pattugliamento delle frontiere marittime meridionali dell'Unione si è svolta tra il 16 aprile e il 16 ottobre 2009; vi hanno partecipato Italia, Francia, Germania, Spagna, Slovacchia e Norvegia. L'operazione Nautilus, svoltasi dal 27 aprile al 15 ottobre 2009, con la collaborazione di Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Portogallo e Romania, era invece stata avviata su richiesta di Malta per controllare il braccio di mare intorno al Canale di Sicilia.

<sup>25</sup> Il 18 giugno 2009, un elicottero tedesco, intervenuto nell'ambito dell'operazione "Nautilus IV" ha coordinato l'intercettazione, da parte della guardia costiera italiana, 29 miglia a sud di Lampedusa, di un barcone che trasportava circa 75 migranti. Stando ai resoconti, la guardia costiera italiana ha consegnato i migranti ad una motovedetta libica la quale li ha portati a Tripoli, dove, secondo quanto riportato, sono stati "consegnati ad un'unità militare libica". Si veda il rapporto di *Human Rights Watch*, *Scacciati e schiacciati. L'Italia e il respingimento di migranti e richiedenti asilo, la Libia e il maltrattamento di migranti e richiedenti asilo*, 2009, p. 37, consultabile all'indirizzo <<http://www.hrw.org/node/85607>>.

La conduzione delle operazioni è prova della condivisione tra gli Stati membri dell'Unione europea dell'idea secondo cui l'afflusso di persone, anche qualora notoriamente determinato da ragioni umanitarie, debba essere in primo luogo ostacolato attraverso l'intensificazione dei controlli di frontiera e il respingimento dei migranti. Questo *modus operandi* sembra confermato dalla reazione degli Stati membri e delle Istituzioni dell'Unione agli effetti migratori determinati dagli eventi rivoluzionari che hanno interessato diversi paesi del Nord Africa e del Medio Oriente, e la Libia in particolare, a partire dalla fine del 2010. Nel corso dei primi mesi del 2011 più di ventimila persone in fuga dalla Libia e dalla Tunisia sono sbarcate sulle coste italiane. A fronte di un afflusso così massiccio, il governo italiano ha chiesto l'intervento dell'Unione europea e la solidarietà degli altri Stati membri. Fondamentalmente il governo italiano ha invocato due diverse forme di solidarietà: in primo luogo l'applicazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea<sup>26</sup>, ed in secondo luogo il rafforzamento dei controlli alle frontiere meridionali dell'Unione con il supporto e il coordinamento di Frontex. In relazione al rafforzamento della sorveglianza delle frontiere marittime la risposta è stata positiva: l'operazione Hermes 2011, che avrebbe dovuto avere inizio nel mese di giugno, è stata anticipata al mese di febbraio, ne è stata estesa l'area geografica e si è stabilito che i partecipanti all'operazione offrano supporto anche per operazioni di rimpatrio<sup>27</sup>. Viceversa la richiesta di attuazione della procedura prevista dalla direttiva 2001/55/CE, che comporta tra l'altro la ripartizione degli oneri e dell'accoglienza tra gli Stati membri, è stata respinta dalla Commissione<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

<sup>27</sup> Si veda il comunicato dell'Agenzia all'indirizzo <[http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news\\_releases/art96.html](http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art96.html)>.

<sup>28</sup> La Direttiva prevede che l'afflusso massiccio di sfollati – e la conseguente applicazione delle disposizioni di solidarietà previste dalla direttiva stessa – sia accertato dal Consiglio su proposta della commissione (art. 5). L'articolo 25 della Direttiva dispone che «gli Stati membri accolg[a]no con spirito di solidarietà comunitaria le

È evidente quindi come gli Stati membri siano disposti ad agire solidalmente quando ciò sia finalizzato a mantenere al di fuori dello spazio giuridico europeo persone che vorrebbero accedere alle garanzie in esso previste, mentre questa solidarietà viene meno qualora si tratti di offrire protezione a coloro che sono riusciti a varcarne i confini. È indicativo da questo punto di vista il comportamento della Francia che ha fornito ingenti mezzi di supporto per l'operazione Hermes 2011, ma, a fronte della concessione da parte dell'Italia di permessi temporanei agli sfollati soccorsi a Lampedusa e in Sicilia, ha di fatto reagito ripristinando forme di controllo alle frontiere interne al fine di impedire loro l'ingresso sul suo territorio<sup>29</sup>.

