

Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo

Andrea Caligiuri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Competenze dell'UE e dei suoi Stati membri in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina. – 2.1. Il ruolo di FRONTEX nella gestione integrata delle frontiere marittime dell'UE. – 2.2. Considerazioni in merito all'attribuzione della responsabilità internazionale nel caso di illeciti commessi nell'ambito di operazioni FRONTEX. – 3. Diritti dei migranti clandestini richiedenti asilo e divieto di respingimento. – 3.1. Trattamento dei richiedenti asilo nel mare territoriale e alla frontiera marittima di uno Stato membro. – 3.2. Trattamento dei richiedenti asilo in alto mare e nel mare territoriale di Stati terzi. – 3.3. Nozioni di "paese terzo sicuro" e di "paese d'origine sicuro" ai fini del respingimento. – 4. Salvaguardia della vita umana in mare e nozione di "luogo sicuro" ai fini del salvataggio. – 5 Osservazioni conclusive.

1. Premessa

La forte pressione migratoria che interessa ormai da decenni l'Unione europea, investe principalmente gli Stati membri le cui frontiere coincidono con la frontiera esterna marittima dell'Unione. Già, nel 2003, il Segretariato generale delle Nazioni Unite aveva calcolato che circa due terzi delle persone che entrano in Europa in provenienza da Asia, Africa e Medio Oriente, lo fanno attraverso il Mare Egeo e il Mediterraneo¹. I flussi di migranti, anche clandestini, attraversando la Spagna, l'Italia e la Grecia, si dirigono, per lo più, verso le regioni più ricche del Nord Europa. Proprio alla luce di questi dati il fenomeno dell'immigrazione clandestina, inizialmente gestito da ciascuno Stato membro con proprie politiche di contrasto e di repressione, ha finito per interessare in maniera diffusa l'intera Unione, venendo iscritto nell'agenda politica delle sue istituzioni².

¹ *Les océans et le droit de la mer*, Rapport du Secrétaire général, 3 marzo 2003, UN Doc. A/58/65, par. 111.

² Nel Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 2005 (Doc. 15914/1/05 REV 1), l'Unione europea ha adottato un "Approccio globale in materia di immigrazione" in cui viene delineata una strategia relativa al contrasto dell'immigrazione clandestina, incentrata sull'Africa e sul Mediterraneo (si veda anche Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione*, COM(2006)735 def.). Tale approccio è stato esteso dal Consiglio europeo del dicembre 2006 (16879/1/06 REV 1) anche alle aree orientali e suborientali vicine all'UE (cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Applicazione*

Lo scopo di questo scritto è quello di evidenziare come il contrasto dell'immigrazione clandestina, quando si concretizza in azioni di polizia in mare coordinate a livello dell'Unione europea, ponga problemi in merito all'applicazione degli strumenti che tutelano il diritto dei migranti a godere, quando ve ne siano i presupposti, della protezione internazionale.

2. Competenze dell'UE e dei suoi Stati membri in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina

Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina via mare sono ancora oggi pianificate e gestite dagli Stati alla luce della divisione del mare in settori di giurisdizione, così come elaborata dal diritto internazionale. Pertanto, in questo ambito, la Convenzione sul diritto del mare del 1982 (CNUDM), data anche la sua rispondenza al diritto consuetudinario, rappresenta il principale testo di riferimento³.

Come è noto, in base alla CNUDM, gli Stati esercitano una giurisdizione graduata sui diversi settori di mare. Lo Stato costiero esercita una sovranità piena sulle proprie acque interne, che si concretizza in una discrezionalità nella concessione dell'accesso alle navi straniere nelle proprie acque e nei propri porti; lo stesso avviene per il proprio mare territoriale, salvo il diritto al passaggio inoffensivo⁴. Invece, l'alto mare è la sola zona in cui gli Stati godono di eguali diritti e tutte le navi hanno piena libertà di navigazione, in ossequio al consolidato principio della libertà dei mari⁵. Di conseguenza, nell'alto mare, lo Stato di bandiera della nave è il solo ad esercitare una piena giurisdizione sulla stessa. Tale potere esclusivo incontra soltanto le limitazioni sancite dall'art. 110 CNUDM. La norma stabilisce, infatti, che una nave da guerra che incrocia una nave straniera nell'alto mare può legittimamente abbordarla qualora vi siano fondati motivi per sospettare che la nave sia impegnata in atti di pirateria, nella tratta degli schiavi o in trasmissioni non autorizzate; nonché qualora la nave sia priva di nazionalità oppure,

dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e suborientali vicine all'Unione europea, COM(2007)247 def.), così da realizzare una vera politica integrata e globale, a livello europeo, che persegua alcune azioni prioritarie in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina, lasciando ai singoli Stati membri la determinazione di politiche più dettagliate. Tale approccio è stato rafforzato dal Consiglio dell'Unione europea con l'adozione del *Patto europeo su immigrazione e asilo* (Doc. 13189/08 ASIM 68), adottato il 24 settembre 2008.

³ Sulla questione della rispondenza tra le norme sostanziali della CNUDM e il diritto internazionale consuetudinario, si veda, in particolare, T. TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Recueil des Cours*, 1990, IV, p. 9 ss., p. 58.

⁴ Sul punto, si veda G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

⁵ Si noti che gli Stati anche nella zona economica esclusiva godono della libertà di navigazione prevista dall'art. 87 per l'alto mare (art. 58 CNUDM).

pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra (par. 1).

Alla luce di questo quadro e premesso che nessuna regola del diritto del mare, consuetudinaria o convenzionale, qualifica come illecito internazionale il traffico di migranti clandestini⁶, in alto mare, le navi da guerra non hanno alcun diritto di abbordaggio nei confronti di navi dedite al traffico di migranti, salvo qualora lo Stato di bandiera della nave sospettata di essere coinvolta in una tale attività, attraverso canali diplomatici, dia una specifica autorizzazione all'intervento⁷. Naturalmente, qualora la nave dedita al traffico di migranti ricadesse nell'ipotesi di nave priva di nazionalità o sospettata di utilizzare una bandiera di convenienza, la nave da guerra di un qualunque Stato sarebbe legittimata ad intervenire in base all'art. 110, par. 1, CNUDM.

Una parte della dottrina⁸ ritiene che vi sia un'altra possibilità di intervento, in quanto sostiene che uno Stato costiero possa esercitare un diritto di intercettazione in alto mare ogni volta sia necessario per prevenire la violazione delle proprie leggi da parte di una nave straniera che faccia rotta verso le sue coste⁹. Inoltre, in base al criterio della "presenza costruttiva", il diritto di intercettazione offrirebbe allo Stato costiero la possibilità di intervenire e abbordare una nave an-

⁶ In teoria si potrebbe prospettare l'inquadramento di questa attività nell'ambito della tratta degli schiavi. Tuttavia, una tale ipotesi non collima con la definizione di schiavo contenuta nella Convenzione di Parigi relativa alla schiavitù del 1926, la quale presuppone che il soggetto passivo sia privo della sua capacità giuridica e del suo status di persona libera (art. I della Convenzione). Queste condizioni non sono applicabili al fenomeno del traffico di migranti clandestini. Infatti, i migranti clandestini, pur essendo soggetti a condizioni di privazione, inferiorità e sfruttamento da parte dei trafficanti, hanno scelto liberamente la strada dell'immigrazione clandestina per cercare condizione di vita migliore, lontano dai paesi di origine.

⁷ Il consenso dello Stato di bandiera può essere un consenso *ad hoc* o, più raramente, può essere incluso in una specifica convenzione bilaterale. Un esempio di quest'ultima soluzione è rappresentato dallo scambio di note diplomatiche del 25 marzo 1997, seguito da un protocollo di applicazione del 2 aprile 1997, tra Italia e Albania, in *Gazzetta Ufficiale* n. 163 del 15 luglio 1997. Sulla cooperazione italo-albanese, si veda, in particolare, T. SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale sull'immigrazione illegale via mare con particolare riferimento ai rapporti tra Albania e Italia*, in A. de Guttry, F. Pagani (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999, p. 239 ss.

⁸ R.R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, p. 217; L.B. SOHN, *Interdiction of Vessels on the High Seas*, in *International Law*, vol. 18, 1984, p. 411 ss. Sul punto, si veda anche la limitata prassi statunitense: i casi storici delle navi *Virginus* (1873) e *Mary Lowell* (1879), citati da G. GIDEL, *Droit de la mer*, t. 1, Chateauroux, 1932, pp. 348-350, e lo *U. S. Presidential Proclamation 4865 of 29 September 1981* sull'intercettazione in alto mare dei migranti illegali, disponibile su uscis.gov/graphics/aboutus/history/pres_092981.htm.

⁹ L'intercettazione è definita come inclusiva di tutte le misure prese da uno Stato al di fuori del proprio territorio nazionale per prevenire, interrompere o fermare il movimento di persone sprovviste dei documenti richiesti che, attraversando le frontiere internazionali per via terrestre, aerea o marittima, si recano verso i paesi di destinazione ricercati. La definizione è contenuta nella nota dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati "*Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for Comprehensive Approach*", EC/50/SC/CRP.17, 9 June 2000, in *Refugee Survey Quarterly*, 2000, p. 171 ss.

che nell'ipotesi in cui la stessa, pur essendo ancorata in alto mare, attraverso proprie imbarcazioni comunichi con la terraferma al fine di sbarcare migranti clandestini¹⁰.

La CNUDM è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea e dalla Comunità europea (oggi Unione europea); tuttavia, come emerge dalla Dichiarazione sulle competenze della CE relative alle materie che rientrano nella Convenzione¹¹, la gestione delle frontiere esterne dell'Unione attraverso azioni di polizia rimane di competenza esclusiva degli Stati membri¹². L'esercizio di tali azioni di polizia deve comunque avvenire nel rispetto delle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione¹³ e delle misure in materia di asilo¹⁴, la cui definizione è riservata espressamente alle istituzioni dell'UE.

