

CAPITOLO III

I RESPINGIMENTI DI MIGRANTI IN LIBIA

SOMMARIO: 3.1. I respingimenti e la cooperazione tra Italia e Libia. - 3.1.1. I respingimenti. - 3.1.2. La cooperazione italo-libica. - 3.2. I respingimenti e i limiti imposti dal diritto internazionale, dalla CEDU e dal diritto interno. - 3.2.1. Premessa. - 3.2.2. Il principio di *non refoulement* ed il diritto d'asilo, con riferimento alle disposizioni del T.U. - 3.2.3. Il principio della salvaguardia della vita in mare. - 3.2.4. *Place of safety* e conseguenti tensioni tra Italia e Malta: il caso Pinar. - 3.2.5. Sulla giurisdizione dello Stato italiano in merito ai respingimenti in alto mare. - 3.2.6. I limiti imposti dalla CEDU. - 3.2.7. Divieto di espulsioni collettive. - 3.2.8. Sentenza *Hussun e altri contro Italia* sui respingimenti da Lampedusa nel 2005. - 3.2.9. I limiti imposti dal diritto interno. - 3.2.10. Conclusioni.

3.1. I respingimenti e la cooperazione tra Italia e Libia.

3.1.1. *I respingimenti.*

Nel corso dell'ultimo anno si sono manifestate forti tensioni a livello nazionale, comunitario ed internazionale sul tema della politica, perseguita dallo Stato italiano, di controllo delle frontiere marittime e contrasto all'immigrazione clandestina proveniente dal mare. Il riferimento va ai cosiddetti “respingimenti in Libia”, operazioni effettuate, a partire dal maggio del 2009, dalle unità navali italiane, che, dopo aver intercettato in acque internazionali imbarcazioni con a bordo migranti di diversa nazionalità, hanno respinto questi migranti verso i porti di partenza, in particolare verso quelli della Libia. La novità non risiede tanto nell'accadimento (si pensi ai rimpatri verso la Libia avvenuti nel corso del 2004 e del 2005, oppure, prima ancora, a quelli verso l'Albania), quanto in primo luogo nel fatto che tali respingimenti sono avvenuti in acque internazionali, dunque fuori dal territorio italiano, ed in secondo luogo nella loro “sistematicità”¹.

La scelta di mettere in atto i respingimenti in alto mare si spiega con la volontà di operare in una sorta di “zona grigia”, in cui non è ben chiaro a quali obblighi internazionali gli Stati siano sottoposti².

Come si vedrà, però, è possibile affermare che i respingimenti sono avvenuti in territorio italiano e che quindi le autorità italiane avrebbero dovuto rispettare un preciso nucleo di norme.

Molte critiche sono state sollevate da più parti a questa “*push back policy*”; le reazioni sono

1 *Fortress* riporta che dal 5 maggio al 22 novembre 2009 il numero documentato dei migranti respinti dall'Italia verso la Libia è di 1.409 persone. Lo studio è reperibile al sito <http://fortresseurope.blogspot.com/>.

2 Cfr. «*Governments occasionally argue that State border controls, particularly on the high seas, take place in a space where refugee and human rights law do not apply*», in A. FISCHER- LESCANO, T. LOHR, T. TOHIDIPUR, *Border Controls at Sea: requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 21 (number 2), 2009, 257.

state causate soprattutto dal fatto che questi migranti sono stati tutti ritenuti, probabilmente³, indistintamente “clandestini”, a prescindere dalla loro condizione di richiedenti asilo o protezione internazionale e questo ha destato molta preoccupazione dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali di ogni individuo.

Dalla cronaca giornalistica, dalle segnalazioni di varie organizzazioni internazionali e dalle dichiarazioni dei soggetti coinvolti non risulta infatti che le autorità italiane abbiano identificato i migranti, né accertato la loro nazionalità, l'eventuale minore età, lo stato di gravidanza o lo stato di salute e non si può escludere che questo abbia comportato la violazione di alcuni diritti, o quantomeno quello di chiedere protezione, anche solo per ottenere, se del caso, un serio e motivato diniego.

L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), ad esempio⁴, non appena avuto notizia di quanto accaduto, ha chiesto all'Italia di fermare i respingimenti, denunciandone la contrarietà al principio del *non refoulement*⁵. L'Alto Commissario Onu, A. Guterres, si è espresso successivamente affermando che «in Libia ci sono condizioni di detenzione spaventose e c'è il rischio effettivo che persone che meriterebbero la protezione internazionale siano rimandate nei Paesi d'origine. Per questo abbiamo espresso le nostre forti riserve sul respingimento delle persone verso la Libia in queste circostanze»⁶.

Anche l'Unione Europea ha chiesto spiegazioni al Governo italiano sulla politica dei respingimenti sottolineando che «qualunque essere umano ha diritto di sottoporre una domanda che gli riconosca lo statuto di rifugiato o la protezione internazionale». Il portavoce dell'esecutivo comunitario, D. Abbott, ha affermato che la Commissione UE «è a conoscenza» delle ultime notizie riguardanti il respingimento verso la Libia di un gommone con 75 migranti, tra i quali quindici donne e tre minori, provenienti probabilmente da Eritrea e Somalia, e «invierà una richiesta di informazioni all'Italia per poter valutare la situazione». Inoltre, ha ricordato una lettera inviata dal Commissario alla Giustizia, Libertà e Sicurezza, Jacques Barrot, in cui questi sottolineava che «il principio di *non refoulement*, così come è interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, significa essenzialmente che gli Stati devono astenersi dal respingere una persona (direttamente o indirettamente) laddove potrebbe correre un rischio reale di essere sottoposta a tortura, a pene o

3 "Probabilmente" perché non si hanno notizie certe su quanto sia effettivamente accaduto.

4 Le reazioni a tale politica sono state innumerevoli, pertanto se ne riportano solo alcune, le più significative, in quanto pronunciate dalle più importanti istituzioni internazionali.

5 Cfr. *L'Onu: "l'Italia fermi i respingimenti"* in *Il Corriere della sera*, 15 maggio 2009, reperibile al sito <http://archiviostorico.corriere.it/>; *Immigrati, l'Onu attacca l'Italia. "Respingimenti violano diritti umani"*, in *La Repubblica*, 14 settembre 2009, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>.

6 Cfr. *Onu e Ue: stop respingimenti in Libia "Trattati in condizioni terrificanti"*, in *La Repubblica*, 21 settembre 2009, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>; per le condizioni di detenzione in Libia, uno su tutti, cfr. rapporto di *Human Rights Watch, Scacciati e schiacciati. L'Italia e il respingimento dei migranti e richiedenti asilo, la Libia e i maltrattamenti di migranti e richiedenti asilo*, 21 settembre 2009, capitoli V e VI (consultabile in <http://www.asgi.it/>).

trattamenti inumani e degradanti e tale obbligo deve essere rispettato durante l'attuazione dei controlli alle frontiere, conformemente al codice delle frontiere di Schengen, anche per le attività di sorveglianza in alto mare»⁷.

Il 28 aprile 2010 il Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa ha pubblicato un rapporto, relativo ai respingimenti compiuti dal Governo italiano nell'estate del 2009⁸. Da tale documento risulta che, dal maggio al luglio del 2009, 602 migranti sono stati respinti, dei quali almeno 97 erano rifugiati *seeking asylum* e si accerta che il Governo italiano non ha né identificato i migranti, né tantomeno offerto loro protezione.

A livello nazionale, invece, si segnala che, relativamente ad un respingimento avvenuto nella notte del 30 agosto 2009, è stato instaurato un giudizio davanti al **Tribunale di Siracusa** in composizione monocratica, con data della prima udienza ancora da fissare. Il fatto in giudizio è il respingimento di un gommone con a bordo 75 migranti, compresi alcuni bambini, partito dalla Libia e successivamente bloccato da unità navali della Guardia di Finanza al largo di Portopalo di Capo Passero.

La Procura della Repubblica di Siracusa ha disposto - ed ottenuto dal Gip - il giudizio per concorso in violenza privata del direttore della direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle Frontiere del Ministero dell'Interno, Rodolfo Ronconi, e del generale della Guardia di Finanza, Vincenzo Carrarini, in qualità di capo ufficio economia e sicurezza del terzo reparto operazioni del comando generale delle Fiamme Gialle. La Procura ha anche chiesto ed ottenuto dal **Gip** il **proscioglimento** dei militari della Guardia di Finanza che intervennero sul posto in considerazione del fatto che avevano operato per ordini superiori non manifestamente illegittimi. Secondo la Procura della Repubblica di Siracusa i due imputati, con abuso delle rispettive qualità di pubblici ufficiali, avrebbero tenuto una condotta violenta nel «ricondere in territorio libico, contro la loro palese volontà, 75 stranieri, non identificati, alcuni sicuramente minorenni, intercettati in acque internazionali su un natante proveniente dalle coste libiche»⁹.

Il reato, secondo la Procura, è scattato quando gli immigrati sono stati fatti salire a bordo della nave della Guardia di Finanza “Denaro” e dunque su territorio italiano. L'imputazione non concerne direttamente la cosiddetta politica dei respingimenti, ed in particolare non attiene alla legittimità in sé degli accordi sottoscritti tra l'Italia e la Libia¹⁰ ma, appunto, ad “una violenza privata”.

⁷ Cfr. *Immigrati respinti, Ue chiede spiegazioni*, in *Il Corriere della sera*, 31 agosto 2009, reperibile al sito <http://archiviostorico.corriere.it/>.

⁸ Il rapporto è reperibile in inglese al sito <http://www.cpt.coe.int/>.

⁹ Cfr. *A giudizio il direttore dell'ufficio immigrati. E' accusato di concorso in violenza privata*, in *La Repubblica*, 22 aprile 2010, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>.

¹⁰ Su cui si veda il par. successivo.

Secondo i pm, quei migranti, potenziali rifugiati, sarebbero stati trattati «in aperto contrasto con le norme di diritto interno e di diritto internazionale, tanto da impedire loro l'accesso effettivo alle procedure di tutela dei rifugiati e di avvalersi dei diritti loro riconosciuti in materia di immigrazione»¹¹.

Infine è necessario accennare al fenomeno del traffico di migranti, o *smuggling of migrants*. Esso non costituisce oggetto della trattazione, però, proprio per la connessione con l'argomento in esame, pare opportuno darne qualche nozione.

Il fenomeno è connesso con i respingimenti perché spesso i migranti tentano di eludere le frontiere affidandosi a delle "organizzazioni criminali" che offrono loro determinati "servizi", destinati a facilitarne l'ingresso illegale nei Paesi di destinazione. Questi servizi, forniti dietro sproporzionato compenso, soprattutto considerando le condizioni di estrema povertà dei soggetti coinvolti, comprendono l'apprestamento di documenti di viaggio contraffatti, il trasporto, l'attraversamento clandestino delle frontiere, le sistemazioni logistiche temporanee e la mediazione di lavoro. Il fenomeno desta grande preoccupazione sotto il profilo umanitario: ogni anno migliaia di migranti perdono la vita nel tentativo di entrare clandestinamente negli Stati di destinazione e sono note le condizioni estremamente drammatiche e degradanti in cui avviene il traffico di migranti, stipati a bordo delle "carrette del mare", con scarse riserve di acqua e cibo.

Nonostante ciò, si è giunti ad un risultato paradossale perché la criminalità organizzata si è autoreferenzializzata come lo strumento principale, indispensabile, per realizzare un sogno, quello di raggiungere un Paese che, agli occhi del migrante, rappresenta un investimento di vita per il futuro.

In tal modo i migranti ricorrono a queste organizzazioni in misura sempre maggiore e questo fa sì che il "mercato di servizi" assuma proporzioni così ingenti da arrivare a varcare i confini nazionali. Si è infatti ormai costituita una fitta "rete" di traffico di migranti, di dimensione transnazionale.

3.1.2. *La cooperazione italo-libica.*

Gli episodi dei respingimenti rappresentano l'occasione per fornire qualche indicazione per meglio comprendere i rapporti internazionali che hanno come attori principali il nostro Paese e la Libia.

L'idea di cercare una collaborazione tra Paesi di origine o transito e Paesi di destinazione dei migranti con l'obiettivo di contenimento dei flussi irregolari caratterizza la politica italiana da oltre un decennio e ha dato vita ad una nutrita serie di accordi, in materia di cooperazione, polizia e riammissione.

¹¹ Cfr. *Immigrati respinti dall'Italia alla Libia I pm: «è una violenza»*, in *Il corriere della sera*, 23 aprile 2010, reperibile al sito <http://archivioistorico.corriere.it/>.