### *3. Controllo dell'uscita dai paesi terzi e diritto di lasciare qualsiasi paese incluso il proprio*

Nel paragrafo precedente si è illustrato come il controllo delle frontiere, asseritamente volto ad impedire l'ingresso nell'Unione europea di persone che non avrebbero titolo per entrare, ha in realtà come effetto quello di mantenere al di fuori dello spazio giuridico europeo anche persone cui l'ordinamento internazionale ed europeo garantirebbero protezione. Negli esempi proposti, ciò che rende illegittimo il comportamento dello Stato non è il generale impedimento dell'accesso al territorio per lo straniero, bensì il fatto che il respingimento generalizzato interessi anche soggetti che invece avrebbero diritto alla protezione. In assenza di un diritto dello straniero di accedere al territorio di uno Stato, il respingimento alla frontiera risulta illegittimo solo qualora esponga il migrante al rischio di persecuzione o di

persone ammissibili alla protezione temporanea», e che «indic[hi]no la loro capacità d'accoglienza in termini numerici o generali».

<sup>29</sup> Le misure relative alla concessione dei permessi temporanei sono state concesse con d.p.c.m. del 5 aprile 2011. Il giorno successivo, 6 aprile, il Ministro francese dell'interno, dell'oltre-mare, delle collettività locali e dell'immigrazione, emanava una circolare con cui invitava i Prefetti e le forze dell'ordine ad applicare rigorosamente i limiti che la Convenzione di Schengen prevede in materia di circolazione delle persone titolari di permessi di soggiorno concessi da un altro Stato membro (la circolare francese può essere consultata all'indirizzo <[http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=1546&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1546&l=it)>).

trattamenti contrari ai diritti umani fondamentali. Questa constatazione viene spesso definita come il “paradosso” del diritto internazionale in materia di migrazioni: a fronte del diritto a lasciare il proprio paese garantito dalle convenzioni in materia di diritti dell'uomo<sup>30</sup>, e al quale può essere riconosciuto valore di norma consuetudinaria<sup>31</sup>, non esiste un obbligo degli altri Stati di accogliere lo straniero. È però necessario chiedersi se la prevenzione dell'immigrazione illegale possa spingersi tanto lontano dalle frontiere nazionali e tanto vicino alle frontiere dei paesi di emigrazione da impedire l'esercizio del diritto di ogni individuo a lasciare il proprio paese. È di fatto ciò che accade nei programmi di interdizione navale posti in essere dagli Stati membri – individualmente o collettivamente con il supporto di Frontex – in collaborazione con i paesi di emigrazione, nelle acque territoriali di essi o nelle acque internazionali a loro immediatamente adiacenti.

Fin dall'adozione del Programma di Tampere nel 1999, il Consiglio europeo ha convenuto sull'importanza fondamentale della dimensione esterna delle politiche di controllo dei flussi

<sup>30</sup> L'art. 12, par. 2, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici enuncia: «Ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio». Analoga disposizione si legge nell'art. 2, par. 2, del quarto protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; nell'art. 5(ii), della Convenzione del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; nell'art. 10, par. 2, della Convenzione del 1989 sui diritti dell'infanzia; nell'art. 8 par. 1 della Convenzione del 1990 sulla protezione dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie; nell'art. 22 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969. Il diritto di lasciare qualsiasi paese è peraltro enunciato anche dall'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

<sup>31</sup> Gli autori che si sono interrogati sul diritto di lasciare il proprio paese non hanno investigato particolarmente sulla natura consuetudinaria o pattizia dello stesso. Tuttavia, considerano tale diritto un corollario fondamentale della libertà di circolazione e sembrano darne per acquisita la portata di norma generale. Si veda Vincent Chetail, *Freedom of Movement and transnational Migrations: a Human Rights Perspective*, in Alexander Aleinikoff, Vincent Chetail (a cura di), *Migration and international legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 47 ss.; Colin Harvey, Robert P. Barnidge, *Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law*, «International Journal of Refugee Law», XIX, 2007, pp. 1 ss.. Per una ricostruzione storica del riconoscimento internazionale del diritto di emigrare, si veda Joy M. Purcell, *A Right to Leave, but Nowhere to Go: Reconciling an Emigrant's Right to Leave with the Sovereign's Right to Exclude*, «University of Miami Inter-American Law Review», XXXIX, 2007, pp. 177 ss.

migratori, indicando negli accordi con i paesi terzi lo strumento principale di realizzazione di tali politiche<sup>32</sup>. La funzione di tali accordi è, in primo luogo, quella di garantire il rimpatrio dei migranti irregolari espulsi dai paesi europei<sup>33</sup>; ad essa si affianca però, in modo sempre più preponderante, quella di creare delle “zone cuscinetto” di paesi terzi che non si limitino a riammettere i migranti irregolari espulsi dall'Europa, ma piuttosto intercettare i migranti prima ancora che essi lascino il territorio per dirigersi verso l'Unione europea<sup>34</sup>. A tal fine l'Unione europea e gli Stati membri offrono un supporto indispensabile, sia fornendo mezzi e personale militare per garantire l'efficacia dei controlli di frontiera in uscita, sia finanziando le infrastrutture locali di trattenimento e detenzione dei migranti. In entrambi i casi l'“esternalizzazione” del controllo non pare sufficiente ad eludere la responsabilità internazionale degli Stati europei.