Nel contrasto al fenomeno dell'immigrazione clandestina, il quadro normativo offerto dalla CNUDM è stato sostanzialmente confermato dal Protocollo contro il traffico illegale di migranti per terra, aria e mare (c.d. Protocollo di Palermo)¹⁵, aggiuntivo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata. Il Protocollo stabilisce che uno Stato che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave, che esercita la libertà di navigazione in conformità al diritto internazionale e che batte bandiera o che esibisce i segni di iscrizione al registro di un altro Stato, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, può informare di ciò lo Stato di bandiera, chiedere conferma dell'iscrizione sul registro e, se confermata, chiedere l'autorizzazione a detto Stato a prendere misure opportune in relazione a tale nave. Lo Stato di bandiera può autorizzare lo Stato richiedente, tra l'altro, a fermare la nave, ispezionarla e, se sono rinvenute prove che la nave sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, prendere le misure opportune riguardo alla nave, alle persone e al carico a bordo, come da autorizzazione dello Stato di bandiera¹⁶.

¹⁰ L. LUCCHINI, M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, vol. 2, Paris, 1996, par. 231 e par. 614.

¹¹ Il testo della CNUDM e la Dichiarazione sulle competenze della Comunità europea per quanto riguarda le materie che rientrano nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 e l'Accordo del 28 luglio 1994 relativo all'attuazione della parte XI della Convenzione (dichiarazione in virtù dell'articolo 5, paragrafo 1 dell'allegato IX della Convenzione e dell'articolo 4, paragrafo 4 dell'Accordo) sono riportate in GU L 179 del 23/06/1998.

¹² Il principio è fissato all'art. 72 TFUE (art. 64, par. 1, CE).

¹³ Art. 77, par. 2, TFUE (ex art. 62, par. 2, CE).

¹⁴ Art. 78 TFUE (ex art. 63 CE).

¹⁵ Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione A/RES/55/25 del 15 novembre 2000 ed è entrato in vigore il 28 gennaio 2004; attualmente, è stato ratificato da 124 parti (www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-migrantsmuggling_protocol.html). Anche l'Unione europea è parte contraente del Protocollo (Decisione 2006/616/CE del 24 luglio 2006, in GU L 262 del 22 settembre 2006; Decisione 2006/617/CE del Consiglio del 24 luglio 2006, in GU L 262 del 22 settembre 2006), mentre tra i suoi Stati membri, il Protocollo non è stato ratificato dalla Repubblica ceca, dalla Grecia, dall'Irlanda e dal Lussemburgo.

¹⁶ L'art. 8, par. 5, del Protocollo dispone che lo Stato di bandiera può subordinare la sua autorizzazione alle condizioni da stabilire di comune accordo tra detto Stato e lo Stato richiedente, incluse le condizioni concernenti la responsabilità e la portata delle misure efficaci da prendere.

L'opportunità di instaurare una tale cooperazione tra due o più Stati al fine di esercitare il diritto di visita in alto mare sulle imbarcazioni sospette di essere dedite al traffico dei migranti è stata colta da diversi Stati membri dell'UE. L'Italia, ad esempio, ha concluso con la Libia degli accordi bilaterali e/o intese a livello di forze di polizia che dovrebbero permettere il blocco e l'arresto di migranti – in molti casi potenziali richiedenti asilo – anche se provenienti da paesi terzi¹⁷. Gli stessi Stati membri dell'UE hanno concluso tra di loro accordi bilaterali di cooperazione¹⁸; mentre a livello multilaterale, si deve segnalare la conclusione della Convenzione di Prüm¹⁹, che all'art. 24 prevede la possibilità di attuare operazioni congiunte tra le polizie dei vari Stati parte al fine di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza e prevenire il crimine²⁰.

2.1. Il ruolo di FRONTEX nella gestione integrata delle frontiere marittime dell'UE

La cooperazione tra forze di polizia degli Stati membri dell'Unione nella lotta all'immigrazione clandestina è organizzata anche nell'ambito del quadro istituzionale dell'UE, con base giuridica nel titolo V TFUE (ex titolo IV CE). Come è noto, l'Unione ha elaborato una politica nel settore delle frontiere esterne che ha l'obiettivo di realizzare una gestione integrata atta a garantire un livello elevato e uniforme del controllo e della sorveglianza delle frontiere esterne, come necessario corollario alla libera circolazione delle persone tra gli Stati membri, nonché come componente fondamentale per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'azione dell'Unione si caratterizza essenzialmente per l'adozione di norme comuni in materia di criteri e procedure

¹⁷ Si veda, tra gli ultimi accordi, l'Accordo di cooperazione firmato a Tripoli il 19 dicembre 2007, che prevede un'azione comune di contrasto al traffico di immigrati clandestini attraverso il pattugliamento congiunto delle acque territoriali libiche e il Protocollo d'attuazione del 4 febbraio 2009, che rende operativi i pattugliamenti congiunti. L'impegno per una cooperazione bilaterale nella lotta all'immigrazione clandestina è stato ribadito nel Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 30 agosto 2008 (art. 19).

¹⁸ Si veda, ad esempio, l'Accordo di cooperazione di polizia tra Italia e Slovenia, firmato a Lubiana il 5 luglio 1998, che prevede, tra l'altro, l'inseguimento transfrontaliero anche senza preventiva richiesta, sebbene entro un limite di 30 km dal confine, e l'istituzione di pattuglie miste lungo i confini a fini preventivi e di repressione.

¹⁹ Convenzione di Prüm, tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Olanda e Austria, firmata il 7 luglio 2005 con cui gli Stati parte hanno instaurato una cooperazione transfrontaliera, in particolare nei settori della lotta del terrorismo, del crimine transnazionale e dell'immigrazione clandestina. L'Italia ha ratificato la Convenzione di Prüm con legge n. 7 del 6 febbraio 2009, in *Gazzetta Ufficiale* n. 40 del 18 Febbraio 2009.

²⁰ L'art. 24 della Convenzione di Prüm fa genericamente riferimento a "joint patrols" e a "other joint operations", tra le quali sembra ragionevole poter includere anche le operazioni congiunte finalizzate alla sorveglianza delle frontiere marittime con finalità di contrasto dell'immigrazione clandestina.

relative al controllo delle frontiere esterne (art. 77 TFUE), per una “politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea” (art. 78 TFUE) e per una “politica comune dell’immigrazione” (art. 79 TFUE)²¹. A questa attività normativa si affianca anche uno strumento operativo, rappresentato dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea (FRONTEX)²².

In particolare, l’Agenzia, tra i suoi compiti, “valuta, approva e coordina le proposte degli Stati membri relative alle operazioni congiunte e ai progetti pilota. L’Agenzia stessa, di concerto con lo/gli Stato/i membro/i interessato/i, può avviare iniziative relative a operazioni congiunte e a progetti pilota in cooperazione con gli Stati membri. Essa può anche decidere di mettere le proprie attrezzature tecniche a disposizione degli Stati membri che prendono parte alle operazioni congiunte o ai progetti pilota” (art. 3, par. 1). Inoltre, “uno o più Stati membri che si trovino in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa nell’adempimento dei propri obblighi relativi al controllo e alla sorveglianza delle frontiere esterne, possono rivolgersi all’Agenzia per assistenza. L’Agenzia può predisporre l’adeguata assistenza tecnica e operativa per lo Stato membro o gli Stati membri richiedente/i” (art. 8, par. 1)²³.

²¹ Per una descrizione degli strumenti giuridici adottati dall’Unione europea in materia di immigrazione clandestina, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto dell’immigrazione clandestina*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2004, p. 723 ss. Si deve comunque lamentare l’assenza di una normativa comunitaria organica sull’immigrazione clandestina; sul punto, si veda S. TREVISANUT, *Le Cap Anamur: profils de droit international et de droit de la mer*, in *Annuaire de Droit de la Mer*, t. 9, 2004, p. 49 ss., pp. 53-58.

²² 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, in GU L 349 del 25 novembre 2004, art. 14. Occorre evidenziare che il coordinamento dell’Agenzia FRONTEX nell’ambito della cooperazione tra gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne è richiamato dal Codice frontiere Schengen (Regolamento (CE) 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, in GU L 105 del 13 aprile 2006) all’art. 16, par. 2; il par. 3 del citato articolo contempla inoltre la possibilità per gli Stati membri “di continuare la cooperazione operativa con altri Stati membri e/o paesi terzi alle frontiere esterne, compreso lo scambio di ufficiali di collegamento”, purché “tale cooperazione integri l’azione dell’Agenzia stessa”. Sul dibattito sviluppatosi in merito all’adozione di strumenti operativi da parte dell’UE per il contrasto dell’immigrazione clandestina via mare, prima dell’istituzione di FRONTEX, si veda A. BELLAYER-ROILLE, *Vers un rôle accru de l’Union européenne dans la lutte contre les trafics illicites en mer?: exemples des trafics de migrants et de stupéfiants*, in A. CUDENNEC, G. GUÉGUEN-HALLOUËT, *L’Union européenne et la mer: vers une politique maritime de l’Union européenne?: actes du colloque de Brest, 18 et 19 octobre 2006*, Paris, 2007, p. 385 ss. Più in particolare sulla nascita e l’evoluzione di FRONTEX, v. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell’agenzia FRONTEX nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata (XIV Convegno SIDI: Bari, 18-19 giugno 2009)*, Napoli, 2010, p. 403 ss.

²³ Si tenga presente che la Commissione europea ha presentato una Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004 del Consiglio che istituisce l’Agenzia FRONTEX (COM(2010) 61 def.). Tra le novità della proposta, emerge, in particolare, la possibilità anche di

Ad oggi, l'art. 8, par. 1, ha rappresentato l'unico fondamento giuridico utilizzato per costituire le diverse "operazioni congiunte" alle frontiere marittime dell'UE al fine di contrastare il continuo flusso di clandestini provenienti dal Nord Africa e dal golfo di Guinea²⁴.

Più di recente, attraverso l'adozione del regolamento (CE) 863/2007²⁵ è stato istituito un meccanismo, sempre coordinato da FRONTEX, volto a fornire assistenza operativa rapida per un periodo limitato allo Stato membro che ne faccia richiesta, nell'ipotesi in cui lo stesso si trovi a fare fronte a sollecitazioni urgenti ed eccezionali. Tale ipotesi si verificherebbe ogniqualvolta uno Stato membro si trovasse ad affrontare un afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi che tentano di entrare illegalmente nel suo territorio. Al verificarsi di queste circostanze, l'Agenzia potrebbe decidere di inviare nel territorio dello Stato richiedente una o più "squadre di intervento rapido alle frontiere" (RABIT).

