

UN NUOVO “APPRODO”: LA RICERCA DI UN PORTO
SICURO FRA FONTI SOVRANAZIONALI,
INTERNAZIONALI E INTERNE

INDICE

<i>INTRODUZIONE</i>	3
<i>CAPITOLO I</i>	5
<i>FONTI NORMATIVE</i>	5
Sezione I – Fonti internazionali	5
1. La Convenzione Europea dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali.....	5
2. La Convenzione relativa allo <i>status</i> dei rifugiati (c.d. di Ginevra).....	10
3. La Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (c.d. SOLAS).....	17
4. La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. SAR).....	18
5. La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. UNCLOS).....	21
6. Le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare	27
7. Il Patto globale per le migrazioni	28
Sezione II – Fonti sovranazionali	38
8. Il Sistema Dublino	38
9. La Direttiva 2011/95.....	39
10. La Direttiva 2013/32.....	44
11. L’accordo tra Unione Europea e Turchia: la “goccia” che ha scatenato la tempesta perfetta	50
12. La Dichiarazione di Malta	58
13. Il Nuovo Patto sulla migrazione e asilo.....	64
14. Le conclusioni del Consiglio Europeo del 9/02/2023: un passo indietro?	75
Sezione III – Fonti interne	83
15. Il Decreto-legge 113/2018 (c.d. decreto sicurezza)	83
16. Gli accordi con la Libia.....	86
17. Il Decreto interministeriale 150/2020 (c.d. porti chiusi).....	89
18. Il Decreto-legge 1/2023 (c.d. ONG): un impedimento ai salvataggi in mare	91
<i>CAPITOLO II</i>	98
<i>IL PLACE OF SAFETY, UNA MODERNA ENEIDE</i>	98
1. <i>Place of Safety</i> : l’origine della nozione e definizione	98
2. Le modalità di designazione del <i>Place of Safety</i>	101
3. L’illegalità dei respingimenti verso la Libia: il caso <i>Hirsi Jamaa e altri c. Italia</i>	106
4. I respingimenti dei migranti alle frontiere terrestri: il caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i>	114
5. La pandemia e il <i>place of safety</i> : una chiusura forzata, ma evitabile?	123
6. La tragedia di Cutro e la dichiarazione dello <i>status</i> di emergenza (<i>No more mutants</i>).....	129
<i>CAPITOLO III</i>	132
<i>GLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI DEL COMANDANTE DELLA NAVE: IL DOVERE DI SEGUIRE LA STELLA MARIS</i>	132
1. L’individuazione di un porto sicuro e gli obblighi del comandante previsti da fonti internazionali, consuetudinarie e pattizie.....	132

2. Le operazioni di salvataggio nel Mediterraneo centrale e il ruolo delle ONG	146
3. Il caso <i>Tampa</i> : l'origine delle modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS	152
4. Il caso <i>Cap Anamur</i> e il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina	156
5. Il caso <i>Rackete</i> : quando un dovere diventa una caccia alle streghe	164
<i>CAPITOLO IV</i>	172
1. Considerazioni finali sul sistema Dublino: cosa non ha funzionato?	172
2. La nozione di “Paese d’origine sicuro”: un’Odissea “forzata”	177
3. Una proposta per il futuro: l’abbandono o l’attenuazione dell’utilizzo degli strumenti di <i>soft law</i> per l’adozione di strumenti vincolanti	183
<i>CONCLUSIONE</i>	190
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	194
GIURISPRUDENZA	194
MONOGRAFIE	194
RIVISTE	197
SOCIETÀ CIVILE.....	199
TESTI LEGISLATIVI.....	199

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni si è registrata in materia di immigrazione un'attenzione in senso negativo da parte di alcuni governi, tale da portare a una retorica concentrata sull'invasione da parte del migrante e sulla chiusura dei porti.