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla ricevibilità del caso *Xhavara c. Italia* offre interessanti spunti di riflessione. Il 28 marzo 1997, la nave militare italiana Sibilla intercettava nelle acque internazionali tra Italia e Albania una nave albanese, carica di migranti, presumibilmente diretta verso le coste italiane. Nel tentativo di costringerla a fare inversione di rotta, la nave Sibilla speronava, facendola affondare, la nave albanese. Molti profughi annegarono nell'incidente<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> La gestione delle politiche migratorie non è solo oggetto di accordi specifici tra Unione europea e Stati terzi, molto spesso infatti accordi più generali di partenariato e cooperazione economica contengono norme relative al contrasto all'immigrazione illegale. Si vedano per esempio gli *Action Plans* conclusi tra l'Unione e gli Stati terzi nell'ambito della politica europea di vicinato (<[http://ec.europa.eu/world/enp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/world/enp/index_en.htm)>).

<sup>33</sup> L'art. 1 del Regolamento (CE) n. 491/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004, che istituisce un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS), precisa che il programma «si prefigge di fornire aiuti finanziari e tecnici specifici e complementari ai paesi terzi al fine di sostenerne gli sforzi per una gestione migliore dei flussi migratori sotto tutti i punti di vista», ed è in particolare destinato «ai paesi terzi attivamente impegnati nella preparazione o nell'attuazione di un accordo di riammissione siglato, firmato o concluso con la Comunità europea».

<sup>34</sup> Si veda Nils Coleman, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 61 ss.

<sup>35</sup> Sulla vicenda si veda Enzo Cannizzaro, *La tutela della sfera territoriale da intrusioni non autorizzate: in margine al caso Sibilla*, «Rivista di diritto internazionale», 1997, pp. 421 ss.

Alcuni superstiti proposero un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione da parte dell'Italia di una serie di norme tra cui l'art. 2, par. 2, del Protocollo 4. Infatti, secondo i ricorrenti, il programma di interdizione navale concordato tra Italia ed Albania e nell'ambito del quale aveva agito la nave Sibilla, impediva ai cittadini albanesi di esercitare il loro diritto di lasciare il proprio paese. La Corte giudicò che l'art. 2 par. 2 del Protocollo 4 non fosse applicabile al caso di specie in quanto «le misure contestate dai ricorrenti non avevano lo scopo di privarli del loro diritto di lasciare l'Albania, ma di impedire loro di entrare sul territorio italiano»<sup>36</sup>. La decisione della Corte non offre alcuna indicazione in merito a quali siano i parametri oggettivi in base ai quali distinguere le azioni volte ad impedire l'ingresso nel territorio di uno Stato e quelle volte ad impedire l'espatrio, essa sembra infatti fondarsi solo sullo scopo dichiarato delle misure adottate. In seguito la Corte non ha avuto occasione di chiarire la propria giurisprudenza, permane pertanto una lacuna interpretativa che appare tanto più grave alla luce della tendenza ad allontanare sempre più i controlli di frontiera dal confine territoriale dello Stato. In effetti, laddove il respingimento consista nel divieto di varcare il confine territoriale opposto dalle guardie di frontiera al migrante che si presenta al confine stesso, sia esso terrestre o marittimo (intendendo in quest'ultimo caso il limite del mare territoriale<sup>37</sup>), qualificare l'azione statale come legittimo controllo dell'ingresso nel proprio territorio risulta relativamente agevole. Molto meno agevole sembrerebbe però la scelta di attribuire la stessa qualifica all'interdizione che avvenga in acque internazionali o, a maggior ragione, nelle acque territoriali dello Stato di partenza del

<sup>36</sup> *Xhavara e altri c. Italia e Albania*, n. 39473/98, decisione dell'11 gennaio 2001, par. 3.