Relativamente a questi ultimi, cui gli Stati ricorrono con sempre maggiore intensità (in particolare, in Italia, sono attualmente vigenti più di trenta accordi bilaterali di riammissione, conclusi con Stati europei ed extraeuropei¹²) è corretto affermare che la loro giustificazione giuridica risiede nel principio internazionale di origine consuetudinaria in forza del quale ogni Stato è obbligato a riammettere i propri cittadini su richiesta di un altro Stato, però tale affermazione non è esauriente: infatti lo strumento convenzionale, idoneo a definire le procedure operative e le modalità pratiche da seguire, spesso “amplia” il principio consuetudinario, riconoscendo un obbligo di riammissione non solo in capo allo Stato di appartenenza, ma anche a Stati diversi da quello di nazionalità dell'individuo.

Gli Stati di destinazione dei flussi migratori infatti generalmente concludono accordi bilaterali di riammissione tanto con gli Stati di cittadinanza dei migranti che con gli Stati di transito. È questo il caso dell'Italia e della Libia, lungo le cui coste si sono concentrate per molto tempo le partenze dei migranti diretti verso l'Italia.

Il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008¹³, segna la conclusione di un lungo processo negoziale¹⁴.

Il 13 dicembre del 2000 infatti i due Paesi firmarono a Roma un accordo di cooperazione in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di sostanze stupefacenti ed all'immigrazione clandestina¹⁵, che ha rappresentato la base per ogni successivo accordo bilaterale nei settori menzionati. Per quanto riguarda l'immigrazione clandestina, ad esso sono infatti seguiti un'importante “intesa operativa”, firmata a Tripoli il 4 luglio del 2003¹⁶, ed un accordo bilaterale

12 Cfr., per un approfondimento su questo tema, M. MARCHEGIANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione tra Stati per il contrasto all'immigrazione irregolare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario ed interno*, Giuffrè, Milano, 2008, 113 ss.; V. DELICATO, *Alcune osservazioni sul tema della riammissione*, in *Gli Stranieri*, 2000, 137 ss.; F. GRAZIANI, *Gli accordi di riammissione*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, 243 ss.

13 Ratificato e reso esecutivo con legge 6 febbraio 2009, n. 7, in *G.U.*, 18 febbraio 2009, n. 40, reperibile, tra gli altri, al sito <http://www.camera.it/>.

14 Per approfondire l'argomento, N. RONZITTI, *Il trattato Italia - Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, Istituto di Affari Internazionali (IAI), Contributi di Istituti di ricerca specializzata - n. 108, gennaio 2009, reperibile sul sito <http://www.iai.it/>; M. MARCHEGIANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione tra Stati*, cit., 145 (nota 63).

La cronologia dei principali sviluppi delle relazioni internazionali della Libia è consultabile in F. PASTORE e L. TRINCHIERI, *La Libia nel sistema migratorio mediterraneo. Dinamiche di mobilità e risposte politiche*, in *Mondi migranti*, 2, 2008, 44 ss. e M. C. LOCCHI, *Stranieri nel Mediterraneo: gli sviluppi restrittivi del diritto libico dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 1-2, 2008, 159 ss.

15 Il testo dell'accordo, pubblicato in *G.U.*, 15 marzo 2003, n. 111, suppl. ord., è reperibile al sito <http://www.stranieriinitalia.it/>.

16 Cfr. *Immigrazione, Pisanu annuncia: mercoledì accordo con la Libia*, in *La Repubblica*, 29 giugno 2003, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>; *Accordo Pisanu - Gheddafi. Clandestini, blocco in Libia*, in *La Repubblica*, 4 luglio 2003, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>: «i dettagli, si spiega, sono riservati ma immediatamente operativi». L'intesa infatti non è mai stata pubblicata; il popolo italiano è a conoscenza solo delle linee generali di tale intesa e solo grazie alla cronaca giornalistica di quei giorni.

“verbale”, i cui dettagli non sono mai stati resi noti¹⁷, raggiunto il 12 agosto del 2004.

Nonostante l'informalità, gli accordi italo-libici hanno dispiegato effetti estremamente concreti.

Dai documenti pubblici a disposizione, risulta, ad esempio, che l'Italia ha fornito al governo libico a partire dal 2003 equipaggiamento di vario genere per il controllo delle frontiere: fuori strada, visori notturni, sistemi di navigazione satellitare e di illuminazione, kit per il rilevamento delle impronte digitali, perfino 1000 sacchi per il trasporto di cadaveri¹⁸. Inoltre risulta che il governo italiano ha finanziato un sistematico programma di voli *charter* per il rimpatrio di circa 6000 immigrati illegali dalla Libia ai Paesi di origine oltre che diversi corsi d'addestramento delle forze di polizia libiche ed anche la costruzione di tre campi per il trattenimento di immigrati in territorio libico per una spesa di oltre 11 milioni di euro a carico dell'erario¹⁹.

Il 29 dicembre del 2007 l'allora Ministro dell'Interno italiano, Giuliano Amato, ed il Ministro degli Esteri libico, Mohamed Shalgam, firmarono i Protocolli di cooperazione per il pattugliamento congiunto della costa libica.

Infine, come sopra menzionato, nell'agosto del 2008 è stato firmato il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, la cui disposizione d'immediato interesse, in materia d'immigrazione clandestina per via marittima, è l'art. 19. Esso mira, da una parte, all'attuazione dell'Accordo del 2000 e dei Protocolli di cooperazione del 2007, prevedendo il pattugliamento congiunto composto da equipaggi misti con motovedette messe a disposizione dall'Italia, dall'altra dispone un sistema di telerilevamento per le frontiere terrestri libiche da affidare a società italiane. Il finanziamento per queste operazioni dovrà essere assicurato per metà dall'Italia e per l'altra metà dall'Unione Europea in base alle intese già concluse.

Infine l'articolo dispone che le due Parti devono continuare a collaborare alla definizione di iniziative bilaterali e regionali, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori.

Uno degli strumenti utilizzati per il contrasto all'immigrazione clandestina stabiliti dai due Paesi è l'interdizione navale²⁰. Essa consiste nell'azione di uno Stato oppure di più Stati che, sulla base di un accordo bilaterale o multilaterale, esercitano il diritto di visita²¹ in relazione ad un'attività

17 Nonostante pressanti richieste avanzate in questo senso dal Parlamento europeo, dal Comitato Onu per i diritti umani e da diverse ONG.

18 Cfr. *Il rapporto della Commissione europea sui campi di detenzione di Gheddafi e gli accordi tra il governo italiano e quello libico*, relativo al 2004, reperibile al sito <http://www.meltingpot.org/>.

19 Cfr. *Relazione sul Rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario del 2005*, pubblicata dalla Corte dei Conti, reperibile al sito <http://www.corteconti.it/>.

20 Cfr. S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, 611 ss.

21 Il diritto di visita, previsto all'art. 110 della Convenzione di Montego Bay, comprende l'esercizio di tre diritti: *right of investigation of flag* (diritto d'inchiesta della bandiera), *right of search* (diritto di visita in senso stretto), *right of*

illecita non contemplata all'art. 110 della Convenzione di Montego Bay, posta in essere da navi senza nazionalità, oppure da navi di un determinato Stato o gruppo di Stati.

Un accordo di interdizione navale fu adottato ad esempio dall'Italia durante la cosiddetta “crisi albanese”, alla fine degli anni Novanta: il programma era stato istituito con lo “Scambio di lettere relativo alla cooperazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico dei due Paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania”, firmato a Roma il 25 marzo 1997²².

Le modalità operative concordate allora si ripetono nell'accordo con la Libia.

L'accordo attribuiva ampi poteri coercitivi all'Italia da esercitare sia in alto mare sia in acque territoriali albanesi nei confronti delle navi battenti bandiera albanese e quelle “riconducibili allo Stato albanese”.

La collaborazione fornita dall'Italia si traduceva in un'attività di polizia nei confronti di navi albanesi, precisamente al loro fermo e dirottamento in porti albanesi: «qualora il Governo albanese concordi, tale collaborazione si esplicherà per un iniziale periodo di trenta giorni, prorogabile di comune intesa, mediante il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di Unità delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibile allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di naviglio di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controlli esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte».

Le modalità operative devono garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dai principi e dalle norme del Diritto Internazionale universalmente riconosciuti e dell'Ordinamento Internazionale (cfr. art. 1 del Trattato di amicizia, parternariato e cooperazione).

Inoltre, secondo l'art. 6, le Parti si impegnano ad agire «conformemente alle rispettive legislazioni, agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo». (Particolarmente interessante il richiamo a quest'ultima, soprattutto se si considera che non è giuridicamente vincolante). Il “conformemente alle rispettive legislazioni” desta qualche preoccupazione, perché potrebbe finire per limitare la portata dell'obbligo da parte libica, dal momento che tale ultimo Paese non possiede una legislazione particolarmente avanzata in materia di diritti umani²³.

seizure, (diritto di sequestro) qualora venga provato che la nave svolga attività illegale in alto mare. Tale diritto può essere esercitato solo da navi militari e nei confronti di navi senza bandiera, di navi aventi la stessa bandiera della nave militare che interviene e di navi straniere, che non godono di immunità e che sono dedite alla pirateria, al commercio di schiavi o a trasmissioni radiofoniche o televisive non autorizzate.

²² Pubblicato in *G.U.*, 15 luglio 1997, n. 163, suppl. ord.; l'accordo è riprodotto anche in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, appendice, documento n. 48, 172 ss.

²³ Cfr. N. RONZITTI, *Il trattato Italia- Libia di amicizia, parternariato e cooperazione*, cit.

Ad esempio, la Libia non è parte della Convenzione di Ginevra del 1951 e, pur essendo parte della Convenzione sui Rifugiati dell'UA²⁴, e, pur avendo adottato la Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981²⁵, che, all'art. 12, stabilisce che tutti i popoli «*shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions*», non ha, sino ad ora, stabilito alcun meccanismo formale per la protezione di individui in fuga da persecuzioni²⁶.

Si può affermare, però, in considerazione dell'orientamento degli organi e delle organizzazioni internazionali, dell'assenza di contestazioni del principio da parte dei governi, del fatto che più di 170 dei 191 Stati della Comunità internazionale hanno ratificato trattati che lo prevedono (se non altro implicitamente) e che almeno 130 hanno adeguato ad esso il proprio ordinamento interno, che il principio di *non refoulement*²⁷ ha assunto natura di principio consuetudinario, cioè appartiene a quel corpo di norme che è vincolante per tutti gli Stati, dunque anche per la Libia²⁸.

Da rapporti ufficiali pubblicati e dalla cronaca giornalistica²⁹, risulta che le autorità libiche detengono gli immigrati respinti in campi di prigionia, dove li maltrattano, oppure decidono di espellerli, a loro volta, verso i rispettivi Paesi d'origine. Considerando che la maggior parte dei migranti sino ad ora respinti dalle autorità italiane proviene dalla Somalia o dall'Eritrea, dove il rischio di essere sottoposti a trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU³⁰ è molto elevato, alla luce della situazione politica di tali Paesi, si evince che il rischio, per i migranti respinti in Libia, di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU è duplice: da un lato ad opera delle autorità libiche e, dall'altro, ad opera delle autorità dei Paesi d'origine qualora la Libia decida di espellerli.

Si ricorda che, nel caso la Libia non dovesse adempiere agli obblighi derivanti dal Diritto Internazionale universalmente riconosciuti, tra cui il principio di *non refoulement*, l'Italia, avendo concluso un accordo internazionale sulla base di determinati presupposti, sarebbe legittimata ad esigerne l'adempimento.

3.2. I respingimenti e i limiti imposti dal diritto internazionale, dalla CEDU e dal diritto interno.

3.2.1. Premessa.

24 Adottata il 10 settembre 1969 ed entrata in vigore il 20 giugno 1974.

25 Adottata il 28 giugno 1981 ed entrata in vigore dal 21 ottobre 1986.

26 Per una discussione approfondita sulla legislazione libica sull'immigrazione, si veda *Human Rights Watch, Stemming the Flow, abuses against migrants, asylum seekers and refugees*, reperibile al sito <http://www.hrw.org/>, 78 ss.

27 Su cui si veda il par. 3.2.2.

28 Cfr. A. DEL GUERCIO, *Il principio di non refoulement tra dottrina dei diritti umani e sistema internazionale di protezione dei rifugiati*, in L. CIMMINO, N. RAMPAZZO, (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 38 e cfr. nota 33 di questo cap.

²⁹ Cfr. nota 116 del par. 3.2.10 e par. stesso.