Tutte le operazioni coordinate da FRONTEX devono rispettare gli obblighi internazionali posti a tutela dei migranti; tuttavia, tali obblighi non sono desumibili con certezza dalle citate normative²⁶. Il regolamento (CE) 2007/2004, per quanto attiene alle "operazioni congiunte", si limita a fare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e ai principi sanciti nell'art. 6, par. 2, UE (divenuto art. 6 TUE) e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (ora allegata al TUE)²⁷. La genericità del quadro normativo in merito alla tutela dei diritti dei mi-

una partecipazione operativa dell'Agenzia alle "operazioni congiunte" o ai "progetti pilota" attraverso proprio personale, in aggiunta a quello messo a disposizione dagli Stati membri. Si prevede, infatti, l'istituzione di "squadre comuni di sostegno FRONTEX", costituite con guardie di frontiera distaccate dagli Stati membri in qualità di esperti nazionali presso l'Agenzia (nuovo art. 3 *ter* aggiunto dalla Proposta di regolamento).

²⁴ In merito alle "operazioni congiunte" alle frontiere marittime, si vedano le Relazioni generali di FRONTEX per gli anni 2006 e 2007, disponibili su www.frontex.europa.eu/annual_report.

²⁵ Regolamento (CE) 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) 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, in GU L 199 del 31 luglio 2007.

²⁶ A riguardo non è di aiuto neanche l'accordo di collaborazione, concluso in forma di scambio di lettere, tra UNHCR e FRONTEX il 17 giugno 2008. L'accordo, infatti, prevede forme di mera cooperazione tra le due agenzie, quali incontri e consultazioni regolari, scambio di informazioni e di esperti, programmi di formazione e l'assegnazione di un funzionario dell'UNHCR all'agenzia europea.

²⁷ Preambolo, par. 22, regolamento (CE) 2007/2004. La Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004, nel descrivere il ruolo dell'Agenzia nel semplificare e rendere più efficace l'applicazione delle misure dell'Unione vigenti e future relative alla gestione delle frontiere esterne, puntualizza come ciò vada fatto "in osservanza delle pertinenti norme di diritto dell'Unione, di diritto internazionale, degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale e dei diritti fondamentali, garantendo il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri ai fini dell'applicazione di tali misure, contribuendo in tal modo a un livello efficace, elevato e uniforme di controllo delle persone e di sorveglianza delle frontiere esterne degli Stati membri" (nuovo art. 1, par. 2, sostituito dalla Proposta di regolamento). Analogamente, nel disciplinare l'istituzione delle "squadre comuni di sostegno FRONTEX" e la loro partecipazione ad operazioni congiunte, la proposta di regolamento impone a queste il rispetto dei diritti fundamenta-

granti sembra del resto rispecchiarsi nell'approssimazione da cui sembrano essere caratterizzate le regole di ingaggio cui devono attenersi le unità navali degli Stati membri coinvolte nelle operazioni. Diversamente, il regolamento (CE) 863/2007 dimostra una maggiore precisione normativa, in quanto pone l'accento, oltre che sulla tutela dei diritti fondamentali, sul rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale, di non respingimento e sul pieno rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare, in particolare per quanto riguarda la ricerca e il salvataggio²⁸. Infatti, alla luce di questi principi, lo stesso regolamento detta precisi modelli comportamentali cui le "squadre RABIT" devono attenersi. In particolare, nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre devono rispettare pienamente la dignità umana, qualsiasi misura da loro adottata deve essere proporzionata agli obiettivi perseguiti dalla misura stessa, e non devono essere esercitate verso le persone discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale²⁹.

Più di recente, con la decisione 2010/252/UE³⁰, che integra il Codice frontiere Schengen, si è cercato di dettare regole comuni applicabili a tutti gli Stati membri che partecipano alle operazioni di FRONTEX³¹.

La decisione fornisce in un allegato le "Regole applicabili alle operazioni alle frontiere marittime coordinate dall'Agenzia" (di seguito, "Regole"), in cui si afferma in modo chiaro che le operazioni FRONTEX devono essere attuate nel rispetto del principio di non *refoulement*:

li e della dignità umana e il divieto di non discriminazione verso le persone (nuovo art. 3 *ter*, par. 4, aggiunto dalla Proposta di regolamento).

²⁸ Preambolo, paragrafi 17 e 18, regolamento (CE) 863/2007.

²⁹ Art. 6, par. 2, regolamento (CE) 863/2007.

³⁰ Decisione 2010/252/UE del Consiglio del 26 aprile 2010 che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. In quanto modificativa del regolamento (CE) 562/2006, la decisione non è vincolante per il Regno Unito e l'Irlanda, in quanto non partecipano al regolamento citato (v. 200/363/CE per la posizione del Regno Unito in merito all'*acquis* di Schengen e la decisione 2002/192/CE per la posizione dell'Irlanda), mentre vincola, ai sensi del diritto internazionale, la Danimarca che ha recepito nel suo diritto interno il regolamento citato (v. lettera dell'8 giugno 2006 con cui la Danimarca comunicava l'avvenuta ricezione ai sensi dell'art. 5 del Protocollo sulla posizione della Danimarca). La decisione è, altresì vincolante per la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera, e il Liechtenstein in quanto Stati associati al sistema Schengen. Si noti che la decisione, al considerando 6, afferma che essa non pregiudica gli obblighi che incombono sugli Stati membri in virtù delle convenzioni internazionali la cui applicazione può incidere concretamente sulla salvaguardia dei diritti dei migranti clandestini, e dei richiedenti asilo in particolare. Sull'iter di adozione della decisione, v. C. GABRIELLI, *L'obbligo di salvataggio in mare nelle attività dell'Agenzia Frontex secondo la decisione del Consiglio dell'Unione*, in *Gli stranieri*, 2010, p. 95 ss.

³¹ L'art. 1 della decisione stabilisce che le regole e gli orientamenti non vincolanti contenute nell'allegato costituiscono parte integrante del piano operativo predisposto per ciascuna operazione coordinata dall'Agenzia.

“Nessuno può essere sbarcato o altrimenti consegnato alle autorità di un paese in violazione del principio di non respingimento o nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio. [...] alle persone intercettate o soccorse sono fornite informazioni adeguate affinché possano esprimere qualunque motivo induca loro a ritenere che lo sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento”.

Il divieto di *refoulement* si deve applicare, pertanto, indipendentemente dallo *status* delle zone di mare in cui si trovano i soggetti che rischiano la persecuzione o altre forme di trattamenti inumani o degradanti. Si supera così l'annosa questione legata all'interpretazione divergente che di questo principio veniva fatta dai singoli Stati membri, alcuni dei quali ne negavano l'applicabilità nelle acque internazionali. Dunque, questa norma presuppone per la sua corretta applicazione che le autorità delle navi coinvolte nelle operazioni FRONTEX procedano ad una identificazione delle singole persone intercettate o soccorse, al fine di valutarne la condizione personale.

2.2. Considerazioni in merito all'attribuzione della responsabilità internazionale nel caso di illeciti commessi nell'ambito di operazioni FRONTEX

Dal quadro normativo delineato si evince chiaramente che le operazioni FRONTEX, ancorché coordinate dall'Agenzia, non sono attività imputabili all'Unione europea in quanto tale. Infatti, perché l'Unione possa essere considerata internazionalmente responsabile della condotta posta in essere dalle unità navali dei diversi Stati membri nell'ambito di tali operazioni, dette unità navali dovrebbero prestare la propria attività nella sfera di giurisdizione esclusiva dell'Unione ed essere pertanto poste sotto il controllo effettivo dell'Unione stessa. Solo in una simile circostanza, l'Unione risponderebbe internazionalmente dell'attività delle unità navali degli Stati membri in quanto organi prestatati dagli Stati all'Unione³². Al contrario, in assenza di detta subordinazione gerarchica dell'organo nazionale all'organizzazione internazionale, quest'ultima non può essere ritenuta il soggetto internazionalmente responsabile per la commissione di un eventuale illecito internazionale.

Per determinare il soggetto internazionalmente responsabile delle attività svolte da operazioni FRONTEX, è necessario fare una distinzione tra l'attività

³² Commissione di diritto internazionale, *Text of the draft articles on responsibility of international organizations adopted by the Commission on first reading, in Report on the work of its sixty-first session (4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009)*, UN Doc. A/64/10, art. 6: “The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct”.

svolta dalle unità navali degli Stati membri nell'ambito di "operazioni congiunte" e l'attività svolta nell'ambito delle "squadre RABIT". La differenza attiene al fatto che mentre nelle operazioni congiunte, istituite in base all'art. 8 del regolamento (CE) 2007/2004, i mezzi e il personale messi a disposizione dai singoli Stati membri operano sotto il comando e la responsabilità dello Stato di provenienza, i membri delle squadre RABIT possono operare esclusivamente agli ordini delle guardie di frontiera dello Stato membro ospitante e di norma in loro presenza, e nello svolgimento dei propri compiti e nell'esercizio delle competenze affidategli, i membri di dette squadre devono osservare la normativa comunitaria e la legislazione nazionale dello Stato membro ospitante.

Ne consegue che, in merito alle operazioni congiunte, ogni singolo Stato membro coinvolto è responsabile dell'attività posta in essere dalla propria unità navale³³; in tal senso, l'indicazione precisa del *modus operandi* delle unità navali coinvolte in tali operazioni è fondamentale per la determinazione del soggetto internazionalmente responsabile della eventuale violazione di norme a tutela dei migranti³⁴. Diverso è il discorso per quanto concerne le squadre RABIT, le cui attività sono svolte dalle unità e dal personale messo a disposizione dai diversi Stati membri nell'esercizio di prerogative dell'autorità di governo dello Stato membro richiedente l'intervento, secondo il modello del prestito d'organo³⁵. Tali attività, quindi, sono imputabili al solo Stato membro richiedente ed è quest'ultimo ad avere l'obbligo di applicare le norme internazionali in materia di tutela dei migranti e a rispondere internazionalmente per la loro eventuale violazione.