<sup>37</sup> Il confine del mare territoriale si estende a 12 miglia dalla costa. A queste si potrebbe aggiungere uno spazio di zona contigua che si estenda fino ad ulteriori 12 miglia entro il quale, secondo quanto previsto dall'art. 33 della Convenzione sul diritto del mare, lo Stato può svolgere attività di prevenzione e repressione in determinati ambiti tra cui l'immigrazione irregolare (va tuttavia precisato che l'Italia non ha espressamente definito l'ambito di tale zona sul punto si veda Tullio Scovazzi, *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, «Diritto immigrazione e cittadinanza», 2003, p. 50 e pp. 56 s.).

migrante. L'aspetto più problematico dell'esercizio del diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, non sembra allora tanto il fatto che a tale diritto non corrisponda un obbligo degli altri Stati di accogliere il migrante, quanto la difficoltà di determinare l'ambito di applicazione dell'obbligo – sicuramente incombente sugli Stati – di non impedire l'espatrio.

Un esempio di quanto i controlli di frontiera possano essere lontani dalla frontiera stessa è offerto dalle operazioni Hera. In seguito al moltiplicarsi degli sbarchi di migranti sulle coste delle Isole Canarie in provenienza dall'Africa nord-occidentale, la Spagna, ha infatti richiesto l'assistenza di Frontex, proponendo l'attivazione di un'operazione congiunta cui partecipassero sia altri Stati membri sia due Stati terzi, Senegal e Mauritania. L'operazione Hera I, svoltasi tra il 17 luglio e il 31 ottobre 2006, consisteva in attività coordinate di controllo delle coste delle Isole Canarie e di accoglienza e assistenza dei migranti sbarcati, dei quali veniva poi determinato lo *status*. Così intesa, l'operazione appare una legittima attività di controllo delle frontiere spagnole. Meno facilmente qualificabili in tal senso sono invece l'operazione Hera II e le successive<sup>38</sup>. Si è trattato infatti di *pre-borders operations* che si sono svolte direttamente nelle acque territoriali senegalesi e mauritane<sup>39</sup>; diverse migliaia di migranti sono stati intercettati prima che superassero i confini marittimi dei due Stati ed indotti a ritornare ai porti di partenza, senza alcuna preventiva identificazione o valutazione in merito al loro *status*. Applicando alla vicenda la valutazione soggettiva fondata sullo scopo dell'atto interdittivo adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Xhavara*, si dovrebbe ritenere che

<sup>38</sup> Per un'attenta analisi delle operazioni Hera II e III e dei problemi di diritto internazionale che esse pongono si veda Seline Trevisanut, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e il diritto internazionale*, «Il diritto dell'Unione europea», 2008, pp. 379 ss.; le operazioni Hera sono state poi rinnovate ogni anno sino al 2010 (si vedano i rapporti annuali di Frontex consultabili all'indirizzo <[http://www.frontex.europa.eu/annual\\_report](http://www.frontex.europa.eu/annual_report)>).

<sup>39</sup> Non è chiaro in che termini le forze militari degli Stati europei partecipanti alle operazioni fossero legittimate ad intervenire nelle acque territoriali di Senegal e Mauritania, solo la Spagna aveva infatti concluso accordi in tal senso (v. Trevisanut, *L'Europa*, cit., pp. 381 s.). Nessuna obiezione è stata comunque presentata da questi Stati in relazione alle attività di controllo svolte dagli Stati europei, sembra pertanto ragionevole ritenere che vi sia stata acquiescenza.



anche in questo caso il fine delle operazioni sia impedire l'arrivo alle Isole Canarie e non l'uscita dal Senegal o dalla Mauritania. Siffatta ricostruzione finisce però con il rendere del tutto illusorio il diritto dell'individuo di lasciare qualsiasi paese.

Appare allora evidente la necessità di individuare parametri oggettivi idonei a determinare l'ambito di applicazione della norma. Tali parametri potrebbero essere in parte desunti dal par. 3 dell'art. 12 del Patto sui diritti civili e politici, che autorizza limitazioni alla libertà di movimento delle persone qualora esse siano «previste dalla legge, siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà, e siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti dal [...] Patto». La norma autorizza evidentemente forme di limitazione e controllo della migrazione irregolare, anche in collaborazione tra diversi Stati interessati, volte a prevenire e reprimere atti criminali quali la tratta di esseri umani e lo *smuggling*<sup>40</sup>; non sembra però potersi estendere fino a permettere di impedire in modo indiscriminato a qualsiasi migrante di lasciare un territorio. In questo secondo caso la “frontiera” tra il diritto dell'individuo di uscire e il potere sovrano dello Stato di controllare e limitare l'ingresso di stranieri sul suo territorio dovrebbe coincidere con la frontiera geografica dello Stato stesso, solo in tale situazione, infatti, il rifiuto di ingresso è oggettivamente qualificabile come tale con la conseguente inapplicabilità dell'art. 12 del Patto o di altre norme analoghe<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Ad esempio, l'art. 6 del Protocollo per combattere il traffico di migranti per via terrestre, aerea e marittima, allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottato con risoluzione dell'Assemblea generale 55/25, impone agli Stati membri la repressione penale del traffico di migranti (*smuggling*). L'art. 5 dello stesso Protocollo vieta però la criminalizzazione del migrante oggetto del traffico.