Tuttavia, l'essere umano è sempre stato spinto a migrare, soprattutto per sfuggire a guerre, carestie, persecuzioni e trattamenti inumani o degradanti.

Da qui, si può percepire l'esigenza (e la curiosità) circa questo spostamento, non solo indagando sulle suddette cause, ma anche ponendoci le domande: "Qual è la loro destinazione finale? Riusciranno a sottrarsi a quelle situazioni? Perché ci sono così tanti morti?".

Da questi interrogativi, è nata questa ricerca, volta a comprendere la nozione di *place of safety*, la quale potrebbe apparire antica ma in realtà è a malapena maggiorenne, e al dovere del capitano della nave, il quale è sempre di più coinvolto e protagonista di questi eventi.

La scelta di questi argomenti proviene da un interesse personale e una curiosità nei riguardi delle politiche di cui sopra: parlare di migranti abusivi o di sottrazione del lavoro ha ormai creato (e alimentato) un clima di diffidenza nei confronti di questi soggetti, tale per cui spesso non ci si accorge (o si pretende) che nel corso di un naufragio non siano morti degli esseri umani.

Da qui, si è scelto di effettuare un'indagine sulle fonti normative rilevanti in materia di asilo e immigrazione, partendo da quelle internazionali (Capitolo I, sezione I), sovranazionali (sezione II) e nazionali (sezione III), in modo tale da comprendere appieno il quadro normativo di riferimento.

In seguito (Capitolo II), ci si è concentrati sul tema cardine di questa ricerca, vale a dire il *place of safety*, mediante un'analisi fondata non solo sulla definizione e sulla modalità di designazione di tale luogo, ma anche sulla giurisprudenza rilevante in materia. La scelta di accostare questo posto all'Eneide è stata dettata dall'esigenza di umanizzare e, in un certo senso, "divinizzare" il migrante, focalizzandosi sul tema in comune con il poema epico: la ricerca di una nuova patria.

Una volta svolta questa analisi, bisogna poi trattare di un altro soggetto rilevante in questo contesto: il capitano della nave (Capitolo III), il quale è divenuto, nel corso del tempo e delle Convenzioni, sempre di più centrale nell'ambito dei salvataggi in mare.

Infine, nel Capitolo IV, verranno poste delle riflessioni in merito a tre punti “dolenti” che sono emersi in questa indagine: innanzitutto, il fallimento del sistema Dublino, come anche la sua mancata sostituzione; in secondo luogo, la nozione di “Paese d’origine sicuro”, la quale viene accostata a un altro poema epico, non per l’identità di vicende, ma per indicare come, attraverso quest’idea, si costringe il richiedente protezione internazionale a tornare nel suo luogo d’origine, dal quale sarà fuggito per una delle ragioni sopraindicate. Il terzo punto conclusivo riguarda l’utilizzo (e l’abuso) degli strumenti di *soft law* nel diritto internazionale e sovranazionale.

CAPITOLO I

FONTI NORMATIVE

SOMMARIO: *Sezione I* – 1. La Convenzione Europea dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali – 2. La Convenzione relativa allo status dei rifugiati (c.d. di Ginevra) – 3. Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (c.d. SOLAS) – 4. Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. SAR) – 5. La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. UNCLOS) – 6. Le linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare – 7. Il Patto globale per le migrazioni. *Sezione II* – 8. Il Sistema Dublino – 9. La Direttiva 2011/95 – 10. La Direttiva 2013/32 – 11. L'accordo tra Unione europea e Turchia: la “goccia” che ha scatenato la tempesta perfetta – 12. La Dichiarazione di Malta – 13. Il Nuovo Patto sulla migrazione e sull'asilo – 14. Le conclusioni del Consiglio europeo del 9/02/2023: un passo indietro? – *Sezione III* – 15. Il Decreto-Legge 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) – 16. Gli accordi con la Libia – 17. Il decreto interministeriale 150/2020 (c.d. porti chiusi) – 18. Il Decreto-legge 1/2023 (c.d. ONG): un impedimento ai salvataggi in mare.