³⁰ Su cui cfr. 3.2.6.

Il diritto dello Stato di regolare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei non cittadini dal suo territorio è riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario³¹. Questo diritto, però, incontra una serie di limiti e doveri per la cui vigenza la lotta contro l'immigrazione clandestina, pur costituendo esercizio di un diritto dello Stato previsto da un principio consolidato del diritto internazionale, deve comunque essere attuata in modo compatibile con gli obblighi derivanti dallo stesso diritto internazionale, dalla CEDU) e dalle Costituzioni nazionali³².

Questi paragrafi sono dedicati ad individuare tali limiti ed a verificare che essi siano stati rispettati nel caso specifico dei respingimenti di migranti in Libia operati dalle autorità italiane in acque internazionali.

3.2.2. *Il principio di non refoulement ed il diritto d'asilo, con riferimento alle disposizioni del T.U.*

Il principio di *non refoulement* consiste nel divieto di respingere alla frontiera uno straniero, di espellerlo o estradarlo verso un Paese dove è probabile che subisca persecuzione o tortura oppure, secondo un'interpretazione più ampia, ove può correre il rischio di essere respinto, espulso, o estradato verso un Paese che non rispetta i diritti fondamentali. Questo principio rappresenta «*the cornerstone of the international refugee protection*»³³.

Trova espressa collocazione nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951³⁴, che, all'art. 33, co. 1, dispone quanto segue: «*no Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*»³⁵. Tale articolo va interpretato alla luce dell'art. 1, sez. a), co. 2, che definisce il rifugiato come la persona che «*as a result of events occurring before 1° January 1951 and owing to well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of*

31 Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7ª ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2006, 212; B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984. B. NASCIMBENE, *Il diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

32 Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, *Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, sent. 12 ottobre 2006, ric. n. 13178/03, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>.

33 UNHCR, *Advisory opinion on the extraterritorial application of non refoulement obligation under the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol*, Ginevra, 26 gennaio 2007, par. 5.

34 Legge di ratifica ed esecuzione 24 luglio 1954, n. 722, in *G.U.*, 27 agosto 1954, n. 196.

35 Eccezioni al principio di *non refoulement* in base alla Convenzione del 1951 sono consentite solo nelle circostanze espressamente menzionate nell'art. 33, co. 2: «*the benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*».

such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it»³⁶.

Tale principio ha assunto natura di norma di diritto internazionale consuetudinaria³⁷ ed è vincolante per tutti gli organi di uno Stato parte della Convenzione del 1951 o del Protocollo del 1967, così come per ogni persona o ente che agisca per loro conto³⁸.

Per quanto riguarda le condotte proibite, dall'espressione «*no Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner*» si evince che il divieto di *refoulement* verso un Paese ove il soggetto sia a rischio di persecuzione è applicabile ad ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, rimpatrio, estradizione, espulsione e *respingimento alla frontiera nelle acque internazionali o di transito*³⁹.

In linea con l'interpretazione di "giurisdizione statale" più ricorrente negli strumenti normativi sui diritti umani⁴⁰, si può affermare che la tutela derivante dal principio di *non*

36 La Convenzione di Ginevra *ab origine* sottoponeva il riconoscimento dello *status* di rifugiato a due limiti, uno di carattere temporale ed uno di carattere geografico. Il primo, per il quale gli avvenimenti a seguito dei quali il soggetto chiedeva il riconoscimento di rifugiato dovevano essersi verificati prima dell'1° gennaio 1951, fu eliminato con la sottoscrizione del Protocollo di New York, firmato il 31 gennaio 1967 (legge ratifica ed esecuzione 14 febbraio 1970, n. 95) e la Convenzione di Ginevra acquistò una funzione di tutela realmente generalizzata del rifugiato, impegnando le Parti Contraenti anche in relazione ad eventi futuri. Per quanto riguarda il secondo, quello geografico, ogni Stato contraente, al momento della firma, della ratifica o dell'adesione alla Convenzione, doveva precisare con una dichiarazione se intendeva limitare la possibilità del riconoscimento dello *status* di rifugiato ai soli avvenimenti verificatisi in Europa o se intendeva estenderla anche agli avvenimenti verificatisi fuori dall'Europa. Il nostro Paese ha mantenuto tale riserva fino all'approvazione del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 conv. in legge 28 febbraio 1990, n. 39, "legge Martelli".

37 Cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, 378; B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, reperibile al sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>; E. DE WET, *The prohibition of torture as International norm of jus cogens*, in *European Journal of International Law*, 2004, 98; E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and the content of the principle of non refoulement: opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (a cura di), *Refugee protection in International law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 13 (number 4), 2001, 533; N. RODLEY, *The treatment of prisoners under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 100 ss.

38 In base alle norme applicabili di diritto internazionale, tale disposizione si applica agli atti, od omissioni, di tutti gli organi, sotto-divisioni e persone che esercitano l'autorità governativa nelle sue funzioni legislativa, giudiziaria o esecutiva, così come alla condotta di organi posti a disposizione di uno Stato da parte di un altro Stato, anche se eccedono nel loro potere o contravvengono alle istruzioni. In conformità con gli artt. 4 - 8 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati, la condotta di una persona o di un gruppo di persone dovrà essere considerata un atto dello Stato in base al diritto internazionale se, nel portare avanti tale condotta, la persona o il gruppo di persone stanno di fatto agendo sulla base di istruzioni o sotto la direzione o il controllo di quello Stato (*Articles on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2001, reperibili al sito <http://untreaty.un.org/>). Cfr.: J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

39 Come riferito nell' *Advisory opinion* del 2007, «*the prohibition of refoulement to a danger of persecution under international refugee law is applicable to any form of forcible removal, including deportation, expulsion, extradition, informal transfer or renditions, and non admission at the border*». UNHCR, *Advisory Opinion*, cit., par. 7. Cfr. anche: G. S. GOODWIN-GILL, *The refugee in international law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 143. Invece, in *Supreme Court of United States, Sale v. Haitian Center Council*, 1993, 113 S. Ct. 2549, questa non è l'interpretazione che ha prevalso: la Corte Suprema si basò sulle dichiarazioni di diversi delegati coinvolti nella redazione della Convenzione del 1951. Tuttavia tali dichiarazioni erano espressioni di preoccupazione relative a possibili obblighi di riconoscere l'asilo ad ingenti numeri di persone arrivate nell'ambito di situazioni di afflusso in massa.

40 Tra cui la CEDU, su cui si veda paragrafo 3.2.5.

refoulement sancito dall'art. 33, co. 1, si estende a tutti gli individui, sottoposti alla giurisdizione dello Stato contraente, che rispondono alla nozione di rifugiato di cui all'art. 1, sez. a), co. 2, senza che acquisti rilievo la circostanza che abbiano varcato o meno le frontiere nazionali. Peraltro, secondo l'UNHCR, il significato comune dei termini “rinviare”, “respingere”, “portare indietro” (“*refouler*”) non può dare adito ad alcuna interpretazione che porti al risultato di restringerne l'ambito di applicazione all'interno del territorio dello Stato interessato, né vi è alcuna indicazione che gli autori della Convenzione del 1951 abbiano voluto una tale limitazione⁴¹. È difficile pertanto concepire che queste parole siano limitate ai rifugiati che siano già entrati nel territorio di uno Stato contraente.

Inoltre, per quanto riguarda in particolare i respingimenti in alto mare, non può sorgere alcuna questione di giurisdizione: i migranti a bordo delle imbarcazioni intercettate sono stati trasferiti sulle motovedette italiane e da queste condotte in Libia. Pertanto, da quanto disposto dall'art. 4 c.p., per il quale «le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, ad una legge territoriale straniera» (e negli stessi termini si esprime l'art. 4 c.n.⁴²), si evince che, nonostante i respingimenti siano avvenuti in acque internazionali, dal momento che la nave italiana è considerata territorio italiano e che i migranti sono saliti a bordo della nave, la giurisdizione dello Stato italiano sussiste.

Il principio di *non refoulement* è riaffermato sia direttamente che indirettamente da numerose Convenzioni Internazionali in difesa dei diritti umani: la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984⁴³, ad esempio, prevede espressamente all'art. 3 che «*no State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*». E così anche all'art. 13 della Convenzione Interamericana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985. La maggior parte degli strumenti giuridicamente vincolanti invece ha fatto derivare il principio di *non*

41 Nell'opinione dell'UNHCR, le dichiarazioni di alcuni delegati coinvolti nella redazione della Convenzione non sono sufficienti a concludere che i redattori della Convenzione del 1951 raggiunsero consenso sull'implicita restrizione dell'ambito territoriale del principio di *non refoulement* enunciato dall'art. 33, co. 1. Cfr. anche: UNHCR, *The Principle of non refoulement as a Norm of Customary International Law*, 30.

42 Cfr. anche l'art. 92, par. 1, Convenzione di Montego Bay.

43 L'Italia l'ha ratificata con legge 13 novembre 1988, n. 498, in *G.U.*, 18 novembre 1988, n. 271 ed è entrata in vigore l'11 febbraio 1989. Per approfondire questo tema si rimanda a J. BARRET, *The prohibition of torture under international law*, in *International Journal of Human rights*, 5 (number 1), 2001; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999; M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, in L. PINESCHI, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani : norme, garanzie e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999; N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of torture: State obligations under the United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, in *European Human Rights Law Review*, 2, 2006, 115 ss..

refoulement da altre disposizioni, in particolare dal più generale divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti: è il caso dell'art. 3 CEDU (su cui si veda il par. 3.2.6.) e dell'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴⁴. Sebbene il Patto non preveda infatti un diritto di ingresso e soggiorno, né un divieto di espulsione *tout court*, corollario degli obblighi di cui all'art. 2 del Patto sarebbe il divieto «*to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by article 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which the person may subsequently be removed*»⁴⁵. Pertanto, i provvedimenti di allontanamento, quando causano un *irreparable harm*, violano gli artt. 6 e 7.

L'art. 6 sancisce il diritto alla vita, suscettibile di limitazioni da parte dello Stato nel rispetto dei principi di legalità, necessità e proporzionalità. La norma non esclude la pena capitale, rispetto alla quale vengono tuttavia poste alcune condizioni restrittive della discrezionalità statale. Con l'adozione però del secondo Protocollo facoltativo, viene sancita, negli ordinamenti dei Paesi che lo hanno ratificato, l'abolizione della pena di morte in tempo di pace.

È l'art. 7 però la disposizione rispetto alla quale tale principio ha potuto dispiegare maggiormente il suo effetto. Dispone che «*no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*» e non ammette deroghe o restrizioni, né distinzioni tra le varie condotte proibite.

Nel caso *Alzery c. Svezia*⁴⁶ il Comitato per i diritti umani ha avuto modo di precisare che «*the prohibition on refoulement is absolute, and not subject to balancing against countervailing considerations of national security or the kind of conduct an individual is suspected of*». Il Comitato si richiama alla decisione *Chahal c. Regno Unito*⁴⁷, le cui affermazioni sulla natura assoluta ed inderogabile del divieto di tortura e di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti vengono riaffermate in più occasioni, tra le quali deve essere menzionato il caso *Saadi c. Italia* (su cui par. 3.2.6.) per le somiglianze che presenta con il caso *Alzery c. Svezia*.

In quest'ultimo, il Comitato è stato chiamato a decidere il rimpatrio in Egitto di un presunto terrorista da parte della Svezia e si è concluso con la condanna di questa, sulla base del fatto che le assicurazioni diplomatiche⁴⁸, che pure erano state fornite dal Paese di destinazione, «*contained no*

44 Adottato all'unanimità dall'Assemblea Generale dell'ONU con la ris. 2200 (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, è reperibile al sito <http://www.annaliistruzione.it/>.

45 Gen. Com. n. 31 «*Nature of the general legal obligations imposed on State parties to the Covenant*» adottato il 26 maggio 2004, par. 12.

46 *Comitato per i diritti umani, Alzery v. Sweden*, ricorso n. 1416/2005, decisione del 25 ottobre 2006, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005, reperibile al sito <http://www.unhcr.org/>. L'affermazione citata si trova al par. 4.3. della sentenza.

47 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 2006, ricorso n. 22414/93, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>.

48 Per non incorrere nella violazione di tale obbligo, vari Stati ricercano da parte dello Stato di destinazione

mechanism for monitoring of their enforcement. In light of these factors, the State party has not shown that the diplomatic assurances procured were in fact sufficient in the present case to eliminate the risk of ill treatment to a level consistent with the requirements of article 7 of the Covenant» (par. 11.4 della sentenza).