<sup>41</sup> La legittimità o meno di un generalizzato ed indiscriminato rifiuto di ingresso opposto alla frontiera dovrà poi essere valutata in base alle norme relative al *non-refoulement*, ma non in base all'art. 12 par. 2 del Patto sui diritti civili e politici o altre norme analoghe. Quanto alla determinazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'individuo a lasciare il proprio paese, essa sembra sussistere sia nel caso in cui il migrante costretto a tornare indietro da navi degli Stati europei partecipanti all'operazione, sia nel caso in cui si tratti di navi battenti bandiera dello Stato territoriale ma fornite o finanziate dagli Stati europei. Nel primo caso, infatti,

L'impegno degli Stati terzi a costituire delle "zone cuscinetto" nelle quali i migranti vengono intercettati prima di poter raggiungere le frontiere europee, o verso i quali vengono respinti in applicazione degli accordi di rimpatrio, comporta l'istituzione in questi paesi di centri di detenzione nei quali i migranti sono trattenuti per un tempo indeterminato in attesa di essere respinti verso i luoghi d'origine. L'"esternalizzazione" del controllo del flusso migratorio ha in questo caso come effetto l'elusione delle garanzie sostanziali e procedurali previste in materia di privazione della libertà personale e di trattamento dei detenuti dal diritto internazionale, europeo e costituzionale degli Stati membri. Centri di trattenimento e detenzione per migranti sono recensiti sia nei paesi del confine orientale dell'Unione europea (Bielorusia, Ucraina, Moldavia, Turchia), sia in quelli della costa sud del Mediterraneo (in particolare in Libia, Marocco, Tunisia, Algeria), sia nei paesi della costa atlantica dell'Africa (Mauritania)<sup>42</sup>. Le visite ufficiali in grado di determinare la situazione delle condizioni detentive di tali centri sono estremamente rare<sup>43</sup>, tuttavia le inchieste giornalistiche e di varie ONG a carattere umanitario descrivono situazioni del tutto incompatibili con la dignità umana<sup>44</sup>. Trattandosi di centri situati fuori dal territorio europeo e gestiti direttamente dalle autorità dei paesi che li ospitano, non

non vi è dubbio che lo Stato sia responsabile per gli atti dei propri organi, nel secondo lo Stato dovrebbe essere ritenuto responsabile per aver aiutato ed assistito un altro Stato nella commissione di un atto illecito secondo quanto codificato nell'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, approvato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001.

<sup>42</sup> Sui centri di detenzione nei paesi del Maghreb si veda Kaouthar Debbeche, *La protection des migrants en méditerranée*, in Anne Millet-Devalle (a cura di), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Paris, Pedone, 2010, pp. 148 ss. Per un censimento di tutti i centri si rinvia al sito <<http://www.migreurop.org/rubrique266.html?lang=fr>>.

<sup>43</sup> Per quanto concerne la situazione in Libia si può tuttavia fare riferimento al Rapporto della missione tecnica della Commissione europea (European Commission, *Technical mission to Libya on illegal immigration, 27 nov – 6 dec 2004, Report*, doc. 7753/05 del 5 aprile 2005).

<sup>44</sup> Si veda, a mero titolo di esempio, il rapporto preparato per gli anni 2009 e 2010 dal coordinamento di ONG Migreurop, *Aux frontières de l'Europe. Contrôles, enfermements, expulsions*, disponibile all'indirizzo <<http://www.migreurop.org/article1776.html?lang=fr>>. Le violazioni dei diritti umani nei centri per migranti sono documentate anche nei rapporti annuali di *Amnesty International* e *Human Rights Watch*.