³³ La Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004, prevedendo la partecipazione dalle "squadre comuni di sostegno FRONTEX" alle operazioni congiunte, precisa che durante la missione "le istruzioni" a queste squadre sono impartite dallo Stato membro ospitante. Se ne deduce, pertanto, che le eventuali attività illecite poste in essere dai membri delle squadre, in violazione del diritto internazionale, saranno imputabili al solo Stato membro ospitante. L'Agenzia, infatti, tramite l'agente di coordinamento "può comunicare i suoi pareri sulle istruzioni allo Stato membro ospitante il quale, in tale eventualità, ne tiene conto" (v. nuovo art. 3 *quater* aggiunto dalla Proposta di regolamento).

³⁴ La stessa Commissione europea ha messo in rilievo la necessità di "[d]eterminare più esattamente il corretto *modus operandi* per intercettare le imbarcazioni che trasportano, o che si sospetta che trasportino, immigranti illegali nell'Unione europea"; ciò migliorerebbe l'efficienza delle operazioni congiunte, alle quali partecipano forze di diversi Stati membri "che non sempre hanno un'idea comune sul modo e sul momento in cui svolgere tali intercettazioni" (Comunicazione della Commissione al Consiglio, "Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea", COM(2006)733 def., par. 33). A tal fine, la Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004 introduce l'obbligo di stabilire un piano operativo preventivo dell'attività delle operazioni congiunte che si vogliono istituire, il quale deve comprendere "per le operazioni in mare, requisiti specifici riguardanti la competenza giurisdizionale e le disposizioni di diritto del mare relative all'area geografica in cui si svolge l'operazione congiunta o il progetto pilota" (nuovo art. 3 *bis*, par. 1, lett. i, aggiunto dalla Proposta di regolamento).

³⁵ In tal senso, si veda l'art. 6 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti (in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II – Part Two).

Nei successivi paragrafi cercheremo di definire la portata degli obblighi relativi alla protezione dei richiedenti asilo, che sorgono in capo ad ogni Stato membro nell'ambito delle diverse situazioni in cui proprie unità navali, partecipanti ad "operazioni congiunte" coordinate da FRONTEX, attuano intercettazioni o operazioni di ricerca e salvataggio.

3. Diritti dei migranti clandestini richiedenti asilo e divieto di respingimento

La definizione di rifugiato, i criteri per la determinazione dello *status* di rifugiato e i relativi diritti e obblighi che discendono da tale condizione giuridica sono oggetto della Convenzione di Ginevra relativo allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 e del Protocollo di New York del 31 gennaio 1967. Questi due strumenti convenzionali sono stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione europea; al contrario, l'Unione non ne è parte contraente, sebbene l'art. 63, par. 1, CE affermasse che il Consiglio nell'adozione di misure in materia di asilo doveva conformarsi alle norme in essi contenute. Pertanto, i due testi menzionati hanno costituito un punto di riferimento per la creazione di norme e procedure comuni in materia di asilo e a più riprese la Commissione europea, nel formulare proposte normative in materia, ha ritenuto opportuno richiamare anche i documenti elaborati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) che forniscono una interpretazione attuale delle citate norme convenzionali³⁶. Il nuovo art. 78, par. 1, TFUE continua a rinviare ai medesimi testi convenzionali, ma innovando la formulazione della norma, fa riferimento anche "agli altri trattati pertinenti", sottolineando inoltre come la politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale, debba "garantire il rispetto del principio di non respingimento".

Dunque, perno fondamentale del sistema convenzionale di tutela dei rifugiati è l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, in base al quale nessuno Stato contraente può "espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa

³⁶ Ad esempio, nella Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM/2001/0510 def. – CNS 2001/0207 (in GU 51 E del 26 febbraio 2002), la Commissione ammette di aver considerato, accanto alla Convenzione di Ginevra, come utili fonti di riferimento il "Manuale sulle procedure ed i criteri per la determinazione dello status di rifugiato", redatto dall'UNHCR per assistere gli Stati parti alla Convenzione nell'interpretazione della definizione di "rifugiato" contenuta nella Convenzione, e le conclusioni del Comitato esecutivo dell'UNHCR.

della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche»³⁷.

L'ambito spaziale entro cui tale divieto di respingimento si applica è tuttavolta materia di dibattito in dottrina.

In base ad una interpretazione letterale dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, l'uso del termine inglese "return" e di quello francese "refoulement" farebbe supporre che il richiedente asilo debba essere presente nel paese di rifugio per poter godere del diritto che discende dalla norma in esame³⁸. In questo senso, è celebre una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, valutando la legittimità dell'*Executive Order* n. 12.807 del 23 maggio 1993 – in base al quale la Guardia costiera statunitense era autorizzata ad intercettare in alto mare e respingere verso il paese di origine le *boats peoples* provenienti da Haiti – alla luce della Convenzione di Ginevra, ha concluso che quest'ultima non si applica in acque internazionali³⁹. In favore di una diversa interpretazione, che valorizzi l'oggetto e lo scopo della Convenzione, si è espresso invece l'UNHCR, sottolineando a più riprese che la Convenzione di Ginevra non è territorialmente limitata e si applica "wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State"⁴⁰. In particolare, il divieto di

³⁷ Si noti che, in base all'art. 42, par. 1, della Convenzione del 1951, l'art. 33 non può essere soggetto a riserve da parte degli Stati contraenti (in tal senso anche l'art. VII, par. 1, del Protocollo del 1976). Dal canto suo, il Comitato esecutivo dell'UNHCR ha qualificato il divieto di *refoulement* come norma non derogabile del diritto internazionale, Conclusion No. 25 (XXXIII) 1982, para. (b). L'importanza fondamentale del divieto di respingimento, come perno del sistema di protezione dei rifugiati, è stata sottolineata a più riprese anche dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, da ultimo con la risoluzione 57/187, UN Doc. A/RES/57/187, 6 febbraio 2003, par. 4. Tuttavia, il carattere fondamentale del divieto di respingimento sembra messo in discussione qualora il richiedente asilo sia un terrorista o un sospetto terrorista; in tal senso, si veda la risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, UN Doc. S/RES/1373 (2001), 28 settembre 2001, par. 3, lett. (f).

³⁸ Si veda, in questo senso, la posizione di alcuni Stati in seno alla Conferenza di Ginevra sullo status dei rifugiati: Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Sixteenth Meeting*, UN Doc. A/CONF.2/SR.16, p. 6 (11 luglio 1951); Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Thirty fifth Meeting*, UN Doc. A/CONF.2/SR.35, pp. 21-22 (25 luglio 1951). In dottrina, si veda N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953 (riprodotto nel 1997 dalla Divisione della protezione internazionale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati), pp. 162-163.

³⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 U.S. 155 (1993), sentenza del 21 giugno 1993.

⁴⁰ Si veda, da ultimo, UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007. Nello stesso senso si è espressa la Commissione interamericana dei diritti umani nel caso *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, InterAm.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997). Si veda anche il caso dibattuto davanti alla English and Welsh Court of Appeal, *R (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2003] EWCA Civ 666 (Eng. CA, May 20, 2003).

refoulement dovrebbe applicarsi in tutte quelle situazioni in cui si esplica l'azione di organi dello Stato, di persone o enti che esercitano prerogative dell'autorità di governo, di organi posti a disposizione dello Stato da un altro Stato, di persone o gruppi di persone che agiscono secondo le istruzioni o sotto la direzione o il controllo dello Stato, o che esercitano di fatto prerogative dell'autorità di governo in assenza o a seguito di inattività delle autorità ufficiali, nei punti di imbarco, di transito, alle frontiere esterne o nelle zone internazionali⁴¹.

Uno specifico obbligo di non respingimento discende anche da altri strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, sottoscritti dagli Stati membri. L'art. 3, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura⁴², l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴³ e, infine, l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁴⁴.

⁴¹ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, par. 67, disponibile su www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf. In tal senso, si veda anche P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI, L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 151 ss., p. 168. Per un esame più approfondito della questione, si veda S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2008, p. 205 ss.

⁴² Art. 3, par. 1, Convenzione contro la tortura: "Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura". In merito all'applicazione spaziale della Convenzione sulla tortura, si veda *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture – United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 luglio 2006, par. 15.

⁴³ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7)*, par. 9.

⁴⁴ La Corte europea dei diritti umani, secondo una giurisprudenza oramai consolidata, ha affermato che gli Stati contraenti, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, hanno il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e che la Convenzione stessa non tutela il diritto di asilo politico. Ciò nondimeno, l'espulsione dello straniero può sollevare dei problemi in relazione al rispetto dell'art. 3 CEDU. In particolare, lo Stato contraente, qualora abbia "*motifs sérieux et avérés*" di ritenere che un individuo corra il rischio reale di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 nel paese di destinazione, ha l'obbligo di non espellere lo straniero verso quel paese (si veda, da ultimo, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, paragrafi 124-149). Come è noto gli Stati parte alla Convenzione devono riconoscere i diritti e le libertà definiti dalla CEDU ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione. Nella sentenza del 10 luglio 2008, *Medvedyev et al. c. Francia*, ricorso n. 3394/03, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di affermare che, benché al di fuori del territorio di uno Stato parte, una nave e il suo equipaggio qualora si trovino sotto il controllo delle forze militari di uno Stato parte alla Convenzione sono da considerarsi sotto la sua giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (v. anche sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2010). Nella fattispecie si trattava di una nave dedita al traffico di stupefacenti catturata nelle acque territoriali cambogiane da una nave da guerra francese. *Rectius*, questo potrebbe valere anche nel caso di navi sospettate di essere dedite al traffico di clandestini, intercettate da navi da guerra degli Stati dell'UE in alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo. Si deve inoltre sottolineare che il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 CEDU è parte dei principi generali di diritto dell'UE, di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto, e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è presa in considerazione nell'interpretare la portata di tale di-

Il rispetto dell'obbligo di non *refoulement* deve essere garantito dalle unità navali degli Stati membri impiegate in "operazioni congiunte" coordinate da FRONTEX⁴⁵. Tuttavia, il rispetto di tale obbligo è reso difficile dalle peculiari caratteristiche dell'immigrazione irregolare via mare. Quest'ultima, infatti, si presenta come un fenomeno di immigrazione mista, comprendente al tempo stesso migranti irregolari, che non richiedono particolare protezione, e rifugiati, che necessitano di una protezione internazionale. Inoltre, si deve constatare che, nella prassi, pur in presenza di una tale realtà, le unità navali coinvolte in azioni di contrasto dell'immigrazione clandestina, in nome della maggiore efficacia dell'operazione, sono per lo più portate ad attuare un respingimento in blocco delle imbarcazioni cariche di clandestini. Consapevole di tale problema, la Commissione europea ha sentito l'esigenza di ribadire che "[l]'asilo deve costituire ... un'opzione efficace per le persone che necessitano di protezione internazionale. A tale scopo, occorre assicurare che gli Stati membri applichino con coerenza ed efficienza gli obblighi di protezione, per quanto riguarda l'intercettazione e il salvataggio in mare di persone che possano necessitare di protezione internazionale e la sollecita identificazione di queste persone dopo lo sbarco, presso i luoghi di accoglienza"⁴⁶.