Il Comitato ha manifestato preoccupazione per la prassi invalsa tra gli Stati parte di abbracciare un'interpretazione restrittiva dell'art. 7, tale da non ricomprendere l'obbligo di *non refoulement* qualora ad essere coinvolto sia un individuo accusato di terrorismo⁴⁹.

Anche l'Italia intendeva espellere Nassim Saadi verso la Tunisia, suo Paese di origine, ritenendo che la sua presenza costituisse un pericolo per la sicurezza nazionale. La Corte Europea ha però affermato che, se Saadi fosse stato espulso in Tunisia, avrebbe corso il rischio di essere sottoposto a torture o trattamenti inumani o degradanti. È giunta a tale conclusione sulla base di alcuni studi condotti da *Human Rights Watch* e da *Amnesty International* sull'ampia diffusione di violenze e maltrattamenti perpetrati dalle forze di polizia tunisina.

Entrambi gli organi di controllo affermano che il principio di *non refoulement* (così come affermato indirettamente dall'art. 7 del Patto e dall'art. 3 CEDU) non può essere sottoposto a condizioni o a deroghe: neppure la minaccia terroristica che una persona possa rappresentare per lo Stato ospitante può attenuare la tutela apprestata da questi articoli, che *enshrine one of the fundamental values of the democratic societies*.

Alla luce di quanto affermato, si può concludere che i respingimenti in Libia di migranti, potenziali richiedenti asilo, intercettati da unità navali italiane nelle acque internazionali sono contrari al diritto internazionale: sono stati infatti effettuati verso uno Stato che non solo non sembra garantire protezione ed assistenza idonea ai richiedenti asilo⁵⁰, ma che non è neppure nelle condizioni di fornire assicurazioni sul fatto che i respinti non saranno sottoposti a torture, oppure a trattamenti inumani e degradanti.

Il principio del *non refoulement* è stato violato e, come visto, non può essere affermato che i respingimenti sono avvenuti nelle acque internazionali, perciò al di fuori del territorio italiano, per negare la sussistenza della giurisdizione dello Stato italiano: innanzitutto il principio di non respingimento trova piena applicazione anche al di fuori del territorio dello Stato ed in secondo luogo le navi a bordo delle quali sono saliti i migranti sono territorio italiano.

Sembra a questo punto necessario indagare anche l'eventuale violazione del diritto d'asilo

assicurazioni che gli individui destinatari di provvedimenti non saranno sottoposti a tortura o a pene e trattamenti disumani o degradanti. Le assicurazioni rese in tali circostanze dallo Stato richiedente consentono, se idonee, allo Stato richiedente di procedere all'allontanamento.

⁴⁹ *Report on the eighty- fifth, eighty- sixth and eighty- seventh sessions*, A/61/40(Vol.1)/Corr.1. del dicembre 2006.

⁵⁰ Cfr., su tutti, il rapporto di *Human Rights Watch* “*Scacciati e schiacciati*”, cit.

garantito dalla Costituzione italiana.

L'ordinamento riconosce e garantisce all'art. 10, co. 3, Cost. il diritto d'asilo: «lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»⁵¹. Presupposto dunque per il riconoscimento di tale diritto è la sussistenza di un impedimento per lo straniero nel suo Paese di origine all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana: deve trattarsi di un impedimento concreto, attuale e sussistente anche, eventualmente, malgrado i diritti di libertà siano formalmente proclamati nei testi legislativi in vigore nello Stato di provenienza⁵².

Con l'espressione “*libertà democratiche*”, il legislatore si riferisce a tutte le libertà garantite nell'ordinamento italiano, con esclusione delle sole ipotesi in cui il richiedente sia stato (o sia in procinto di essere) legittimamente perseguito per aver contribuito a sovvertire l'ordinamento costituzionale di uno Stato che effettivamente garantiva le libertà democratiche. Tale precisazione va letta anche alla luce dell'art. 10, co. 4, Cost., che esclude l'extradizione per reati politici.

Con il riferimento invece al “*territorio della Repubblica*”, il legislatore intende alludere al luogo dove materialmente lo straniero, cui è stato impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, potrà esercitare il diritto di asilo; non intende invece richiedere una precedente presenza nel territorio repubblicano dello straniero che chieda il riconoscimento del diritto di asilo. Un'interpretazione di questo genere porterebbe all'indebita previsione di un ulteriore requisito per il riconoscimento del diritto di asilo, che invece può scaturire dalla sola causa di giustificazione prospettata all'art. 10, co. 3, Cost., cioè dall'impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana⁵³.

In una nota vicenda giudiziaria della fine degli anni Novanta, *Ocalan c. Presidenza del Consiglio*, peraltro, il Tribunale di Roma ha affermato senza alcuna incertezza che «la presenza del

51 Non è questa la sede per approfondire l'argomento, però, è bene accennare al fatto che il diritto internazionale distingue tra asilo territoriale ed asilo extraterritoriale o diplomatico. Il diritto d'asilo territoriale consiste nella protezione che lo Stato accorda allo straniero nella propria sfera territoriale. Il diritto d'asilo extraterritoriale o asilo diplomatico configura invece la protezione accordata dallo Stato al di fuori del proprio territorio, all'interno di un'area che gode di extraterritorialità (ad esempio la sede diplomatica, la nave da guerra, l'aeromobile militare). Cfr., tra gli altri, B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., 1 ss. G. CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle Costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto d'asilo in Europa: problemi di prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 49 ss.

52 Tale impedimento può essere l'effetto di diverse cause: la commissione di atti di persecuzione contro il soggetto da parte di organi dello Stato o l'atteggiamento acquiescente degli stessi rispetto a simili condotte poste in essere da attori non statali, l'esistenza di una situazione oggettiva che incida sulla sfera esistenziale del richiedente anche in assenza di provvedimenti persecutori specificamente indirizzati contro di lui (come in caso di guerre o di sospensione dei diritti costituzionali), ovvero la violazione grave e persistente di uno o più principi propri dello Stato di diritto. Cfr. P. BONETTI, *Resoconto del corso seminariale Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Crotone, 7-11 settembre 2009, reperibile al sito <http://www.fondazionemorelli.org/>.

53 Cfr. M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, reperibile al sito <http://www.costituzionalismo.it/>.

richiedente il diritto di asilo non è condizione necessaria per il conseguimento del diritto stesso», non essendo essa «richiesta nella previsione costituzionale che prevede e regola nei suoi aspetti essenziali» il diritto medesimo⁵⁴.

Il diritto di asilo implica innanzitutto il diritto di entrare in Italia ed accedere alla procedura per il riconoscimento del proprio *status*. Il richiedente ha poi diritto ad essere informato sulla procedura che dovrà seguire per ottenere l'esame della propria domanda e sullo stato di avanzamento della stessa; inoltre ha diritto ad essere assistito da un interprete e da un difensore o da organismi di solidarietà⁵⁵.

L'art. 10, co. 2, Cost. è una norma immediatamente precettiva e fonda un diritto soggettivo perfetto nei confronti dello straniero ad essere ammesso ed a soggiornare nel territorio italiano; tali conclusioni sono ormai pacifiche sia per la dottrina⁵⁶ sia per la giurisprudenza⁵⁷. L'orientamento a favore del diritto soggettivo è stato successivamente ribadito dalla Corte di Cassazione adita per dirimere la questione della giurisdizione, cioè se si tratti di giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo, a seconda della qualificazione dell'asilo come diritto soggettivo o interesse legittimo.

La Corte infatti ha più volte affermato la giurisdizione del giudice ordinario e la natura del diritto d'asilo di diritto soggettivo⁵⁸.

Il richiamo alla legge, “*secondo le condizioni stabilite dalla legge*”, non può alterare la consistenza del diritto soggettivo direttamente riconosciuto dalla Costituzione, non può cioè rendere la previsione del terzo comma una norma meramente programmatica, ma è determinante nell'individuare una riserva di legge assoluta. Il compito della legge non è quello di porre limiti non previsti dalla nostra Carta, ma quello di regolare in maniera precisa, per evitare arbitri in sede di applicazione, le facilitazioni all'ingresso e al soggiorno dei richiedenti asilo⁵⁹.

54 Cfr. Tribunale di Roma, sentenza 1° ottobre 1999, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, 249. In tale occasione il Tribunale ritenne che all'epoca esisteva in Turchia una diffusa compressione delle libertà fondamentali dell'individuo ed in particolare, per gli appartenenti all'etnia curda, un impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche che la Costituzione italiana garantisce.

55 Cfr. sull'argomento: M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.

56 Tra i molti si veda V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Foro amministrativo*, I, IV, 1957, 12.

57 Si vedano, in particolare e tra le molteplici, Cass. civile, S.U., sent. 26 maggio 1997, n. 4674, in *Rivista diritto internazionale*, 3, 1997, 843; Cass. civile, S.U., sent. 17 dicembre 1999, n. 907, in *Giust. Civile*, 1999, 2558; Cass. civile, sez. I, sent. 4 maggio 2004, n. 8423, in *Foro italiano*, 1, 2005, 1118.

58 Le pronunce più recenti delle Sezioni Unite sono Cass. civ., S.U., sent. 17 novembre 2008, n. 27310, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2009, 127, con commento di M. ACIERNO, *Il riconoscimento dello status di rifugiato politico: il procedimento e l'onere della prova al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2009, 79 ss; Cass. civ., S.U., sent. 19 maggio 2009, n. 11535, in *Foro italiano*, 9, 2009, 2347; Cass. civ., S.U., sent. 9 settembre 2009, n. 19393, in *Guida al diritto*, 41, 2009, 86, con il commento di M. PISELLI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non si può rimettere al potere discrezionale della p.a.*, in *Guida al diritto*, 41, 2009, 93 ss. Per rilievi sull'orientamento della giurisprudenza e della prassi, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, Giuffrè, Milano, 2009, 233 ss.

59 F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e “vuoto” normativo*, in *Politica*

Le iniziative di legge sono state molte nel corso degli anni, però a tutt'oggi manca una legge organica sul diritto d'asilo, circostanza che ha determinato, tra le altre cose, anche «una certa “confusione” fra diritto di chiedere ed ottenere l’asilo e diritto di chiedere ed ottenere lo *status* di rifugiato o, più semplicemente, fra asilo e *status* di rifugiato»⁶⁰. Un confronto dell'art. 10, co. 3, Cost. con la Convenzione di Ginevra conferma quanto sia più ampia la norma costituzionale: diversamente dalla norma cardine rappresentata dall’art. 1, lett. a) della Convenzione di Ginevra, infatti, la nostra Carta fondamentale non si limita ad offrire asilo a chi sia colpito o perseguitato perché sostenitore di idee e tendenze politiche ritenute degne di approvazione, ma considera perseguitato, colpito e meritevole di asilo chiunque sia cittadino di Paese nel quale non siano effettivamente riconosciute le fondamentali libertà democratiche dell’uomo.

Un esempio di quanto detto si trova nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, legge Martelli: il titolo si riferisce all’«*asilo politico*», però la rubrica dell’art. 1 ed il suo contenuto si riferiscono ai «*rifugiati*» (a quelli disciplinati dalla Convenzione di Ginevra) ed il regolamento di attuazione (d.p.r. 15 maggio 1990, n. 136, all’art. 2) istituisce una “Commissione centrale” competente a determinare il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Seguono le modifiche legislative introdotte con la legge 30 luglio 2002, n. 189, legge Bossi-Fini, tramite le quali la Commissione centrale diventa Commissione nazionale “per il diritto di asilo” e vengono istituite le commissioni territoriali “per il riconoscimento dello *status* di rifugiato”⁶¹.

Le disposizioni introdotte dalla legge Bossi-Fini si riferiscono indifferentemente all’asilo ed al rifugiato; il regolamento di attuazione d.p.r. 18 ottobre 2004, n. 334⁶² definisce (all’art. 1 lett. c) e d)) “richiedente asilo” lo straniero che chiede il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra e “domanda di asilo” la domanda di riconoscimento di tale *status*.

Nessuna di queste norme faceva (e fa) riferimento all’art. 10, co. 3, Cost.

Un solo riferimento si rinviene nella legge 30 settembre 1993, n. 388⁶³, di ratifica ed esecuzione degli Accordi di Schengen. L’art. 17, co. 2, prevede che le disposizioni della Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen⁶⁴ «relative alle domande ed ai richiedenti asilo non escludono l’obbligo delle competenti autorità nazionali di esaminare direttamente una

del diritto, 1, 2004, 159.

⁶⁰ Cfr. B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato.*, cit., 44.