può ritenersi che su di essi gli Stati membri dell'Unione europea esercitino la propria giurisdizione. Non potrà quindi essere invocata la loro responsabilità diretta per le violazioni dei diritti umani di cui le persone internate sono vittime, e un eventuale ricorso di queste ultime alla Corte europea dei diritti dell'uomo sarà giudicato irricevibile. Sembra anche difficile configurare una responsabilità dell'Unione o degli Stati membri per il finanziamento dei centri stessi secondo quanto previsto dall'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati<sup>45</sup>. In primo luogo, infatti, generalmente l'aiuto economico non è specificamente diretto alla costruzione del centro<sup>46</sup>; in secondo luogo la costruzione del centro non è di per sé illegittima, lo sono soltanto le modalità di gestione sulle quali lo Stato europeo non ha alcun controllo. Ciò non significa tuttavia che debba essere esclusa qualsiasi forma di responsabilità degli Stati europei. In relazione alle persone internate a seguito di un rimpatrio o di un respingimento effettuato da autorità di Stati membri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questi ultimi sono responsabili *par ricochet* dei trattamenti contrari alla Convenzione – in primo luogo delle violazioni del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – subiti nei luoghi di destinazione. In questo caso l'ostacolo alla tutela del diritto è oggettivo e non giuridico, è infatti molto improbabile che una persona respinta direttamente in mare e internata in un centro per migranti riesca ad avere accesso alle procedure di ricorso<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> « Article 16 – Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite: L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où: a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État ».

<sup>46</sup> Il Rapporto della missione tecnica della Commissione europea in Libia da conto di tre centri la cui costruzione è stata finanziata direttamente dall'Italia (European Commission, *Technical mission to Libya*, cit., p. 59).

<sup>47</sup> Nonostante le oggettive difficoltà alcuni ricorsi sono però stati esperiti. Nel 2005 una cinquantina di persone respinte dall'Isola di Lampedusa verso la Libia sono riuscite a far pervenire il proprio ricorso alla Corte europea. Con decisione dell'11 maggio 2006 la Corte ha ritenuto il ricorso ricevibile (*Hussun e altri c. Italia*, cause riunite nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05); tuttavia, con sentenza del 19 gennaio 2010 la Corte a radiato dal ruolo il caso perché gli avvocati dei ricorrenti avevano perso ogni contatto con i propri assistiti.

#### 4. L'“esternalizzazione” delle politiche di asilo e protezione

Uno degli aspetti problematici maggiormente sottolineati in merito alla delocalizzazione dei controlli di frontiera e allo svolgimento di operazioni di respingimento direttamente nelle acque territoriali degli Stati terzi è il fatto che in tali operazioni nessuna distinzione è operata tra migranti economici e richiedenti asilo. Lo spostamento della frontiera fuori dall'Europa permette così di evitare che persone cui l'ordinamento internazionale ed europeo attribuisce uno status privilegiato accedano al riconoscimento di quello status. Anche in merito al trattamento di rifugiati e richiedenti asilo, è pertanto riscontrabile il parallelismo tra un ordinamento europeo che garantisce *standard* relativamente elevati di accoglienza<sup>48</sup> e politiche volte a ridurre al minimo il numero di persone che riescono ad accedervi.

In quest'ottica deve essere letto anche il progetto di “esternalizzazione” della valutazione delle domande d'asilo proposto dalla Gran Bretagna nel 2003<sup>49</sup>. Il progetto prevedeva la creazione, al di fuori dei confini dell'Unione europea ma in collaborazione con l'UNHCR, di “zone regionali di protezione” verso le quali inviare i richiedenti asilo. Nell'ambito di tali “zone regionali di protezione” si sarebbero istituiti centri di raccolta ed analisi delle domande di asilo. All'esito dell'esame si sarebbe poi proceduto al rimpatrio di coloro le cui domande fossero respinte; in tal modo si sarebbe ridotto il numero di migranti economici che presentano pretestuosamente domanda di asilo nei paesi europei. Alle persone effettivamente bisognose di tutela si sareb-

<sup>48</sup> Si fa qui riferimento alla direttiva 2003/9/CE, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri; alla direttiva 2004/83/CE, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta; e alla direttiva 2005/85/CE, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. La Commissione europea ha peraltro presentato al Consiglio e al Parlamento proposte di modifica delle direttive in questione al fine di rendere più efficace il sistema europeo comune dell'asilo (si vedano i comunicati della commissione IP/11/665, IP/08/1875 e IP/09/1552).

<sup>49</sup> UK Home Office Paper: *New Vision for Refugees*, 7 marzo 2003, disponibile all'indirizzo <[http://www.proasyl.de/texte/europe/union/2003/UK\\_NewVision.pdf](http://www.proasyl.de/texte/europe/union/2003/UK_NewVision.pdf)>.

be invece garantita la possibilità di restare nelle “zone regionali di protezione” fino a quando non si fosse verificata la possibilità di un ritorno sicuro nei luoghi d’origine. La concessione di un visto di ingresso per Stato membro dell’Unione europea<sup>50</sup> era prevista nei casi in cui si fosse constatata la effettiva necessità di una protezione a lungo termine<sup>51</sup>.