Sezione I – Fonti internazionali

1. La Convenzione Europea dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali

La Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950, non prevede norme relative all'asilo; si è limitata a fissare in due Protocolli alcuni limiti in senso generale al potere degli Stati di espellere gli stranieri. Seppur in sede di assemblea parlamentare era stata avanzata una proposta al fine di includere una disposizione sul diritto di asilo, questo, adottato nel 1963, non reca al suo interno alcuna norma di questo genere.

Nonostante questa evidente assenza, la Corte EDU è riuscita a ricavare delle norme al riguardo dalla Convenzione, in particolare dal suo articolo 3, realizzando una forma di tutela nei confronti di quegli individui che rischiano di subire, se allontanati verso un determinato Stato (non necessariamente quello d'origine), gravi violazioni dei diritti umani. Non si tratta di conferire a questi individui un diritto di asilo, ma di impedire il loro allontanamento, ‘congelando’ la loro presenza all'interno dello Stato interessato, fino al momento del suo allontanamento verso uno Stato in cui non dovrà subire alcun tipo di trattamento inumano o degradante. Si tratta, in questo senso, di un meccanismo simile a quello previsto all'interno della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei

rifugiati¹; tuttavia, l'articolo 3 della Convenzione in esame non è formulato nei medesimi termini, stabilendo soltanto che: “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”. Solo attraverso uno sforzo interpretativo da parte della Corte europea dei diritti umani si è giunti a un risultato simile a quello determinato dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra.

Lo strumento determinante in questo frangente è stata la c.d. protezione *par ricochet*² la quale ha avuto origine nel caso *Soering* del 1989, dove la Corte ha ritenuto che l'extradizione di un cittadino tedesco da parte del Regno Unito verso gli Stati Uniti fosse contraria alla Convenzione europea dei diritti umani, in quanto costui era indiziato di un reato per il quale nello Stato di riferimento (Virginia) è prevista la pena di morte, realizzando in questo senso una condotta contraria all'articolo 3 della Convenzione europea. La Corte, rispetto all'orientamento precedente predisposto dalla Commissione³, ha fatto leva su argomenti simili a quelli proposti precedentemente, ma con una sola (significativa) variante: in questo senso, si è appoggiata sulla primaria importanza del divieto di tortura per giustificare l'estensione della protezione prevista dall'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti umani, in modo tale da far sì che questa disposizione copra quella che viene definita dalla Corte una violazione “potenziale”⁴.

Nella successiva giurisprudenza la Corte ha avuto plurime occasioni di precisare la natura della protezione *par ricochet* in relazione all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani, tra le quali rileva la precisione relativa alla natura stessa della protezione indiretta: secondo gli Stati convenuti di volta in volta questa non troverebbe alcun fondamento all'interno della Convenzione in esame dato che la sua violazione, che avviene al di fuori della *jurisdiction* degli stessi, non gli potrebbe essere attribuita; si fa riferimento, in questo senso a una doppia extraterritorialità: una eventuale (che consiste nell'allontanamento del soggetto entro la *jurisdiction* dello Stato interessato) e una strutturale (secondo la quale si verifica la violazione dell'articolo 3 per effetto della misura di allontanamento nel territorio dello Stato terzo).

Nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* la Corte è stata chiamata a valutare la condotta delle autorità italiane in relazione a dei respingimenti operati verso la Libia in base ad

¹ Cfr. par. 2.

² Fr. indiretta.

³ Questo orientamento si basava su una lettura innovativa dell'articolo 1 richiedendo che, a fronte di un collegamento “indiretto” con una delle norme espresse all'interno della Convenzione in esame, il rischio di esporre un individuo alla violazione dev'essere particolarmente elevato.