⁶¹ Il d.lgs. “procedure”, 28 gennaio 2008, n. 25, di attuazione della direttiva procedure (direttiva 2005/85/CE recante norme minime ai fini delle procedure applicate negli Stati membri per il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato), mantiene la denominazione e le competenze della Commissione nazionale “*per il diritto di asilo*” (in particolare sulla revoca e cessazione dello *status* e protezione, art. 5), ma rinomina le commissioni territoriali, ora competenti (art. 4) “*per il riconoscimento della protezione internazionale*”.

⁶² In *G.U.*, 10 febbraio 2005, n. 33.

⁶³ In *G.U.*, 2 ottobre 1993, n. 232.

⁶⁴ Del 14 giugno 1985.

domanda di asilo presentata ai sensi dell'art. 10 della Costituzione della Repubblica, come attuato dalla legislazione vigente». Il legislatore italiano si è avvalso così della possibilità riconosciuta dall'art. 29, par. 4, della Convenzione («ogni parte contraente conserva il diritto») di esaminare una domanda di asilo pur non avendone la competenza, in presenza di «ragioni particolari attinenti soprattutto alla legislazione nazionale». Ciò conferma l'ampia tutela offerta dall'art. 10 rispetto ad altre norme del nostro ordinamento.

Il diritto di asilo, o, meglio, la possibilità di chiedere diritto d'asilo, deve essere garantito, nel rispetto della norme richiamate.

Sulla base dell'esperienza dei flussi migratori misti provenienti dalle coste africane degli ultimi anni, è assolutamente ragionevole ritenere che tra le persone respinte vi siano stati dei potenziali richiedenti asilo, ai quali è stata negato l'accesso alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. I respingimenti in mare di migranti hanno disatteso il dettato costituzionale: le autorità italiane infatti, se avessero voluto assumere un atteggiamento compatibile con la nostra Costituzione, avrebbero dovuto accogliere dal mare i potenziali beneficiari del diritto di asilo sul territorio repubblicano e verificare, una volta sbarcati sulla terraferma, la sussistenza della causa di giustificazione sancita all'art. 10, co. 3, Cost.

Invece sembra non solo che non abbiano accertato la sussistenza di tale causa di giustificazione, ma che non abbiano neppure permesso ai migranti di chiedere asilo, di accedere alla procedura per il riconoscimento dello *status* di asilante.

Peraltro, anche nel Trattato di amicizia, parternariato e cooperazione, sopra menzionato, è garantito il diritto d'asilo, attraverso il richiamo ai principi e alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuti ed infine alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che all'art. 14 dispone che «*everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*». Dunque i respingimenti effettuati secondo tali modalità si pongono in contrasto anche con il Trattato.

Alle violazioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale, si aggiungono quelle derivate dal T.U. Il legislatore del 1998 infatti ha previsto alcune situazioni in presenza delle quali lo straniero viene considerato inespellibile. Al riconoscimento di tale condizione del soggetto non osta neppure il fatto che precedentemente questi sia stato espulso. Rileva solo l'inespellibilità attuale, di quel particolare momento.

Sono inespellibili innanzitutto, come l'art. 10, co. 4, T.U. precisa, gli stranieri richiedenti l'asilo politico o il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, ovvero quelli sottoposti a misure di protezione temporanea adottabili dal Governo per motivi umanitari.

Quest'ultima possibilità è riconosciuta all'art. 20 T.U.: tale norma attribuisce al Presidente

del Consiglio dei Ministri - d'intesa con i Ministri degli Affari Esteri, dell'Interno, per la Solidarietà Sociale e con gli altri Ministri eventualmente interessati - la competenza ad adottare misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità verificatisi in Paesi non appartenenti all'Unione europea. Oltre a queste protezioni, l'art. 19, co. 1, T.U. vieta l'espulsione o il respingimento dello straniero verso uno Stato in cui egli «possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione». Il significato di tale disposizione non è facilmente individuabile: a prima vista pare doversi applicare solo ai richiedenti asilo, i quali però, come sopra ricordato, sono inespellibili già ad altro titolo. Essa appartiene dunque a quel *corpus* minimo di norme di protezione a fondamento oggettivo che tutelano la persona contro le persecuzioni, sicché dovrebbe teoricamente trovare applicazione - come confermato dalla lettera della norma - nonostante la mancanza di una richiesta in tal senso da parte dell'interessato.

Può essere utile riportare il caso di un nigeriano arrestato per inottemperanza al decreto di espulsione⁶⁵. Il giudice aveva riconosciuto il giustificato motivo delle permanenze in Italia, aprendo le porte ad un permesso di soggiorno *ex art. 19, co. 1, T.U.*, perché lo straniero aveva dato riscontri sul fatto che, se fosse rientrato nella regione del delta del Niger, avrebbe rischiato di rimanere vittima di atti di violenza etnica.

La giurisprudenza ha inoltre spesso richiamato la pubblica amministrazione alla necessità di rispettare il disposto di cui al primo comma dell'art. 19 nei riguardi di profughi, non necessariamente richiedenti asilo, sbarcati sulle coste italiane e provenienti da Paesi in guerra o teatro di feroci violenze etniche, come ultimamente è il caso dell'Iraq, oppure del Sudan e della Somalia.

L'art. 19, co. 2, T.U. elenca poi altre “categorie protette” di stranieri. Queste però - si noti bene - a differenza delle ipotesi previste al primo comma, per esplicita previsione legislativa, continueranno ad essere passibili di espulsione ministeriale.

In primo luogo v'è un divieto di espulsione dei minori, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi.

Nonostante il silenzio della legge, oggi il divieto in questione sembra riferirsi solo a quei minori stranieri che, anche se sprovvisti di un titolo di soggiorno, siano figli di almeno un genitore regolarmente soggiornante in Italia⁶⁶.

65 T.A.R. Reggio Emilia, 5 marzo 2007, n. 257, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2007, 187 ss.

66 P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 457.

Un discorso a parte meritano quei minori stranieri che si presentino ai valichi di frontiera senza essere accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il secondo grado. In questi casi è ammesso l'ingresso del minore straniero nel territorio nazionale e gli uffici di frontiera devono dare immediatamente segnalazione della sua presenza alla Commissione per le adozioni internazionali e al Tribunale per i minorenni competente in relazione al luogo in cui questi sono collocati (art. 33, co. 4, legge 4 maggio 1983, n. 184⁶⁷).

È fatto obbligo per la pubblica autorità di collocarlo in luogo sicuro, fino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione (art. 403 c.c.). Deve essere altresì fatta segnalazione al Comitato per i minori stranieri e si rilascia il permesso di soggiorno per minore età valido per tutto il periodo necessario per l'espletamento delle indagini sui familiari nei Paesi di origine (art. 28, co. 1, lett. a) del regolamento di attuazione del T.U. approvato con d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334).

Un altro divieto di espulsione, previsto alla lett. d) dell'art. 19, co. 2, T.U., è imposto nei confronti delle donne incinte o che abbiano partorito da meno di sei mesi un figlio al quale provvedano e nei confronti del marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

L'aggiunta del marito deriva dalla sentenza 27 luglio 2000, n. 376⁶⁸ della Corte Costituzionale: «anche in questo caso viene in rilievo, oltre alla tutela della salute della donna straniera incinta o che abbia partorito da non oltre sei mesi l'esigenza di assicurare una speciale protezione alla famiglia in generale, ed ai figli minori in particolare, che hanno il diritto di essere educati all'interno del nucleo familiare per conseguire un idoneo sviluppo della loro personalità; una protezione che non può non ritenersi estesa anche agli stranieri che si trovino a qualunque titolo sul territorio dello Stato»⁶⁹.

3.2.3. *Il principio della salvaguardia della vita in mare.*

Il principio della salvaguardia della vita in mare deve essere rispettato in relazione ad ogni azione condotta in mare.

67 In *G.U.*, 17 maggio 1983, n. 133, suppl. ord.

68 In <http://www.giurcost.org>.

69 L'articolo tutela anche gli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana, ipotesi di minore interesse in questa sede. Per quanto riguarda il convivente *more uxorio*, la Corte Costituzionale, con ordinanza del 20 luglio 2000 (in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, 1147), dichiara manifestamente infondata la questione della violazione da parte dell'art. 19 T.U. dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente *more uxorio* con un cittadino italiano (rispetto allo straniero convivente con un parente entro il quarto grado (attualmente secondo) o con il coniuge cittadino), in quanto la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado (attualmente secondo) «risponde all'esigenza di tutelare, da un lato, l'unità della famiglia, e dall'altro, il vincolo parentale riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici invece assente nella convivenza *more uxorio*».

La Convenzione di Montego Bay⁷⁰ costituisce la fonte primaria del diritto internazionale del mare. In base a quanto disposto dall'art. 311, co. 3, della Convenzione due o più Stati possono sì concludere accordi che modifichino o sospendano l'applicazione delle disposizioni della Convenzione e che si applichino unicamente alle loro reciproche relazioni, però solo a condizione che questi accordi non rechino pregiudizio ad una delle disposizioni della Convenzione la cui mancata osservanza sarebbe incompatibile con la realizzazione del suo oggetto e del suo scopo e, parimenti, a condizione che questi accordi non pregiudichino l'applicazione dei principi fondamentali della Convenzione.

Tra le norme che non possono essere oggetto di deroga da parte degli Stati, neppure mediante accordi con altri Stati, rilevante ai fini di questa trattazione è l'art. 98, che impone a tutti gli Stati il dovere di prestare assistenza alle persone in mare che si trovano in condizioni di pericolo: *«every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:(a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;(b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;(c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call»*⁷¹.

Il secondo comma prevede poi che *«every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements co-operate with neighbouring States for this purpose»*.

Varie convenzioni internazionali, tutte in vigore in Italia, costituiscono un completamento (cosiddetta *implementation*) della norma ora citata.

In primo luogo la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974⁷² (Solas) impone al comandante di una nave quanto segue: *«the master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is*

70 Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata con legge 2 dicembre 1994, n. 689, in *G.U.*, 19 dicembre 1994, n. 295, suppl. ord., reperibile, tra gli altri, al sito <http://www.reteambiente.it/normativa/>.

71 Sul tema, cfr. 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, 166 ss.

72 Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare dell'1 novembre 1974, ratificata con legge 23 maggio 1980, n. 313, pubblicata con gli emendamenti in *G.U.*, 14 marzo 1992, n. 53, suppl., reperibile al sito <http://www.imo.org/>.

unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization, to inform the appropriate search and rescue service accordingly» (Chapter V, Regulation 33).

Disposizioni di analogo tenore si trovano nella Convenzione di Londra del 1989 sul soccorso in mare⁷³, il cui art. 10 prevede che *«every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea. The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1. The owner of the vessel shall incur no liability for a breach of the duty of the master under paragraph 1».*

Secondo la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il soccorso in mare di Amburgo⁷⁴, Convenzione SAR, gli Stati sono obbligati a garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare senza distinzioni relative alla nazionalità o allo *status* di tale persona o alle circostanze nelle quali la persona viene trovata, a fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro.

In base all'art. 2. 1. 10 infatti *«parties shall ensure that assistance will be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found».*

Anche nel Protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite di Palermo, firmato a Palermo il 12 dicembre 2000⁷⁵, sono contenute altre disposizioni a tutela del migrante. Esse sono considerate come vere e proprie clausole di salvaguardia operanti nei confronti di ogni Stato e comprendono l'obbligo di assicurare l'incolumità ed il trattamento umano delle persone a bordo nonché il dovere di tenere in debito conto della necessità di non mettere in pericolo la sicurezza della nave o del suo carico.

Per quanto concerne la normativa italiana sul punto, occorre sottolineare come essa in buona sostanza corrisponda in maniera adeguata nei contenuti a quanto disposto dalle Convenzioni internazionali nella materia: l'art. 12, co. 2, T.U. infatti stabilisce che, fermo quanto disposto dall'art. 54 c.p., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.

⁷³ Convenzione internazionale sul soccorso, firmata nella capitale britannica il 28 aprile 1989, ratificata con legge 12 aprile 1995, n. 129, in *G.U.*, 28 aprile 1995, n. 98, suppl., reperibile, tra gli altri, al sito <http://www.imo.org/>.

⁷⁴ Convenzione internazionale sulla ricerca ed il soccorso (SAR), conclusa ad Amburgo il 27 aprile 1979. L'Italia ha ratificato la Convenzione con legge 3 aprile 1989, n. 147 in *G.U.*, 27 aprile 1989, n. 97, suppl.