Al fine di definire le situazioni nelle quali uno Stato membro dell'Unione è tenuto ad assumere la responsabilità di esaminare una richiesta di asilo, in applicazione del diritto internazionale in materia di rifugiati, è necessario tener conto degli spazi marittimi – acque territoriali dello Stato membro, alto mare o mare territoriale di uno Stato terzo – in cui si svolgono le "operazioni congiunte" di FRONTEX.

3.1. Trattamento dei richiedenti asilo nel mare territoriale e alla frontiera marittima di uno Stato membro

In base al diritto internazionale, una delle circostanze in cui uno Stato costiero ha il diritto di vietare il passaggio di una nave straniera nel proprio mare territoriale è la violazione da parte di questa nave delle proprie norme sull'immigrazione⁴⁷; tuttavia, in ossequio a quanto sancito nella Convenzione di Ginevra del 1951, qualora sulla nave siano presenti rifugiati o richiedenti asilo, lo Stato ha l'obbligo di esaminare la posizione dei singoli individui che si trovano a bordo⁴⁸. In una tale linea sembra inserirsi la direttiva 2005/85/CE (c.d. "direttiva procedure"), la quale afferma che gli individui che cercano una protezio-

ritto nell'ordinamento giuridico UE (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Meki Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07, sentenza del 17 febbraio 2009, par. 28).

⁴⁵ Si ricordi la prescrizione del par. 1.2 delle "Regole" allegate alla decisione 2010/252/UE.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, "Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea", COM(2006)733 def., par. 10.

⁴⁷ Art. 19 CNUDM.

⁴⁸ Sul punto, G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007, pp. 272-275.

ne internazionale nel mare territoriale di uno Stato membro o alla sua frontiera marittima, indipendentemente dalla situazione e dalla forma di protezione cercata, vanno equiparati agli individui che chiedono protezione nel territorio di uno Stato membro o alla sua frontiera terrestre⁴⁹.

La stessa direttiva dichiara come l'obbligo di accettare e di esaminare le richieste d'asilo alle frontiere terrestri e marittime, prescindendo dal possesso di documenti validi per l'ingresso nel territorio dello Stato interessato, equivalga a garantire il principio internazionale di non *refoulement*⁵⁰. La direttiva afferma, inoltre, che tutte le domande di protezione internazionale sono considerate domande di asilo, salvo che la persona interessata richieda espressamente un altro tipo di protezione⁵¹. In quest'ultima ipotesi si tratta di una "protezione sussidiaria"⁵² concessa quando il cittadino di un paese terzo, o l'apolide, non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma sussistono fondati motivi per ritenere che il soggetto, qualora ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, corra un rischio effettivo di subire un grave danno e non possa o, a causa di tale rischio, non voglia avvalersi della protezione di detto paese⁵³.

⁴⁹ L'art. 3 afferma, infatti, che la direttiva "si applica a tutte le domande di asilo presentate nel territorio, compreso alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri". Si noti, inoltre, che uno studio commissionato dalla Commissione europea conferma l'applicazione della direttiva al mare territoriale (Commission Staff Working Document, *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by Sea*, 27 maggio 2007, doc. 9804/07).

⁵⁰ In tal senso l'art. 3 b) del Codice frontiere Schengen specifica che i controlli di frontiera devono essere condotti senza pregiudizio "dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento".

⁵¹ Art. 2 b) direttiva procedure.

⁵² Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, 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 (c.d. "direttiva qualifiche"), in GU L 304 del 30 settembre 2004. Come ebbe modo di sottolineare la Commissione europea (Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM/2001/0510 def. – CNS 2001/0207, in GU C 51E del 26 febbraio 2002), la definizione di protezione sussidiaria è basata in larga misura sugli strumenti in materia di diritti dell'uomo pertinenti alla protezione sussidiaria: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (art. 3), la Convenzione dell'ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (art. 3) e il Patto internazionale del 1966 relativo ai diritti civili e politici (art. 7). Si noti che nello studio commissionato dalla Commissione europea dal titolo *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by Sea* (cit.) si afferma che l'ambito spaziale di applicazione della direttiva comprende anche il mare territoriale.

⁵³ L'art. 15 della direttiva citata stabilisce che sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Dunque, il diritto dell'UE offrirebbe agli individui intercettati o salvati nel mare territoriale di uno Stato membro la possibilità di chiedere la protezione internazionale e sembra ragionevole ritenere che le stesse considerazioni debbano valere per gli individui intercettati o salvati nella "zona contigua" al mare territoriale dello Stato membro interessato⁵⁴.

Il regolamento (CE) 343/2003 (c.d. "regolamento Dublino II")⁵⁵ indica come solo responsabile dell'esame della domanda di asilo lo Stato membro attraverso il cui mare territoriale il richiedente asilo è entrato⁵⁶. Tale prescrizione è in linea con le indicazioni del Comitato esecutivo dell'UNHCR, il quale ha affermato che, in materia di esame della richiesta di asilo delle persone intercettate, la responsabilità principale è dello Stato costiero nelle cui acque territoriali è avvenuta l'intercettazione⁵⁷.

Il quadro normativo illustrato permette di mostrare perché le operazioni congiunte coordinate da FRONTEX si prestano a delle critiche.

In particolare, si deve rilevare che la decisione 2010/252/UE, pur richiamando espressamente il divieto di *non refoulement*, non offre garanzie circa le modalità per l'applicazione della normativa dell'UE in materia di regimi di protezione internazionale da parte delle unità navali partecipanti ad operazioni FRONTEX⁵⁸. Inoltre, qualora si consideri che il divieto di respingimento grava esclusivamente sul paese di "primo asilo", cioè sul paese che accoglie i rifugiati provenienti direttamente dal paese in cui sono o potrebbero essere perseguitati, la normativa dell'UE resta incerta sul contenuto della nozione di paese di "primo asilo", permanendo il dubbio se in essa vadano ricomprese anche le navi da guerra e le navi utilizzate esclusivamente per un servizio pubblico non commerciale che nel mare territoriale di uno Stato terzo⁵⁹ o in alto mare⁶⁰ godono di im-

⁵⁴ In tal senso, si veda R. WEINZIERL, U. LISSON, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea*, German Institute for Human Rights, October 2007, pp. 55-56, consultabile in: www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Law-of-the-seas-study-2008.pdf. Si rammenta che, in base alla CNUDM, la zona contigua può essere istituita da uno Stato costiero e che essa può avere una estensione massima di 24 miglia marine a partire dalla linea di base da cui si calcola la larghezza del mare territoriale. Ad oggi, non tutti gli Stati costieri dell'UE hanno istituito una loro zona contigua.

⁵⁵ Regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GU L 50 del 25/02/2003.

⁵⁶ Art. 3, par. 1, regolamento (CE) 343/2003.

⁵⁷ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, 10 ottobre 2003, No. 97 (LIV) – 2003, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3f93b2894.html.

⁵⁸ L'assenza di procedure operative chiare per le operazioni FRONTEX era stata già sottolineata nelle osservazioni svolte dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite in merito ai limiti della legislazione dell'UE in materia di asilo: *UNHCR's Recommendations for Portugal's European Union Presidency July-December 2007*.

⁵⁹ Art. 32 CNUDM.

⁶⁰ Articoli 95 e 96 CNUDM.

munità completa dalla giurisdizione nei confronti di ogni Stato diverso dallo Stato di bandiera. In questa ipotesi, infatti, le unità navali coinvolte in una operazione congiunta, che non battono bandiera dello Stato territoriale, potrebbero essere ragionevolmente considerate alla stregua di paese di primo asilo nel caso di richieste di asilo da parte di clandestini, qualunque sia la zona di mare in cui sia avvenuta l'intercettazione o l'operazione di soccorso e salvataggio⁶¹.

3.2. *Trattamento dei richiedenti asilo in alto mare e nel mare territoriale di Stati terzi*

La questione del rispetto del divieto di *refoulement* si pone anche in relazione alle operazioni di interdizione navale di FRONTEX svolte oltre i confini marittimi dell'Unione (c.d. "*pre-border operations*"). Tali operazioni hanno il loro fondamento giuridico nell'art. 110, par. 1, CNUDM e nel già citato Protocollo di Palermo che prevede il diritto di visita in alto mare da parte delle navi da guerra di uno Stato al fine di contrastare le attività considerate illecite dal testo convenzionale. Come si è avuto modo di accertare, le operazioni possono coinvolgere, a seguito di un accordo, le navi da guerra di più Stati. Anche in queste circostanze, qualora una unità navale intercettasse delle imbarcazioni cariche di clandestini e le dirottasse in modo forzato verso lo Stato di partenza o verso un paese non scelto dal richiedente asilo o che comunque non presenta garanzie minime in materia di diritti umani si produrrebbe una violazione del principio di non respingimento.