Benché considerato con favore da alcuni stati europei, il progetto britannico non fu accolto nella sua interezza dal Consiglio europeo di Salonicco del 2003, che tuttavia invitava la Commissione «ad esaminare le modalità e i mezzi diretti a potenziare la capacità di protezione delle regioni d’origine»<sup>52</sup>. L’anno successivo la Commissione proponeva l’istituzione di «programmi di protezione regionale [...] finalizzati al rafforzamento della capacità di protezione delle regioni coinvolte e alla migliore protezione delle popolazioni rifugiate locali mediante l’offerta di soluzioni durature»<sup>53</sup>. Al miglioramento delle condizioni di protezione nelle regioni d’origine si sarebbe dovuta abbinare l’istituzione di un programma di reinsediamento negli Stati membri. I termini in cui, nel Programma dell’Aia, il Consiglio europeo ha fatto propria la proposta della Commissione sono indicativi di come anche i programmi di protezione regionale siano finalizzati dell’“esternalizzazione” dell’asilo più che a una coordinata e condivisa accoglienza dei rifugiati. Per un verso, infatti, il Consiglio europeo valuta positivamente la proposta della Commissione, invitandola «a sviluppare programmi di protezione regionali dell’UE nel quadro di un partenariato con i paesi terzi interessati ed in stretta consultazione e cooperazione con l’UNHCR». D’altro canto però il Consiglio ridimensiona la

<sup>50</sup> Il documento britannico ha in realtà una portata più ampia, immaginando un gestione congiunta che interessi anche altri paesi industrializzati come Canada, Australia o Stati Uniti. In questa sede ci si limita però a valutarne gli effetti sul sistema europeo dell’asilo.

<sup>51</sup> *UK Home Office Paper*, cit., p. 10.

<sup>52</sup> Consiglio europeo di Salonicco, 19 e 20 giugno 2003, Conclusioni della Presidenza, doc. n. 11638/03, par. 26.

<sup>53</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the managed entry in the EU of persons in need of international protection and the enhancement of the protection capacity of the regions of origin: “improving access to durable solutions”*, COM(2004) 410 final, del 14 giugno 2004.

parte della proposta tendente a facilitare l'accoglienza dei rifugiati da parte degli Stati membri, il programma comune di reinsediamento è, infatti, espressamente limitato agli «Stati membri che desiderassero parteciparvi»<sup>54</sup>.

Dal 2007 sono stati attuati programmi di protezione regionale solo nei paesi dell'Est europeo e in Tanzania. Benché il finanziamento di tali programmi sia stato relativamente modesto<sup>55</sup>, essi hanno effettivamente contribuito ad un miglioramento delle condizioni di accoglienza di rifugiati e sfollati in zone vicine ai loro paesi d'origine. Tuttavia pochissimi, tra coloro ai quali è stato riconosciuto lo status di rifugiato di lungo periodo, hanno poi beneficiato del reinsediamento in Stati membri dell'Unione europea<sup>56</sup>. I programmi di protezione regionale, così come qualsiasi altra iniziativa volta a creare strutture di accoglienza al di fuori dei confini europei, devono quindi essere considerati come un utile strumento di cooperazione e sostegno a quei paesi che, per vicinanza geografica, sono destinatari del maggior flusso di rifugiati, ma non possono in alcun modo essere considerati un'alternativa all'accesso alle procedure per il riconoscimento della protezione in Europa. Considerarli come tali comporterebbe una lettura estremamente riduttiva degli obblighi imposti agli Stati membri dalla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati. La Convenzione di Ginevra non si limita infatti ad im-

<sup>54</sup> Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, 2005/C 53/01, par. 1.6.2. Il Programma di Stoccolma non menziona i programmi di protezione regionale ma più generalmente la necessità di cooperazione con gli Stati extra-europei. I programmi sono però considerati come strumento importante della politica europea dell'asilo nel Piano di azione per attuare il Programma di Stoccolma adottato dalla Commissione il 10 aprile 2010, COM(2010)171 final, par. 5.2.3.

<sup>55</sup> Secondo i dati riportati da Annabelle Roig-Granjon, *Dès tentatives d'externalisation de la protection des réfugiés au développement de la dimension extérieure de la politique d'asile européenne*, in Millet-Devalle, *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, cit., p. 85, sia per i progetti dell'Est europeo sia per quelli in Tanzania sarebbero stati stanziati 4,5 milioni di euro.