⁷⁵ Al momento della sua adozione il Protocollo è stato firmato da 112 Stati. L'Italia lo ha ratificato con legge 16 marzo 2006, n. 146, in *G.U.*, 11 aprile 2006, n. 85. Anche la Libia è parte del Protocollo.

Anche il Decreto Interministeriale 14 luglio 2003⁷⁶ prevede all'art. 7, co. 1, che «nell'assolvimento del compito assegnato l'azione di contrasto è sempre improntata alla salvaguardia della vita umana ed al rispetto della dignità della persona».

3.2.4. *Place of safety e conseguenti tensioni tra Italia e Malta: il caso Pinar.*

L'obbligo di portare soccorso in mare si perfeziona solamente nel momento in cui i naufraghi sono fatti sbarcare in un luogo sicuro, in un cosiddetto “*place of safety*”.

La determinazione del “*place of safety*” ha creato spesso controversie tra i Paesi⁷⁷; per questo motivo l'*International Maritime Organization* (IMO) ha cercato negli ultimi anni di chiarire le procedure esistenti per la sua determinazione senza distinzioni sulla base della nazionalità, *status* o circostanze del ritrovamento dei naufraghi.

Il Comitato Marittimo per la sicurezza (MCS) dell'IMO ha adottato dei principi guida⁷⁸, in cui il *place of safety* è definito come un luogo in cui le operazioni di recupero possono considerarsi ultimate.

La nave che ha portato assistenza (*rescue unit*) può essere considerata un luogo sicuro, ma solo a titolo provvisorio. Il testo insiste, infatti, sul ruolo che devono assumere lo Stato di bandiera e lo Stato costiero nel sostituirsi al capitano della nave nella gestione delle persone salvate.

Il punto 6.13 dei principi guida adottati dispone che: «*an assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship. (...) Even if the ship is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made*».

Tali linee guida insistono anche sulla responsabilità dello Stato nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio. Esso ha infatti l'obbligo di individuare un *place of safety* oppure di assicurarsi che un *place of safety* sia trovato (punto 2.5). Il MSC dell'IMO ricorda infine che: «*the need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-*

76 Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina, in *G.U.*, 22 settembre 2003, n. 220.

77 Tale problema si presentò al capitano della nave norvegese “*Tampa*”: la “*Tampa*”, il 26 agosto 2001, portò soccorso a un peschereccio indonesiano in avaria in acque internazionali al largo dell'isola australiana di *Christmas*. La nave mercantile dovette caricare a bordo i 433 passeggeri del peschereccio per salvarli dal naufragio e si trovò così in una situazione di pericolo essa stessa in quanto era adibita ad un trasporto limitato di passeggeri (al massimo cinquanta persone). La nave non venne autorizzata ad attraccare nel porto australiano e dovette aspettare fino al 1° settembre, quando venne concluso un accordo tra Australia e Nuova Zelanda per l'accoglienza dei passeggeri. Cfr. M. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità internazionale*, 2, 2002, 61 ss.; F. GRISOLIA, *L'immigrazione clandestina in due decisioni della Federal Court australiana*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2001, 74 ss. La questione venne risolta con la conclusione di un accordo *ad hoc* che determinava il luogo dello sbarco, il “*place of safety*” per le persone soccorse, ed il trattamento a cui sarebbero state sottoposte.

78 Risoluzione MSC. 167 (78), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, del 20 maggio 2004.

founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea» (punto 6.17).

Questa “digressione” sul *place of safety* è stata utile per introdurre una questione annosa tra Italia e Malta, che recentemente ha causato un fatto molto grave dal punto di vista umanitario.

I due Paesi sono in disaccordo per quanto riguarda l’enorme zona marittima di ricerca e soccorso (*Search and Rescue, Sar*) di quasi 250.000 chilometri quadrati che Malta reclama nonostante il suo territorio insulare sia di appena 315 chilometri quadrati.

La zona reclamata da Malta include le acque territoriali italiane delle Isole Pelagie con Lampedusa compresa e si estende fino a Creta, a distanza di circa 500 miglia da Malta, privando tra l’altro la Tunisia di un ragionevole spazio in cui esercitare le proprie funzioni di ricerca e soccorso.

Malta ne pretende la titolarità, nonostante le proteste italiane, che si basano sulla considerazione che i mezzi maltesi, sebbene siano ben assortiti (anche grazie alla cooperazione militare italiana che, tra l’altro, ha messo a disposizione elicotteri ed un pattugliatore d’altura) e di recente incrementati con quattro motovedette acquistate dall’Australia con fondi europei, non sembrano sufficienti a garantire la capacità di azione necessaria ad effettuare tempestivi soccorsi in un’area così vasta.

Più volte Malta ha richiesto l'intervento di mezzi di soccorso italiani e ha assegnato alla Grecia, tramite un accordo, la sorveglianza nell’area più orientale della propria zona. I motivi per cui Malta difende strenuamente la zona Sar come una questione di vitale interesse nazionale e con il sostegno della propria opinione pubblica sono facilmente intuibili: non solo l’Ue fornisce a Malta un aiuto finanziario rapportato all’estensione della Sar, ma inoltre Malta tende a considerare la zona Sar come una sorta di compensazione per l’esigua estensione territoriale del Paese e di ipoteca sulle future delimitazioni della Zona economica esclusiva (Zee) e della piattaforma continentale che resta ancora da definire (anche se questa convinzione è senza alcun fondamento giuridico, in quanto la Sar riguarda la giurisdizione ai fini del soccorso e non l’esercizio di diritti sovrani).

A causa di questo “disaccordo diplomatico” nell'aprile del 2009 è stato fermo a 25 miglia a sud di Lampedusa, in acque di competenza maltese, il mercantile turco Pinar, che aveva raccolto nel Canale di Sicilia 154 migranti ed un cadavere trovati su due barconi alla deriva. Le autorità della Valletta hanno coordinato le operazioni di soccorso ed indicato alla nave porta container, diretta a Sfax, in Tunisia, di fare rotta verso il porto più vicino, cioè Lampedusa. Le autorità italiane invece da parte loro non hanno autorizzato il Pinar a dirigersi verso l'isola.

Tra i due Paesi c’è stato un vero e proprio “rimpallo”⁷⁹: nessuno dei due aveva intenzione di far sbarcare sulle proprie coste il mercantile con a bordo i migranti, i quali nel frattempo - si può

79 Cfr. *Il ping-pong e le regole*, in *La Repubblica*, 18 aprile 2009, reperibile al sito <http://www.repubblica.it/>.

ben intuire - si trovavano senza cibo né acqua, in condizioni sanitarie pessime.

L'Italia da una parte affermava di dare applicazione al principio, codificato nel 2004 nell'ambito di emendamenti alla Convenzione Solas (1974) e alla Convenzione di Amburgo (1979), secondo cui il *place of safety* in cui sbarcare i migranti va individuato tra i porti del Paese titolare della zona Sar.

A parere di Malta invece la nozione di *place of safety* doveva invece essere interpretata nel senso che lo sbarco deve avvenire nel porto più vicino al luogo di soccorso, a prescindere dal fatto che esso appartenga o meno allo Stato responsabile della zona Sar. La vicenda si è conclusa dopo quattro notti e tre giorni con l'annuncio da parte della Farnesina dell'autorizzazione allo sbarco del mercantile sulle coste italiane⁸⁰.

Dopo la decisione si è però aperto un nuovo scontro diplomatico tra l'Italia e Malta con precise accuse del Ministro degli Esteri Frattini a La Valletta.

Si è trattato di un botta e risposta che ha coinvolto anche l'Unione Europea, chiamata in causa da Malta che esigeva "appoggio" sulla politica legata agli immigrati. Dura la reazione dell'Italia: «chiediamo un intervento definitivo alla Commissione Europea - dice Maroni - che serva ad accertare le responsabilità ed a costringere ciascuno a fare quello che deve, cioè ad intervenire nelle aree di sua competenza. Ragioni di carattere umanitario ci hanno indotto ad accogliere questi immigrati. Ma la nostra posizione non cambia»⁸¹. Il caso della Pinar ha riaperto la questione tra Italia e Malta a cui è necessario trovare una soluzione.

Una riduzione della zona Sar maltese rappresenterebbe forse un adeguamento dell'area alla realtà geografica in conformità al principio di effettività presupposto, in materia, dalla Convenzione di Amburgo del 1979⁸².

3.2.5. Sulla giurisdizione dello Stato italiano in merito ai respingimenti in alto mare.

L'art. 1 della CEDU impone agli Stati contraenti di garantire il rispetto ed il godimento dei diritti e delle libertà in essa riconosciuti a tutti gli individui sottoposti alla *giurisdizione* degli Stati stessi.

Pertanto, prima di analizzare i limiti imposti dalla CEDU allo Stato nel regolare gli ingressi e gli allontanamenti degli stranieri e di verificarne il rispetto nel caso italiano dei respingimenti, è

⁸⁰ Cfr. *Pinar, l'Italia accoglie i migranti. Frattini: "Malta non rispetta regole"*, in *La Repubblica*, 19 aprile 2009, consultabile al sito <http://www.repubblica.it/>.

⁸¹ *I migranti a Porto Empedocle, Malta: "Disguido tra amici"*, in *La Repubblica*, 20 aprile 2009, <http://www.repubblica.it/>; *L'Italia accusa Malta e accoglie la nave di nessuno*, in *Il Corriere della sera*, 20 Aprile 2009, consultabile su <http://archivistorico.corriere.it/>.

⁸² Il 7 maggio 2009 è stato sfiorato un altro caso Pinar. Questo testimonia che è necessario trovare urgentemente una soluzione a questo "caso diplomatico". *L'incubo della Pinar. Il governo gioca la carta di Tripoli*, in *Il Corriere della sera*, 8 maggio 2009, <http://archivistorico.corriere.it/>.

necessario domandarsi se, relativamente a tali respingimenti, avvenuti in acque internazionali, cioè fuori dal territorio italiano, sussista la giurisdizione dello Stato italiano e se conseguentemente lo Stato possa essere ritenuto responsabile per la violazione di tali limiti.

I migranti a bordo delle imbarcazioni intercettate sono stati trasferiti sulle motovedette italiane e da queste condotte in Libia. Come già visto nel par. 3.2.2., le motovedette italiane sono territorio italiano, perciò la giurisdizione dello Stato italiano sussiste.

Condurrebbero comunque alla medesima conclusione anche alcune affermazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo: il concetto di *jurisdiction*⁸³ è, secondo la Corte di Strasburgo, principalmente ma non esclusivamente territoriale.

Nel caso *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*⁸⁴, la Corte ha affermato che «*the term jurisdiction is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory*» e tale orientamento è stato poi ripetuto nel caso *Loizidou c. Turchia*⁸⁵.

In seguito la Corte ha riconosciuto la possibilità di affermare l'extraterritorialità della giurisdizione statale in «*cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State*»⁸⁶, tra le quali sembrano proprio poter essere

83 Per una ricostruzione dettagliata dell'art. 1 e della sua estensione, cfr: P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002, 192 ss.; T. MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law*, 89 (number 1), 1995, 78 ss.; R. NIGRO, *Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati Parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Ilascu*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 413 ss.; H. KING, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, in *Oxford Journals, Human Rights Law Review*, 9, (Issue 4), 2009, 521 ss., disponibile al sito <http://hrhr.oxfordjournals.org/>.

84 Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, sent. 26 giugno 1992, ricorso n. 12747/87, par. 91 in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, 1018 ss.

85 Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Loizidou c. Turchia*, sent. 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>. In questo caso la Corte EDU, dopo aver ricordato che la *jurisdiction ex art. 1 CEDU* non è necessariamente limitata al territorio nazionale delle Parti contraenti, ha fatto riferimento all'oggetto ed allo scopo della Convenzione, concludendo che lo Stato convenuto potesse essere chiamato a rispondere delle violazioni della CEDU allegate dalla ricorrente perché «*as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory*» (par. 52).

86 Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Bankovic c. Belgio*, decisione di irricevibilità del 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, par. 73, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>. In questo caso il ricorso alla Corte, rivolto contro tutti i Paesi europei membri della NATO e della CEDU, era stato inoltrato dai parenti delle persone uccise nel bombardamento della televisione di Belgrado nel 1999, effettuato dagli aerei dell'Alleanza. I ricorrenti erano cittadini della Repubblica Federale di Jugoslavia (RFJ), che, al momento dei bombardamenti, non era ancora parte della CEDU. La Corte ha rigettato le tesi dei ricorrenti, che propugnavano una similitudine tra l'occupazione dello spazio aereo jugoslavo da parte dei *jet* della NATO nel 1999 e quella terrestre di Cipro nel 1974, dichiarando il difetto di giurisdizione. Quest'ultima, nelle parole del giudice di Strasburgo, rimarrebbe principalmente territoriale, sebbene possano riconoscersi delle eccezioni. (Tra queste eccezioni la Corte inserisce quelle riportate sopra, che si trovano al par. 73 della decisione). Nell'opinione della Corte, la nozione di giurisdizione rimane strettamente ancorata a quella del controllo effettivo di un'area o di un individuo. Cfr., per approfondire l'argomento, M. TONDINI, *I diritti umani nei conflitti armati e nelle operazioni di pace: l'equilibrio del diritto tra uso della forza e dovere di protezione*, (in corso di pubblicazione in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, reperibile al sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>).

ricomprese quelle relative ad imbarcazioni battenti la propria bandiera in alto mare.