Esempi di *pre-border operations* coordinate da FRONTEX sono state le operazioni HERA II e HERA III, nelle quali la missione dei pattugliatori era quella di intercettare, in alto mare, i natanti che trasportavano migranti clandestini provenienti dal Senegal e dalla Mauritania e diretti verso le isole Canarie, respingendoli verso i paesi di partenza⁶². L'operazione HERA II, in particolare, ha avuto la peculiarità di svolgere la propria attività di interdizione anche nelle ac-

⁶¹ Si veda in tal senso la risoluzione della sessione di Bath del 1950 dell'Institut de Droit International su "*L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*". L'art. 3 della risoluzione afferma: "1. L'asile peut être accordé dans les hôtels des missions diplomatiques, les consulats, les bâtiments de guerre, les navires d'Etat affectés à des services publics, les aéronefs militaires et les lieux relevant d'un organe d'un Etat étranger admis à exercer autorité sur le territoire.

2. L'asile peut être accordé à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences émanant des autorités locales ou contre lesquelles celles-ci sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même qu'elles tolèrent ou provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de luttes intestines. (...)".

⁶² Si veda il Rapporto annuale 2006 di FRONTEX.

que territoriali dei due paesi africani⁶³. Tuttavia, dal Rapporto annuale 2006 di FRONTEX, non è possibile evincere se le persone intercettate nel periodo di attività delle due operazioni siano state sottoposte ad una valutazione preliminare del loro *status* giuridico prima che fosse disposto il loro respingimento.

Il rischio di una violazione dei diritti dei migranti che necessitano di protezione internazionale da parte delle unità navali coinvolte in operazioni congiunte FRONTEX è dunque concreto ed è più alto quando le navi che trasportano migranti clandestini sono cariche di passeggeri che intraprendono il viaggio a scopo puramente economico e solo una minima parte di essi fugge da luoghi di origine in cui rischiano una persecuzione.

La direttiva procedure non contiene disposizioni in materia di esame delle richieste di asilo presentate nell'alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo, tuttavia, alcune disposizioni utili a tal fine possono essere rinvenute nel Codice frontiere Schengen. Infatti, nell'Annesso VI, par. 3.1.1., si afferma che le verifiche di frontiera, in virtù di appositi accordi, possono essere effettuate anche nel corso della traversata o, all'atto dell'arrivo o della partenza della nave, nel territorio di un paese terzo. Dunque, nel corso di controlli di frontiera effettuati in alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo, è possibile ricevere domande di protezione internazionale provenienti da clandestini imbarcati su navi passeggeri. Tuttavia, nel caso in cui il controllo di frontiera avvenga in acque territoriali dello Stato terzo, le richieste di asilo che possono essere accettate sono unicamente quelle che provengono da individui che non hanno la cittadinanza dello Stato terzo, in quanto la Convenzione di Ginevra non si applica ai cittadini dello Stato territoriale.

Diverso è il caso in cui l'individuo che voglia richiedere asilo si trovi su una nave dedicata al traffico di migranti. In questa ipotesi, che è anche la più frequente, il migrante ha diritto di veder esaminata la sua domanda di asilo solo se, per qualunque motivo, ad esempio, perché è stato soccorso in mare, riesca a trovarsi a bordo di navi da guerra o di navi utilizzate esclusivamente per un servizio pubblico non commerciale. Infatti, in tal caso, in ragione della giurisdizione esclusiva che lo Stato di bandiera esercita sulle proprie navi di Stato, i soggetti che lo vogliono, compresi i cittadini dello Stato nelle cui acque territoriali si trova la nave, possono chiedere la protezione internazionale e il comandante della nave è tenuto ad avviare le relative procedure, così come stabilito dalla normativa comunitaria in materia.

⁶³ Si noti che, per quanto l'operazione HERA II sia stata condotta anche nelle acque territoriali del Senegal e della Mauritania, l'Agenzia non ha rapporti formali con questi due paesi. Sulla legittimità dell'esercizio di poteri di polizia da parte di unità navali europee nelle acque territoriali di Stati terzi senza che questi ne abbiano dato espressa autorizzazione, si veda S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 367 ss., in particolare pp. 380-381.

3.3. Nozioni di “paese terzo sicuro” e di “paese d’origine sicuro” ai fini del respingimento

In caso di intercettazione di una nave che trasporti migranti clandestini, affinché il respingimento operato dalle unità navali coinvolte in operazioni congiunte coordinate da FRONTEX sia legittimo, è necessario valutare che esso non avvenga verso paesi in cui il soggetto o i soggetti respinti corrano il rischio di persecuzione. A questo riguardo, la direttiva procedure introduce le nozioni di “paese terzo sicuro” e di “paese d’origine sicuro” quali elementi utili per valutare l’irricevibilità delle domande d’asilo⁶⁴.

In merito alla nozione di “paese terzo sicuro”, la direttiva stabilisce che siano gli Stati membri a compilare le liste di paesi considerati tali e che le stesse siano comunicate periodicamente alla Commissione. Gli Stati membri possono qualificare come sicuro un paese terzo solo se le loro autorità competenti hanno accertato che nel paese in questione il richiedente asilo riceverà un trattamento conforme a determinati criteri: a) non sussistano minacce alla vita ed alla libertà del migrante per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) sia rispettato il principio di non *refoulement* conformemente alla Convenzione di Ginevra; c) sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; d) esista la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per coloro a cui sia riconosciuto, ottenere protezione in conformità alla Convenzione di Ginevra⁶⁵.

Sebbene parte della dottrina mette in rilievo i rischi di incompatibilità del concetto di paese terzo sicuro con la Convenzione di Ginevra del 1951⁶⁶; tuttavia, esso viene accolto in linea di principio dall’UNHCR, che ne subordina l’applicazione alla circostanza che la persona interessata abbia già avuto la pos-

⁶⁴ Sulla portata delle due nozioni citate e sui problemi che essi comportano in termini di rispetto diritti dei richiedenti asilo, si veda, più ampiamente, G. BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “direttiva procedure” 2005/85/CE*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Roma, 2008, p. 177 ss.

⁶⁵ Art. 27, par. 1, direttiva procedure. L’applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dalla legislazione nazionale (art. 27, par. 2) e lo Stato membro ha il solo obbligo procedurale di comunicare periodicamente alla Commissione l’elenco degli Stati terzi cui si applica questo concetto (art. 27, par. 5).

⁶⁶ C. COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 35 ss., p. 50. L’A. sottolinea come il concetto potrebbe equivalere a porre una riserva all’art. 1 A della Convenzione, in contrasto con la disciplina sulle riserve fissata dall’art. 42, o potrebbe equivalere a porre una nuova limitazione geografica all’applicabilità della Convenzione.

sibilità di entrare in contatto con le autorità dello Stato terzo, al confine o sul suo territorio, prima di venire in contatto con lo Stato membro⁶⁷.

Il quadro che emerge è pertanto chiaro: la nozione di paese terzo sicuro prevede limiti di applicazione estremamente rigorosi e si basa sul presupposto che venga accertata la posizione giuridica individuale di ogni singolo richiedente asilo⁶⁸. E' sulla base di questi criteri che, ad esempio nel bacino del Mediterraneo, non dovrebbero essere considerati quali paesi terzi sicuri la Libia, il Libano e la Siria, non avendo essi ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e non accogliendone, di conseguenza, i principi fondamentali. Eppure, si deve constatare come siano state effettuate, nell'ambito di operazioni congiunte coordinate da FRONTEX, diverse azioni di respingimento verso alcuni di questi paesi.

L'altro concetto previsto dalla direttiva procedure è quello di "paese d'origine sicuro"⁶⁹. Per un richiedente asilo, un paese d'origine è sicuro solo se questi ha la cittadinanza di quel paese, ovvero è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel paese, e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di rifugiato a norma della direttiva 2004/83/CE⁷⁰. La direttiva permette di definire, a livello dell'Unione europea, un elenco comune minimo di paesi terzi considerati paesi di origine sicura⁷¹, mentre concede, a ciascun Stato membro, la possi-

⁶⁷ Cfr. UNHCR, Executive Committee, *Conclusion No. 15 (XXX), 1979 e Background paper No. 2. The application of the "safe third country" notion and its impact on the management of flows and on the protection of refugees*, 2001. Si veda, anche, Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (97) 22 of the Committee of Ministers to Member States Containing Guidelines on the Application of the Safe Third Country Concept*, 25 novembre 1997.

⁶⁸ La direttiva procedure ha introdotto un concetto più specifico di paese terzo sicuro, quello di "paese terzo europeo sicuro" (art. 36). Il Consiglio può introdurre un elenco comune di tali paesi valutando, contestualmente, che gli stessi abbiano ratificato e osservino la convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche; dispongano di una procedura di asilo prescritta per legge; abbiano ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ne rispetta le disposizioni, comprese le norme riguardanti i rimedi effettivi. In conformità a tale elenco gli Stati membri possono introdurre disposizioni nazionali in base alle quali è consentito che l'esame delle domande d'asilo "non abbia luogo o non sia condotto esaurientemente", ove i richiedenti siano migranti clandestini provenienti da questi Stati. Il concetto in esame si differenzia da quello di "paese terzo sicuro" in quanto fornisce uno *standard* di tutela particolarmente elevato in materia di rifugiati, tuttavia, l'incidenza di questo concetto ha una scarsa portata sul contenimento del flusso dei richiedenti asilo provenienti essenzialmente da paesi non europei.

⁶⁹ Si noti che il concetto è stato criticato in quanto costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1951, che vieta ogni forma di discriminazione riguardo la razza, la religione e il paese d'origine per l'accesso alle procedure di asilo; sul punto, Amnesty International, *Europe: Harmonization of asylum policy – Accelerated procedures for "manifestly unfounded" asylum claims & the "safe country" concept*, novembre 1992, disponibile su repository.forcedmigration.org/pdf/?pid=fmo:962, p. 13.

⁷⁰ Art. 31 direttiva procedure.

⁷¹ Art. 29, par. 1, direttiva procedure. Si tenga presente, tuttavia, che nella sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/66, *Parlamento c. Consiglio*, la Corte di giustizia ha avuto modo di stabilire, tra

bilità di designare paesi di origine sicuri diversi da quelli che figurano nell'elenco comune minimo, ai fini dell'esame delle domande di asilo⁷².