<sup>56</sup> Roig-Granjon, *ibid.*, indica 238 rifugiati reinsediati in Europa tra il 2007 e il 2010 a partire dai programmi dell'Est europeo, e 247 dalla Tanzania. Si noti peraltro che secondo i dati dell'UNHCR solo il 10% dei reinsediamenti di rifugiati nel mondo ha luogo in Stati membri dell'Unione europea (*The challenges of mixed migration, access to protection and responsibility-sharing in the EU a UNHCR non-paper*, 16 giugno 2009).

porre il rispetto del principio di *non-refoulement*, bensì garantisce ai rifugiati un trattamento per molti aspetti equivalente a quello dei cittadini dello Stato, o quantomeno a quello riservato ai cittadini stranieri regolarmente soggiornanti. È pertanto legittimo e comprensibile che persone costrette ad abbandonare il proprio paese cerchino rifugio in paesi in cui i diritti sia civili sia sociali sono maggiormente garantiti. Allontanare i controlli e chiudere le frontiere al fine di impedire l'accesso alle procedure di riconoscimento dello status appare incompatibile con i principi di solidarietà e condivisione degli oneri dell'accoglienza sottesi all'intera Convenzione.

### 5. *Conclusion*

Gli esempi di “esternalizzazione” delle frontiere europee illustrati nei paragrafi precedenti mostrano come nell'ordinamento europeo si assista ad una discrasia tra il formale riconoscimento dell'universalità dei diritti fondamentali e l'adozione di politiche volte a limitare territorialmente il riconoscimento di tali diritti. Si tratta di una discrasia che, a ben vedere, trova spiegazione nella circostanza che il diritto internazionale, generale o pattizio, pur imponendo agli Stati obblighi rilevanti in materia di trattamento degli individui, cittadini o stranieri, sottoposti alla giurisdizione statale, riserva agli Stati stessi una quasi assoluta discrezionalità in materia di controllo dei flussi migratori. In altri termini, lo sviluppo dei diritti dell'uomo non sembrerebbe aver inciso in maniera rilevante su quel fondamentale corollario della sovranità statale che è il diritto di controllare le frontiere al fine di consentire o non consentire l'accesso al territorio. Siffatta considerazione sembra trovare conferma nella tendenza, manifestata dai paesi dell'Unione europea, ad allontanare il più possibile la frontiera dal territorio nazionale, al fine di esercitare il controllo in aree in cui la possibilità di verifica del rispetto degli obblighi internazionali risulta meno agevole.

Si tratta di una tendenza che pone una serie di questioni alle quali il diritto internazionale offre risposte solo parzialmente adeguate. Se da un lato infatti il concetto di giurisdizione è stato esteso dagli organi di controllo in materia di diritti dell'uomo in

modo da coprire l'esercizio di poteri sovrani anche al di fuori del territorio, solo comportamenti palesemente contrari ai diritti umani più fondamentali – si pensi ai respingimenti verso luoghi in cui le persone corrono alti rischi di subire torture o trattamenti inumani e degradanti – appaiono facilmente qualificabili come violazioni. Meno agevole è imputare agli Stati membri e qualificare in termini di violazioni altre limitazioni della libertà di movimento, tanto più quando il controllo è svolto in collaborazione con – o *a fortiori* delegato a – un altro Stato, nel suo territorio o in zone limitrofe<sup>57</sup>.

Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento agli obblighi in materia di asilo. Anche in quest'ambito, infatti, il diritto internazionale impone livelli minimi di trattamento per i rifugiati e richiedenti asilo, ma non assicura all'individuo il diritto di raggiungere un determinato paese per presentare la domanda<sup>58</sup>. Starà allora al ruolo dell'interprete determinare in quali casi la delega della protezione internazionale ad altri Stati debba essere considerata legittima e in quali casi invece lo Stato che esternalizza la protezione sia responsabile delle eventuali violazioni commesse, anche da altri Stati, nei confronti dei richiedenti asilo. Poiché tuttavia, diversamente da quanto previsto da molti trattati di protezione dei diritti umani, la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati non ha istituito un organo supra-nazionale di controllo, l'interprete non potrà che essere lo Stato stesso. In quest'ottica, il ruolo principale di garante del rispetto del diritto non può che essere svolto dai giudici nazionali, l'accesso ai quali risulta tuttavia pressoché impossibile per persone trattenute al di fuori delle frontiere nazionali.

<sup>57</sup> Si intende qui fare riferimento alle modalità di controllo delle frontiere in uscita nei paesi di emigrazione illustrati *supra*, par. 3.

<sup>58</sup> In diverse occasioni l'UNHCR ha sostenuto l'applicazione extraterritoriale della Convenzione di Ginevra e ha dichiarato di considerare insoddisfacenti soluzioni volte ad esternalizzare la protezione internazionale. Si tratta tuttavia di documenti e comunicazioni non vincolanti.