⁴ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito* par. 90.

accordi operativi tra quest'ultimo Stato e l'Italia. In questo caso la Corte non si è curata del fatto che fosse stato riconosciuto ad alcuni ricorrenti lo *status* di rifugiato, ma ha proceduto all'analisi del merito in base alle: “*foreseeable consequences of the removal of an applicant to the receiving country in the light of the general situation there as well as his or her personal circumstances*”⁵.

In altre sentenze la Corte ha aggiunto che l'irrelevanza degli eventi sopravvenuti in esecuzione del provvedimento di allontanamento non sia assoluta, come nella sentenza *Cruz Varas*⁶, riguardante un cittadino cileno espulso dalla Svezia verso il proprio paese d'origine, nel quale fu effettivamente sottoposto a tortura.

All'interno della sentenza in questione la Corte individua l'oggetto del sindacato della stessa, costituito dal modo in cui lo Stato formula il proprio giudizio prognostico sul rischio che il ricorrente corre nel paese di destinazione⁷; si può affermare che l'implicazione che discende dall'articolo 3 CEDU e dalla protezione *par ricochet* è l'obbligo positivo dello Stato parte di applicare una procedura che, da un lato, raccoglie tutte le informazioni utili per giungere a una conclusione in merito al rischio e, dall'altro, le utilizza in modo ragionevole al fine di prendere una decisione al riguardo.

In questo senso, la Corte, quando ha indicato le condizioni in base alle quali funziona il meccanismo indiretto, ha fissato una formula astratta che ha portato alla formazione di un obbligo di mezzo, in quanto gli Stati non devono garantire che, tutte le volte in cui il rischio sussista, questo debba essere rilevato.

All'interno della Convenzione in esame, giova nominare il divieto inderogabile di espulsione collettiva degli stranieri esplicito all'interno dell'articolo 4 del Protocollo n. IV, una disposizione comune a molti trattati di natura regionale⁸. Nonostante questo ampio riconoscimento nel diritto pattizio, appare opportuno domandarsi se si sia formata una norma consuetudinaria che vieta agli Stati di procedere ad espulsioni collettive; secondo la dottrina, si potrebbe arrivare a una simile conclusione che porterebbe alla formazione di una regola riguardante persone già residenti sul territorio di uno Stato che si vedono costrette ad abbandonarlo sulla base di un provvedimento generale, di

⁵ Corte europea dei diritti umani, sent. 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 97. Cfr. Capitolo II, par. 3.

⁶ Corte europea dei diritti umani, sentenza 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, par. 76.

⁷ *Ibidem*, par. 81.

⁸ Il divieto in questione si ritrova anche all'interno dell'articolo 22, paragrafo 9 della Convenzione interamericana sui diritti umani e nell'articolo 12, paragrafo 5 della Carta africana sui diritti umani e dei popoli.

molteplici provvedimenti di natura sostanzialmente identica ovvero di una serie di condotte statali.

Ciò che distingue un'espulsione collettiva da una serie di allontanamenti individuali realizzati congiuntamente è la circostanza per cui più persone vengano espulse nel medesimo arco temporale senza che sia stato condotto un esame ragionevole della situazione particolare di ciascuna di esse. In particolare, ciascun individuo coinvolto dev'essere messo nella condizione di essere in grado di avanzare argomenti contro il proprio allontanamento, i quali potrebbero basarsi tanto sul diritto internazionale, quanto su disposizioni dell'ordinamento giuridico statale⁹. Di conseguenza, si tratta di una garanzia procedurale, finalizzata a far sì che gli Stati non si sbarazzino sommariamente della presenza sul territorio di molteplici individui stranieri, senza aver avviato per ciascuno di essi un procedimento amministrativo, che inizia con l'identificazione, poi provvede a fornire loro la possibilità di avanzare motivi a sfavore del proprio allontanamento e si conclude con l'adozione di un provvedimento individuale. Accanto a questa, possono insediarsi altre garanzie procedurali più sofisticate, previste espressamente da disposizioni internazionali di settore¹⁰ o ricavate, nel tempo, in via interpretativa da regole di ampia portata (come il principio di *non-refoulement*¹¹).