I dubbi sollevati da questo istituto concernono essenzialmente il grado di accuratezza con cui si provvede all'esame della situazione interna esistente in uno determinato Stato terzo, al fine della sua inclusione in una lista⁷³. Infatti, un paese d'origine potrebbe, in linea di principio, essere considerato sicuro qualora si avesse la certezza che il soggetto respinto possa rimanere in quel paese, ad esempio perché è cittadino di quello Stato, ma potrebbe non essere considerato un paese sicuro qualora sussistesse il pericolo che quel paese d'origine, a sua volta, respinga il soggetto verso un altro paese, senza accertare che in quest'ultimo Stato non sia esposto al rischio di persecuzione. Nel determinare se un paese d'origine è sicuro, quindi, potrebbero essere indicativi i criteri individuati dall'UNHCR: rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto, attitudine a non produrre rifugiati, ratifica e applicazione degli strumenti sui diritti umani e accessibilità di organizzazioni nazionali o internazionali per verificare e supervisionare il rispetto dei diritti umani⁷⁴. In ultimo, anche la modalità di revisione della lista dei paesi d'origine sicuri solleva delle perplessità. La lentezza della procedura, infatti, fa sì che si possano creare tangibili sfasamenti temporali tra l'effettivo deterioramento della situazione dello Stato e il momento della richiesta della sua cancellazione dalle liste⁷⁵.

Dunque, anche in questo caso, sembra ragionevole sostenere che il ricorso al concetto di paese di origine sicuro non possa comportare il rigetto automatico di qualsiasi domanda presentata da individui provenienti da quel paese, a meno di voler incorrere nel rischio di un illecito *refoulement*⁷⁶.

Accanto alla questione relativa ai criteri da utilizzare per la compilazione delle diverse liste di paesi d'origine sicuri e di paesi terzi sicuri, occorre inoltre affrontare il problema di stabilire quali siano le liste che debbono essere utilizzate dalle unità

l'altro, l'annullamento dell'art. 29, paragrafi 1 e 2, della direttiva poiché la procedura di adozione dell'elenco comune minimo di paesi terzi considerati paesi di origine sicura introdotta dalle disposizioni impugnate si pone in conflitto con la procedura di codecisione, in quanto gli elenchi dei paesi sicuri sarebbero redatti non sulla base dell'art. 63 CE, bensì sulla base delle disposizioni citate, che prevedono una procedura più leggera rispetto a quella utilizzata per l'adozione dell'atto di base.

⁷² Art. 30 direttiva procedure.

⁷³ La direttiva indica quali fonti per verificare la situazione interna di uno Stato, le informazioni provenienti da altri Stati, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa o da altre organizzazioni internazionali (articoli 29, par. 3, e 30, par. 5, direttiva procedure).

⁷⁴ *UNHCR Position Relating to the Resolution on Safe Countries of Origin (London, 30 November – 1 December 1992)*, disponibile su www.unhcr.org/43662e712.html.

⁷⁵ Art. 29, paragrafi da 2 a 5, direttiva procedure.

⁷⁶ L'UNHCR ha avuto modo di precisare che la nozione di "paese d'origine sicuro" deve essere usata "only as a procedural tool to assign certain applications to accelerated procedures such as procedures for 'manifestly unfounded' claims" (*Certain Comments by the United Nations High Commissioner for Refugees on the Asylum and Immigration Bill 1995, 19 January 1996*, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32d8.html).

navali degli Stati membri coinvolte in operazioni congiunte di contrasto dell'immigrazione clandestina. Mentre non vi sono dubbi sulla necessità di adottare in ogni caso, l'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri elaborato dall'Unione, alcune questioni potrebbero sorgere in riferimento all'uso alle liste nazionali. Certamente, in alto mare o nelle acque territoriali di uno Stato terzo, essendo ogni unità navale coinvolta nelle operazioni congiunte coordinate da FRONTEX sotto l'autorità del proprio Stato di bandiera, sembra ragionevole ritenere che essa faccia riferimento all'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri, alla lista nazionale dei paesi di origine sicura e alla lista dei paesi terzi sicuri elaborate dal proprio Stato. Se la nave di uno Stato membro opera nelle acque territoriali di un altro Stato membro, non è invece chiaro se quella nave debba utilizzare, congiuntamente all'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri, anche le liste nazionali di paesi d'origine sicuri e di paesi terzi sicuri elaborata dal proprio Stato di bandiera, o soltanto le liste nazionali elaborate dallo Stato territoriale o le liste nazionali elaborate da entrambi gli Stati congiuntamente. Questa questione va ad inserirsi nel più volte richiamato problema della definizione del *modus operandi* delle unità navali coinvolte nelle operazioni congiunte e nelle difficoltà che queste unità incontrano, attualmente, nello svolgimento della loro attività di polizia.

4. Salvaguardia della vita umana in mare e nozione di “luogo sicuro” ai fini del salvataggio

Nell'ambito dell'attività di contrasto dell'immigrazione clandestina coordinata a livello europeo, le operazioni di FRONTEX sono soggette anche al rispetto degli obblighi internazionali in materia di salvaguardia della vita umana in mare. L'art. 98 CNUDM prescrive, infatti, l'obbligo di prestare assistenza in mare a carico di ogni Stato contraente. Detto obbligo si esplica sia nell'onere che grava sui comandanti delle navi che battono la bandiera di uno Stato contraente di prestare assistenza alle persone in mare in situazione di pericolo e ai naufraghi (par. 1)⁷⁷, sia attraverso la creazione e il funzionamento di un servizio permanente di ricerca e di salvataggio che risulti adeguato ed efficace per garantire la sicurezza marittima e aerea, se del caso, collaborando a tal fine con gli Stati vicini nel quadro di accordi regionali (par. 2)⁷⁸.

⁷⁷ Si veda anche la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita umana in mare (SOLAS) del 1974, Capitolo V, Regola 33, par. 1.

⁷⁸ Si noti che l'art. 98 è una norma inderogabile alla luce del dettato dell'art. 311 CNUDM. Infatti, l'art. 311 dispone che tra gli Stati contraenti sono fatti salvi soltanto gli altri accordi internazionali compatibili con la Convenzione stessa. L'articolo in questione precisa, inoltre, che qualora, due o più Stati contraenti possono concludere degli accordi che modificano o sospendono l'applicazione delle disposizioni della presente convenzione e che si applicano soltanto alle loro mutue relazioni, a condizione che detti accordi non riguardino disposizioni della convenzione la cui deroga è incompatibile con la effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione e a condizione,

La cooperazione tra gli Stati per il soccorso e la ricerca in mare è stata organizzata con la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio in mare (SAR) del 1979⁷⁹ mediante l'istituzione di zone di ricerca e salvataggio, ripartite d'intesa tra gli Stati contraenti interessati e che non corrispondono necessariamente alle frontiere marittime esistenti. Inoltre, la Convenzione stabilisce che ogni Stato ha l'obbligo di approntare piani operativi che prevedano le varie tipologie d'emergenza e le competenze dei centri preposti; tuttavia, i poteri di intervento e di coordinamento delle attività di ricerca e soccorso da parte di un singolo Stato nella propria area di competenza non escludono che unità navali straniere possano iniziare il soccorso quando l'imminenza del pericolo per le vite umane lo richieda⁸⁰, né che l'area SAR di competenza di uno Stato non possa essere gestita con l'aiuto di un altro Stato, in seguito ad un accordo⁸¹. In particolare, per quanto concerne la tutela della vita umana, la Convenzione impone un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare "*regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found*"⁸², stabilendo, oltre l'obbligo della prima assistenza, anche il dovere di sbarcare i naufraghi in un "luogo sicuro".

La questione della individuazione di un luogo sicuro, come porto di sbarco più appropriato dopo il salvataggio in mare, si lega necessariamente al problema dell'attribuzione della responsabilità di protezione tra i vari Stati che partecipano

inoltre, che detti accordi non influiscano sull'applicazione dei principi fondamentali enunciati dalla Convenzione e che le disposizioni di detti accordi non influiscano né sul godimento da parte di altri Stati contraenti dei loro diritti né sull'adempimento degli obblighi loro derivanti dalla Convenzione. Per un articolato commento all'art. 98 CNUDM, si veda S. CACCIAGUIDI-FAHY, *The Law of the Sea and Human Rights*, in *Sri Lanka Journal of International Law*, 2007, p. 85 ss.

⁷⁹ L'unico Stato membro dell'UE a non aver sottoscritto la Convenzione SAR è l'Austria. Si ricordi che, sebbene l'Unione europea non sia parte della Convenzione, essa ne ha raccomandato l'adozione da parte degli Stati membri per garantire "un servizio di ricerca e salvataggio uniforme nelle acque costiere della Comunità" (cfr. Raccomandazione del Consiglio del 25 luglio 1983 relativa alla ratifica della o all'adesione alla convenzione internazionale del 1979 sui servizi di ricerca e salvataggio in mare (SAR) (83/419/CEE), in GU L 237 del 26 agosto 1983). Infine, si noti che l'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare (art. 98 CNUDM) è stato indirettamente richiamato dalla Corte europea dei diritti umani in *Xhavara et al. c. Italia e Albania*, ricorso n. 39473/98, sentenza dell'11 gennaio 2001. In quell'occasione, la Corte respinse il ricorso di 16 albanesi sopravvissuti alla collisione e all'affondamento della nave Kater I Rades, in acque internazionali, ad opera di una nave da guerra italiana operante sulla base ad un accordo italo-albanese del 1997 in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina; tuttavia, la Corte rammentò alle parti l'applicazione estensiva dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita), in base al quale lo Stato ha un obbligo negativo di astenersi dal provocare la morte volontaria di persone, ma ha, allo stesso tempo, un obbligo positivo di prendere ogni misura necessaria e precauzionale per proteggere la vita di una persona sottoposta alla sua giurisdizione. Sull'incidente che ha coinvolto il Kater I Rades, si veda T. SCOVAZZI, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss.

⁸⁰ Regola 3.1.2. Convenzione SAR.