Se le unità navali italiane si fossero invece limitate a scortare le imbarcazioni intercettate, senza far salire a bordo i migranti, sarebbe stato più complesso affermare la giurisdizione dello Stato italiano.

Vi sono però alcuni casi in cui la Corte di Strasburgo ha affermato la giurisdizione di uno Stato su navi battenti bandiera di un altro Stato in acque internazionali; questi casi potrebbero portare ad affermare comunque la giurisdizione dello Stato italiano.

Si tratta di *Xhavara c. Italia e Medvedyev e a. c. Francia*. Nel primo caso la Corte presuppone la giurisdizione dell'Italia per l'incidente navale cagionato da un'imbarcazione della Marina militare italiana che aveva speronato il 28 marzo 1997 un'imbarcazione albanese che trasportava migranti, causandone l'affondamento con conseguente morte di 58 cittadini albanesi. La Corte non ha messo in dubbio che l'incidente fosse avvenuto *under jurisdiction* italiana. (L'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato diverso da quello della bandiera nel caso dell'Albania e dell'Italia trova giustificazione nell'accordo internazionale stipulato tra i due Paesi, lo "Scambio di lettere relativo alla cooperazione per la prevenzione degli atti illeciti", di cui si è parlato al paragrafo 3.1.2., che però all'epoca dell'incidente non era ancora in vigore, bensì in attesa di definizione di alcuni dettagli di carattere tecnico-applicativo). Nel caso *Medvedyev*, la Corte ha riconosciuto espressamente che i ricorrenti, marinai ucraini, trattenuti a bordo della nave cambogiana, su cui prestavano servizio, ad opera della Marina francese, fossero, nel momento in cui le autorità francesi avevano assunto il controllo della nave, sotto la giurisdizione della Francia⁸⁷.

3.2.6. *I limiti imposti dalla CEDU.*

La CEDU non prevede disposizioni che limitino in maniera esplicita e diretta il diritto degli Stati contraenti di regolare l'ingresso, la permanenza e l'allontanamento di stranieri dal proprio territorio.

Tuttavia in determinati casi la Corte di Strasburgo garantisce una protezione *par ricochet*⁸⁸, o protezione indiretta, agli stranieri destinatari della misura di espulsione o di respingimento. Tale protezione viene utilizzata particolarmente in relazione all'art. 2 CEDU e all'art. 3 CEDU.

Il primo articolo stabilisce che «*everyone's right to life shall be protected by law. No one*

⁸⁷ Per approfondire l'argomento, cfr. A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, 595 ss. e S. TREVISANUT, *Lotta al traffico di sostanze stupefacenti e tutela dei diritti umani in mare: il caso Medvedyev dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, (osservatorio), 1, 2009, 192 ss.

⁸⁸ È un meccanismo volto ad ampliare la tutela di certi diritti garantiti dalla Convenzione a diritti che, viceversa, non sono espressamente protetti. Si vedano sul punto, tra le altre, le considerazioni di B. NASCIMBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in *Id* (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, 155 ss.

shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law».

Questo articolo deve essere letto in combinato con l'art. 1, Prot. n. 6⁸⁹, relativo all'abolizione della pena di morte. Ai sensi di quest'articolo, lo Stato non può sottoporre nessun individuo - ovviamente anche nessuno straniero - ad un trattamento che ne comporti la morte. Mediante il meccanismo della protezione *par ricochet*, si afferma che lo Stato non può emettere un provvedimento di allontanamento nei confronti dello straniero se questo significa destinarlo ad un Paese in cui rischia l'esecuzione di una condanna a morte.

L'art. 3 CEDU, vietando la tortura e le pene o i trattamenti inumani e degradanti, non proibisce direttamente il *refoulement*. Però, a partire dal caso *Soering c. Regno Unito*⁹⁰, la Corte di Strasburgo ha cominciato a valutare la compatibilità dei provvedimenti di estradizione di stranieri dal territorio degli Stati contraenti con l'art. 3, qualora, nel Paese di destinazione, questi potessero subire trattamenti contrari a tale norma.

In occasione del caso *Soering* la Corte ha anche affermato che *«article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other national emergency. This absolute prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment under the terms of the Convention shows that Article 3 enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. It is also to be found in similar terms in other international instruments such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1969 American Convention on Human Rights and is generally recognised as an internationally accepted standard»*⁹¹.

In materia di espulsioni e respingimenti (il caso *Soering* è, come visto *supra*, relativo all'extradizione) il *leading case* è costituito dalla sentenza *Cruz Varas e a. c. Svezia*⁹² con la quale la Corte ha esteso al campo delle espulsioni di stranieri le conclusioni cui era già pervenuta relativamente alle estradizioni.

Negli anni successivi tale orientamento interpretativo si è andato consolidando ed il giudice di Strasburgo, anche in casi in cui i provvedimenti nazionali di espulsione fossero giustificati dalla minaccia che lo straniero costituiva per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, si è pronunciato nel senso dell'incompatibilità con la CEDU dei provvedimenti stessi.

89 Firmato nel 1983 ed entrato in vigore il 1° marzo 1985.

90 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>.

91 *Soering*, par. 88.

92 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, *Cruz Varas e a. c. Svezia*, sent. 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

Si veda su tutti il caso *Saadi c. Italia*⁹³: «*article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation*» (par. 127). Ed ancora: «*it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Art. 3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account*».

Pertanto, se uno Stato emette un provvedimento di allontanamento nei confronti di uno straniero e tale provvedimento ha come conseguenza diretta che il soggetto correrà il rischio di perdere la vita o di essere sottoposto a tortura, trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione, allora lo Stato viola l'art. 3 CEDU. Se uno Stato poi emette un provvedimento di allontanamento verso un Paese in cui non sa (perché non ha né identificato i migranti, né offerto loro protezione internazionale o asilo) se il migrante correrà il rischio di essere sottoposto a tortura, pene, o trattamenti inumani e degradanti, parimenti viola gli artt. 2 e 3 CEDU.

3.2.7. *Divieto di espulsioni collettive.*

Gli articoli della CEDU espressamente dedicati alla tutela degli stranieri o che trattino il problema del loro allontanamento dal territorio dello Stato sono pochi. Ad esclusione infatti dell'art. 16, in tema di limitazioni all'attività politica degli stranieri, e dell'art. 5, co. 1, lett. f), che consente privazioni della libertà personale in caso di «*lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition*», la CEDU non riconosce diritti, neppure il diritto d'asilo, agli stranieri in quanto tali. I Protocolli addizionali, viceversa, contengono alcune disposizioni rivolte unicamente agli stranieri.

Ai fini di questa trattazione, però, l'unica rilevante è contenuta all'art. 4 del Protocollo n. 4⁹⁴, che vieta le espulsioni collettive⁹⁵. Tale divieto è previsto anche all'art. 19, co. 1, Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁹³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>. Per una descrizione dettagliata del caso cfr. P. BONETTI, *Il divieto di subire maltrattamenti nello Stato verso cui è espulso lo straniero è bilanciabile?* in *Quaderni costituzionali*, 2, 2008, 409 ss.

⁹⁴ Firmato a Strasburgo il 16 settembre 1969 ed entrato in vigore il 2 maggio 1968.

⁹⁵ La rilevanza dell'art. 1, Prot. n. 7, e dell'art. 2, Prot. n. 4, deve essere esclusa: infatti entrambi gli articoli si rivolgono allo straniero legalmente residente in uno Stato parte (ed ovviamente questo non è il caso dei migranti respinti in alto mare).

Diventa dunque necessario domandarsi se tra le “espulsioni collettive” vietate possano essere annoverati anche i respingimenti in esame, tenendo in considerazione fin da subito che essi presentano un indubbio carattere collettivo.

La Corte di Strasburgo ha chiarito che per “espulsione collettiva” deve intendersi «*any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group*»⁹⁶.

Dunque l'allontanamento indiscriminato di un intero gruppo di stranieri è vietato: la situazione di ogni soggetto coinvolto deve essere sottoposta ad un esame oggettivo e reale⁹⁷.

Per quanto riguarda invece l'espressione “*to leave a country*”, se la presenza dei soggetti sul territorio nazionale è un presupposto dell'art. 4, Prot. n. 4, allora l'articolo potrà essere applicato, perché, come visto prima, i migranti sono entrati in territorio italiano, dal momento che sia l'art. 4, co. 2, c.p. sia l'art. 4 c.n. affermano che le navi battenti bandiera italiana sono territorio italiano. Peraltro il requisito della presenza sul territorio potrebbe non essere così stringente: nel caso *Conka c. Belgio*, prima citato, la Corte ha affermato che, anche qualora l'autorità giudiziaria abbia considerato la situazione dei singoli individui, per poter definire un'espulsione compatibile con l'art. 4, è decisivo considerare il “*background to the execution of the expulsion*”, cioè il contesto in cui viene effettuata tale espulsione.

Nel caso specifico *Conka*, le misure adottate dalle autorità belghe vennero considerate incompatibili con il divieto di espulsione collettiva, pur in presenza di un esame differenziato per ogni individuo, per la mancanza di «*sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account*».

Queste affermazioni potrebbero portare a preferire il rispetto di requisiti sostanziali, come le citate “*sufficient guarantees*”, al rispetto di requisiti invece formali come quello della presenza sul

96 Cfr. Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, *Becker c. Danimarca*, decisione del 3 ottobre 1975, ricorso n. 7011/75, in <http://www.echr.coe.int/echr/>. Questa interpretazione è stata ripetuta anche in Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. III, *Conka c. Belgio*, sentenza del 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, par. 59, in <http://www.echr.coe.int/echr/>. In quest'ultimo caso la Corte riscontrò una violazione dell'art. 4, Prot. n. 4, in quanto, nell'ordine di espulsione, relativo a circa settanta persone di etnia Rom, non era stato fatto alcun riferimento alla richiesta di asilo presentata da molti degli espulsi; da ciò la Corte aveva dedotto che non era stata presa in considerazione la situazione personale di ciascun soggetto. Nello stesso senso si veda anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, *Andric c. Svezia*, decisione di inammissibilità del 23 febbraio 1999, ricorso n. 45917/99, punto 1 della parte in diritto, (in <http://www.echr.coe.int/echr/>) e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. III, *Sultani c. Francia*, sent. 20 settembre 2007, ricorso n. 45223/05, reperibile al sito <http://www.echr.coe.int/echr/>.

97 Dello stesso parere è il Comitato per i diritti umani che, sin dal *General Comment* del 1986, *The Positions of Aliens under Covenant*, ha considerato inammissibili le espulsioni collettive proprio perché non consentono né una valutazione individuale di ciascun caso né la possibilità di ricorsi effettivi contro il provvedimento. (Si veda Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 15, The Position of Aliens under the Covenant*, 11 aprile 1986, par. 10, reperibile al sito <http://www.unhchr.ch/>).

territorio⁹⁸.

Si deve tuttavia tenere ben presente che la Corte ha dato, sino ad oggi, una lettura molto restrittiva di quest'articolo.

3.2.8. *Sentenza Hussun e altri contro Italia sui respingimenti da Lampedusa nel 2005.*

Il 19 gennaio 2010 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sui quattro ricorsi⁹⁹ presentati il 21 marzo, il 23 marzo, l'1° aprile ed il 12 maggio del 2005 da parte di ottantaquattro cittadini di diversi Stati non parti della CEDU - cittadini palestinesi, iracheni, algerini, marocchini e tunisini - sbarcati a Lampedusa e subito collocati in centri di accoglienza temporanea. I rappresentanti dei ricorrenti avevano denunciato la violazione degli artt. 2, 3, 13 (diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale), 34 (diritto di ricorso individuale davanti alla Corte di Strasburgo) CEDU e dell'art. 4, Protocollo n. 4¹⁰⁰.