⁸¹ Regola 3.1.5. Convenzione SAR.

⁸² Capitolo 2.1.10 Convenzione SAR.

alle operazioni di ricerca e salvataggio nei confronti di chi rischia la vita in mare. A questo riguardo, il Comitato della sicurezza marittima dell'Organizzazione marittima internazionale (IMO) ha individuato nel governo responsabile dell'area SAR, all'interno della quale sono stati recuperati i sopravvissuti, il soggetto responsabile nel fornire un luogo sicuro o nell'assicurare che tale luogo venga fornito⁸³. Inoltre, il Comitato ha fatto maggiore chiarezza sul concetto di "luogo sicuro", considerando la nave soccorritrice un luogo di salvataggio puramente provvisorio, il cui raggiungimento non coincide con il momento terminale delle operazioni di soccorso. Nel definire la sicurezza di un luogo si deve tener conto del fatto che la sicurezza e la vita dei sopravvissuti non sia più minacciata, che le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possano essere soddisfatte e che possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti verso una destinazione vicina o finale⁸⁴. Pertanto, solo dal momento dell'arrivo in un luogo sicuro sulla terraferma cessano per lo Stato gli obblighi internazionali relativi alle operazioni di salvataggio.

Tuttavia, si deve constatare che non tutti gli Stati membri dell'Unione hanno reso conformi alle nuove linee guida dell'IMO le proprie procedure nazionali relative al soccorso e al salvataggio in mare. Questa situazione non è mutata in seguito all'adozione della decisione 2010/252/UE che si è limitata a dettare orientamenti non vincolanti in materia di ricerca e salvataggio in mare. Le "Linee guida applicabili ai casi di ricerca e salvataggio e sbarco nel quadro di un'operazione alle frontiere marittime coordinata dall'Agenzia" individua le regole relative alla ricerca e salvataggio in mare, indicando alcuni degli elementi che devono essere presi in esame perché si riscontri la necessità di intervenire in soccorso da parte delle unità navali partecipanti all'operazione FRONTEX⁸⁵. Viene precisato, infatti, che l'emergenza di una nave non dipende né è determinata esclusivamente da una richiesta effettiva di assistenza⁸⁶ e che l'intera operazione di soccorso e salvataggio debba essere, comunque, coordinata con le autorità responsabili dell'area SAR in cui si verifica l'emergenza.

⁸³ Risoluzione MSC.167(78), adottata il 20 maggio 2004, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, par. 2.5.

⁸⁴ *Ibidem*, par. 6.12.

⁸⁵ Par. 1.3. delle "Linee guida": "Le unità partecipanti esaminano tutti gli elementi rilevanti e comunicano la loro valutazione al centro di coordinamento del soccorso competente, segnalando in particolare: a) l'esistenza di una richiesta di assistenza; b) la navigabilità della nave e la probabilità che questa non raggiunga la destinazione finale; c) il numero di passeggeri rispetto al tipo di imbarcazione (sovraccarico); d) la disponibilità di scorte necessarie (carburante, acqua, cibo, ecc.) per raggiungere la costa; e) la presenza di un equipaggio qualificato e del comandante della nave; f) l'esistenza di dispositivi di sicurezza, apparecchiature di navigazione e comunicazione; g) la presenza di passeggeri che necessitano assistenza medica urgente; h) la presenza di passeggeri deceduti; i) la presenza di donne in stato di gravidanza o di bambini; j) le condizioni meteorologiche e marine".

⁸⁶ Par. 1.4. delle "Linee guida".

Ma l'aspetto più interessante, contenuto nelle "Linee guida", riguarda i criteri per l'individuazione del luogo di sbarco delle persone soccorse e salvate in mare. La norma così recita:

"2.1. (...) Fatta salva la responsabilità del centro di coordinamento del soccorso e a meno che non sia diversamente indicato nel piano operativo, dovrebbe essere privilegiato lo sbarco nel paese terzo da cui è partita la nave che trasporta le persone interessate o dalle cui acque territoriali o regione di ricerca e soccorso tale nave è transitata e, qualora ciò non sia possibile, dovrebbe essere privilegiato lo sbarco nello Stato membro ospitante a meno che sia necessario agire diversamente per garantire l'incolumità di tali persone. (...)".

Tuttavia, questa disposizione sembra solo parzialmente risolvere la questione della individuazione di un "luogo sicuro" di sbarco. Infatti, se letta alla luce delle linee guida dell'IMO⁸⁷ si può notare come la vita e la sicurezza del sopravvissuto vengono garantite nella misura in cui è assicurato il rispetto del principio di non *refoulement*, ma come, al contempo, le unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX non abbiano l'obbligo di prendere in considerazione alcuna se lo sbarco avviene in un luogo dove possano essere soddisfatte le necessità umane primarie dei naufraghi e in cui possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti verso una destinazione vicina e finale.

Questo atteggiamento rende difficile l'individuazione dello Stato responsabile nel fornire un luogo sicuro ai naufraghi e, in particolare, si ripercuote sul *modus operandi* delle unità navali degli Stati membri coinvolte nelle operazioni congiunte coordinate da FRONTEX, generando in concreto il rischio che non venga garantito un effettivo rispetto dell'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare⁸⁸. La questione si pone in tutta la sua gravità quando il salvataggio avviene in una area SAR che non si trova sotto la responsabilità dello Stato in cui si vuole realizzare lo sbarco dei naufraghi, magari in quanto porto più vicino. In questa ipotesi, la nave che ha prestato il soccorso, pur partecipe di una operazione congiunta di FRONTEX, in assenza di regole precise, si vede investita della responsabilità di individuare un luogo sicuro di sbarco dei naufraghi senza aver la certezza che altri Stati dell'Unione europea, all'infuori del proprio Stato di bandiera, siano disposti a consentire la conclusione dell'operazione di salvataggio.

Nella prassi, si deve osservare che il soccorso di migranti clandestini in mare si risolve spesso in un respingimento collettivo dei migranti verso i porti di

⁸⁷ Risoluzione MSC.167(78), cit., par. 6.12.

⁸⁸ Alcuni governi degli Stati membri maggiormente coinvolti nel contrasto all'immigrazione clandestina avevano proposto una armonizzazione delle procedure di soccorso nazionali e un sistema di sanzioni per chi non vi si conformi, proponendo tra l'altro l'individuazione di una definizione comunitaria di "*port or place of refuge*" ai fini del salvataggio (Consiglio dell'UE, *Information Note on Rescue at Sea – Information from the Spanish and Italian Delegations – Annex Statement by the Spanish Delegation*, Doc. 14758/07, 23 novembre 2007).

partenza, ritenuti luoghi sicuri ai sensi delle norme internazionali sul soccorso in mare. Questo rende concreto il rischio che, senza un esame individuale delle posizioni dei singoli soggetti soccorsi, il respingimento si concretizzi in una violazione dell'obbligo di non *refoulement*, affermato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra. I problemi che emergono in merito alla definizione di "luogo sicuro", dunque, vanno ad intrecciarsi con quelli legati alla nozione di "paese terzo sicuro" ai fini del respingimento ed emergono con tutta la loro intensità in relazione ai flussi di arrivo misti, vale a dire comprendenti sia migranti economici sia richiedenti asilo. Infatti, l'accertamento della presenza tra i naufraghi di possibili richiedenti asilo implica la necessità di potere procedere all'accertamento delle posizioni individuali di ogni straniero in condizioni che soddisfino gli standard internazionali. A prima vista, le linee guida dell'IMO, in base alle quali "[a]ny operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation guide"⁸⁹, non sembrano fornire una soluzione a questo problema. Tuttavia, considerando che detta prescrizione è stata pensata essenzialmente in riferimento alle navi private che prestano soccorso in mare, al fine di assicurare che ciascuno Stato costiero assuma un ruolo attivo nel liberare la nave soccorritrice dal peso non indifferente di gestire a bordo le persone salvate, sembra ragionevole considerare tale previsione non applicabile alle unità navali di polizia di uno Stato impegnate in operazioni di soccorso e salvataggio (*rectius* alle unità navali impegnate in operazioni congiunte coordinate da FRONTEX). Pertanto, la possibilità che la nave dedita al traffico di migranti sia subito ricondotta verso un porto del paese di provenienza – spesso solo presunto – deve essere esclusa nel modo più assoluto, anche se tale porto si dovesse configurare come luogo sicuro per ciò che attiene il soccorso materiale e sanitario.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto sino ad ora detto, si può sottolineare come lo scarso numero di operazioni FRONTEX condotte per contrastare l'immigrazione clandestina via mare sia dovuto alla mancanza di chiarezza del quadro normativo ed operativo nell'ambito del quale l'Agenzia deve muoversi nella sua azione di sostegno agli Stati membri. Queste carenze sul piano delle capacità operative sembrano in parte essere colmate dalla recente adozione della decisione 2010/252/UE e in prospettiva dall'auspicata approvazione della Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004. Il processo di riforma sembra invece trascurare di specificare le modalità di applicazione della

⁸⁹ Risoluzione MSC.167(78), cit., par. 6.20.

normativa dell'Unione in materia di asilo da parte delle unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX. Probabilmente, ciò è dovuto al fatto che si dovrebbe più opportunamente procedere ad una modifica delle norme pertinenti in materia, quali il regolamento Dublino II e la direttiva procedure, specificando, in particolare, le modalità e le forme con cui le navi da guerra degli Stati membri impegnati in operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina debbano ricevere le domande di asilo. Tuttavia, un tale processo di riforma richiederebbe certamente un lungo periodo di tempo entro il quale si maturi un accordo politico tra gli Stati membri. Allo stato attuale, l'unico elemento che va nella direzione di una maggiore sensibilizzazione delle unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX all'applicazione della normativa dell'Unione in materia di asilo è data dalla necessità che l'Agenzia instauri una stretta collaborazione con il neo istituito Ufficio europeo di sostegno per l'asilo⁹⁰.

⁹⁰ Regolamento (UE) 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo. L'art. 52 del regolamento specifica che la cooperazione con FRONTEX verrà istituita sulla base di un accordo operativo stipulato tra i due organismi dell'Unione.