La Corte ha deciso di dividere i ricorrenti in tre gruppi: il primo composto da quattordici espulsi (che hanno allegato la violazione degli artt. 2, 3, 13 e 34 CEDU e 4 del Protocollo 4), il secondo comprendente tredici migranti (che hanno allegato la violazione dell'art. 34 CEDU) con i quali, ad eccezione di un caso, i rappresentanti hanno perduto ogni contatto dopo il rilascio per la decorrenza dei termini di trattenimento ed infine il terzo composto da trentacinque ricorrenti di cui si è persa ogni traccia¹⁰¹.

La Corte si è pronunciata solamente sul ricorso n. 17165/05 presentato da Kamel Midawi, l'unica persona con cui i difensori sono riusciti a mantenere un collegamento, affermando l'insussistenza della violazione dell'art. 34 CEDU in quanto nessun ostacolo alla presentazione del ricorso individuale era stato posto - a parere della Corte - da parte dell'Italia. I restanti ricorsi sono stati cancellati dal ruolo, sulla base dell'art. 37, co. 1, lett. c) CEDU, che permette la cancellazione in qualsiasi momento della procedura quando sia accertato che la prosecuzione del giudizio non è più giustificata. La Corte ha infatti giudicato il non mantenuto collegamento tra i ricorrenti ed i loro difensori come mancanza d'interesse della parte ad avere una sentenza della Corte Europea e come impedimento (per la Corte) per la valutazione della situazione concreta di ognuno e delle eventuali

98 Cfr. per approfondire questa tesi: A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, 606 ss.

99 Si tratta dei ricorsi nn° 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05.

100 Cfr. per la versione integrale (in italiano ed in francese) della decisione della Corte: *Camera.it - Europa e Estero - Osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, reperibile al sito <http://www.camera.it/> e per un commento sulla sentenza: C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, reperibile al sito <http://www.asgi.it>.

101 Le procure dei restanti ventidue ricorrenti erano state giudicate non autentiche (perché redatte e sottoscritte dalla medesima persona) da una perizia grafologica disposta dalla Corte in seguito a dubbi espressi dalla difesa del Governo italiano. Pertanto la Corte non ha proseguito l'esame per questi ricorrenti.

violazioni degli articoli sopra citati¹⁰². L'ultima parte dell'art. 37 CEDU, invece, ai sensi del quale «*the Court may decide to restore an application to its list of cases if it considers that the circumstances justify such a course*», non è stata presa in considerazione.

Diverse sono le osservazioni che possono essere espresse a margine di questa pronuncia: grave innanzitutto è il fatto che il Governo non sia stato in grado di dare notizie sulla sorte di trentacinque persone, se siano state espulse, trattenute, oppure respinte in Libia. La Corte ha lasciato impunita questa “distrazione”. Come sopra chiarito, però, anche solo il rischio che una persona possa subire trattamenti inumani o degradanti deve impedirne l'espulsione in quel Paese. Pertanto bisogna domandarsi a quale responsabilità possa andare incontro uno Stato che «*dichiara di non sapere cosa sia accaduto a trentacinque persone*»¹⁰³.

Inoltre, giungendo alla conclusione che la mancanza di legami con il difensore porta alla cancellazione dal ruolo della causa, la Corte sembra quasi affermare che «*l'unico modo effettivo per garantire tutela ai ricorrenti sia quello di una loro permanenza nel territorio dello Stato parte della CEDU, che è l'esatto contrario di quanto previsto dalla normativa vigente in Italia ed in molti altri Stati parti della CEDU, in materia di allontanamento*»¹⁰⁴. Questa sentenza rappresenta forse un'occasione mancata della Corte a giudicare nel merito tali avvenimenti. La pronuncia comunque non influisce sul ricorso n. 27765/09, *Hirsi e altri c. Italia*, presentato il 26 maggio del 2009, per il respingimento in Libia del 6 maggio 2009 di ventiquattro cittadini somali ed eritrei. Il 17 novembre 2009 la Corte di Strasburgo ha formalmente comunicato il ricorso al Governo italiano.

3.2.9. *I limiti imposti dal diritto interno.*

I respingimenti in Libia hanno violato anche alcuni articoli del T.U.

La legge 30 luglio 2002, n. 189 ha introdotto all'art. 12, co. 9 *bis* e ss., T.U. la possibilità, per le navi della Marina militare e per le navi in servizio di polizia, di intercettare l'imbarcazione «di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti “anche” al di fuori di acque territoriali». Le navi in questione possono «fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato». La costa verso cui le navi devono dirigersi *ex lege* è quella italiana, non quella libica.

102 La Corte richiama anche un precedente in cui l'assenza di legami con i difensori ha lasciato presumere la mancanza di interesse a proseguire il procedimento: *Camera, Ali c. Svizzera*, decisione del 5 agosto 1998, ricorso n. 24881/1994, in <http://www.echr.coe.int/>.

103 Cfr. C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, reperibile al sito <http://www.asgi.it/>.

104 Cfr. C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani.*, cit.

È vero che un Decreto Interministeriale¹⁰⁵ prevede la possibilità di un «*rinvio nei porti di provenienza*» dei natanti intercettati, però, come rileva già A.Pugiotto, «*lex superior abrogat inferiorem*: siamo in presenza di un atto normativo secondario che, sul punto in questione, è *contra legem*»¹⁰⁶.

3.2.10. Conclusioni.

Il Ministro dell'Interno Roberto Maroni ha recentemente¹⁰⁷ affermato che «dal maggio al dicembre del 2009 c'è stata una riduzione degli sbarchi clandestini di migranti pari ad oltre il 90% rispetto all'anno precedente» ed inoltre che «con questa attività (di riduzione degli sbarchi) sono state salvate molte vite umane»¹⁰⁸, implicitamente intendendo che la politica di contrasto all'immigrazione clandestina adottata dal Governo si è dimostrata efficiente ed in grado di raggiungere gli obiettivi preposti.

Vi sono però alcune osservazioni da aggiungere: in primo luogo è necessario premettere che è riduttivo prendere come parametro di efficienza della politica di contrasto all'immigrazione clandestina solo quella proveniente dal mare.

Tale fenomeno focalizza sicuramente su di sé l'attenzione dei media, però questa “attenzione” a volte rischia di distorcere la realtà: i dati pervenutici dallo stesso Ministero dell'Interno dimostrano che i clandestini sbarcati sulle coste italiane non hanno mai superato il 15% del totale della presenza straniera irregolare in Italia e spesso sono stati inferiore al 10%¹⁰⁹.

Sempre secondo il Ministero, «l'ingresso via mare costituisce un canale di ingresso marginale, sotto il profilo delle dimensioni, e contribuisce in maniera modesta, e decrescente, allo stock di immigrati irregolari presenti in Italia»¹¹⁰.

La maggior parte degli immigrati clandestini entra eludendo i controlli alle frontiere terrestri, oppure con un visto turistico che poi lascia scadere; infine una parte non esigua di immigrati regolari, con un lavoro e dunque con un permesso di soggiorno, perdendo il posto di lavoro e non riuscendo a trovarne un altro in tempi brevi, acquista anch'essa lo *status* di irregolare¹¹¹.

105 Decreto interministeriale, 14 luglio 2003, *Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *G.U.*, 22 settembre 2003, n. 220. Si veda precisamente l'art. 7, co. 2.

106 A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, reperibile al sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>, 20.

107 Il 16 aprile 2010.

108 Il testo completo della dichiarazione è reperibile al sito <http://www.interno.it/>.

109 I dati sono riportati nella *Relazione sul "Rapporto sulla criminalità in Italia"*, reperibile al sito <http://www.interno.it/>, 333.

110 Cfr. *Relazione sul rapporto della criminalità*, cit., 336

111 Cfr. M. AMBROSINI, *L'immigrato che venne dal mare*, in *Lavoce.info*, 6 luglio 2009, reperibile al sito

«Tenere sotto i riflettori gli sbarchi consente di concentrare gli sforzi su un segmento limitato e relativamente controllabile della questione, disegnando un'immagine di fermezza e lasciando in ombra gli aspetti meno confessabili e più difficili da contrastare»¹¹².

La seconda osservazione riguarda il «sono state salvate tante vite umane».

La cronaca di quei giorni illustra uno scenario alquanto differente: l'Italia ha respinto dei migranti verso un Paese che non ha mai fornito garanzie sufficienti in merito al rispetto dei diritti umani.

Da alcuni rapporti pubblicati da diverse organizzazioni internazionali¹¹³ emerge che le operazioni di respingimento operate dalla Libia verso altri Paesi si sono susseguite copiose negli anni: sembra che tra il 2003 e il 2006 siano state rimpatriate circa 200.000 persone¹¹⁴. Non si recrimina tale politica - ammesso che possa costituire una declinazione del diritto di regolare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri, riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario - ma si sospetta che non siano stati rispettati i limiti posti dalle Convenzioni e dai principi consuetudinari.

A questo proposito *Human Rights Watch* ha raccolto diverse testimonianze di persone respinte in quel lasso di tempo, dalle quali è emerso che il più delle volte i migranti respinti venivano abbandonati o nel deserto libico o nella parte di deserto confinante con il Sudan¹¹⁵, altrimenti venivano mandati in centri di detenzione dalle condizioni inumane. I dati riportati sono certamente "parziali", però è almeno probabile che in parte denunciino una situazione reale: la Libia non pare rispettare rigorosamente i diritti umani, né ha fornito assicurazioni diplomatiche in tale senso.

Uno Stato - l'Italia in questo caso - non dovrebbe mai costringere degli individui a tornare verso un Paese dove potrebbero correre il rischio di essere sottoposti a pene, o trattamenti degradanti.

Si consideri inoltre che la maggior parte dei migranti intercettati e respinti proveniva dalla Somalia e dall'Eritrea, dove, data la situazione politica, nel primo caso di "vuoto di potere", nel secondo di regime molto repressivo, la probabilità di persecuzione o torture è molto alta. Il rischio dunque è duplice: da un lato che le autorità libiche torturino o maltrattino i migranti, dall'altro che i Paesi dove la Libia respinge i migranti torturino o maltrattino.

Un altro aspetto deve essere considerato: l'UNHCR ha dichiarato che la quota maggioritaria

<http://www.lavoce.info/>.

112 Cfr. M. AMBROSINI, cit.

113 Uno su tutti, il *Rapporto "schiacciati e scacciati"*, cit.

114 43.000 deportati nel 2003; 54.000 nel 2004; 48.000 nel 2005, e 54.000 nel 2006. Queste statistiche sono citate come dati "ufficiali" in *"Escape from Tripoli: Reports on the Conditions of Migrants in Transit in Libya,"* documento pubblicato da *Fortress Europe*, reperibile al sito <http://www.statewatch.org/>.

115 *Rapporto "schiacciati e scacciati"*, cit., sezione "Abbandoni nel deserto".

dei richiedenti asilo proviene dai “barconi” ed alla medesima conclusione arriva indirettamente anche il Ministero dell’Interno. Esso riporta infatti il numero delle richieste di asilo ricevute nel 2008, che è stato calcolato in 30492, e poi quello del 2009, anno in cui la riduzione degli sbarchi è stata del 90 % rispetto all’anno precedente, calcolato in 17603¹¹⁶, esattamente la metà.

Con questo non si intende affermare che tutti i respinti fossero richiedenti asilo, anzi, è risultato che alcuni di essi non fossero neppure a conoscenza del loro diritto di chiederlo¹¹⁷. Però, in caso di richiesta di asilo, rigoroso sarebbe stato quantomeno accoglierla e poi verificarla, se del caso pervenendo ad un diniego motivato, non su una motovedetta, ma una volta sbarcati sulle coste italiane.

Da quanto emerso dalla cronaca giornalistica di quei giorni e da quanto si intuisce in base alle critiche provenienti da più organi internazionali, sembra che le autorità italiane a bordo delle motovedette italiane non abbiano identificato i migranti, né concesso loro di presentare una domanda al fine di ottenere protezione internazionale. Peraltro sembra che alcuni di loro fossero minori e donne in stato interessante e, come visto, nei confronti di queste categorie di soggetti, i più deboli, il T.U. impone un divieto di respingimento.

Le autorità italiane avrebbero dovuto accertare l’identità di ognuno dei migranti ed il rischio effettivo per ciascuno di loro di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani in conseguenza del respingimento. Questo in osservanza di quanto prescrivono, prima delle Convenzioni internazionali, la nostra Costituzione ed il nostro ordinamento.

116 Cfr. Ministero dell’Interno, Statistiche, Commissioni territoriali, reperibile al sito <http://www.interno.it/>.

117 Cfr. *Rapporto “schiacciati e scacciati”*, cit.