Si può discutere se per realizzare questa condotta occorra dimostrare un intento discriminatorio da parte delle autorità, ovvero se sia sufficiente la dimostrazione per la quale lo Stato ha sommariamente allontanato un gruppo di persone senza procedere all'esame individuale della loro situazione; nel sistema della Convenzione in esame, a causa della formulazione dell'articolo 4 del Protocollo IV, la Corte europea dei diritti umani è orientata nel senso di non richiedere la prova di un qualsiasi motivo discriminatorio: è sufficiente, in questo senso, constatare la violazione dell'articolo 14 CEDU insieme all'inosservanza del suddetto articolo 4; di conseguenza, il gruppo espulso non deve necessariamente essere composto da persone della medesima nazionalità¹², né deve essere provato un intento discriminatorio.

⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*.

¹⁰ Come la Convenzione di Ginevra, cfr. p. 2.

¹¹ Per un esame approfondito di tale principio, v. p. 2.

¹² Diversamente da quanto stabilito nell'articolo 12 della Carta africana sui diritti umani, la quale dispone che: "*Mass expulsion shall be that which is aimed at national, ethnic or religious groups*".

Da questo punto di vista, è rilevante la questione se il divieto in esame possa riguardare anche i respingimenti alla frontiera e le attività di interdizione in alto mare. Dalla norma consuetudinaria non si ricavano indicazioni utili in questo senso.

Tuttavia, nell'ambito CEDU si deve tener conto dell'indirizzo interpretativo ricavato dalla sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012 (confermato successivamente in altre pronunce¹³), dove i giudici leggono la nozione di 'espulsione' di cui all'articolo 4 del Protocollo IV applicabile a una situazione di respingimento collettivo *ovunque* esso sia realizzando, optando così per un'interpretazione evolutiva del termine, giustificata dall'esigenza di evitare che gli Stati potessero evitare le garanzie previste dal suddetto articolo 4.

Di conseguenza, quando uno Stato europeo, vincolato all'articolo 4 del Protocollo IV eserciti la propria giurisdizione su soggetti intenzionati a raggiungere il proprio territorio ovvero presenti alla frontiera (o in prossimità della stessa), ha l'obbligo di rispettare il divieto di espulsione collettiva nella lettura evolutiva offerta dalla Corte europea dei diritti umani.

La proiezione al di fuori della frontiera o fuori dai confini del potere statale, intesa come *jurisdiction* ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione in esame, reca con sé l'obbligo di rispettare le garanzie poste a presidio dei diritti umani, senza che gli Stati possano configurarsi delle "no law zones" o auto-esentarsi dall'osservanza della Convenzione.

Si può notare, in base a questo percorso evolutivo, come la tutela offerta dalla disposizione europea sulle espulsioni collettive sia più *ampia* rispetto a quella prevista dalla norma consuetudinaria e di analoghe disposizioni pattizie previste in ulteriori contesti regionali.

Sempre nell'ambito della lettura evolutiva del divieto di allontanamento, la Corte europea dei diritti umani prescinde completamente dalla circostanza che lo Stato in cui sono ricondotti gli individui sia o no un Paese sicuro in quanto *ogni* espulsione dal territorio (così come ogni espulsione alla frontiera) deve rispettare lo standard procedurale minimo ricavabile dall'articolo 4 del Protocollo IV.

Deve essere evidenziato come l'articolo 4 del Protocollo IV non reca delle specifiche deroghe all'obbligo prescritto all'interno; tuttavia, in situazioni di emergenza nazionale lo Stato potrebbe sospendere, in tutto o in parte, questa garanzia nel caso in cui le condizioni prescritte dall'articolo 15 della Convenzione europea dei diritti umani (e della

¹³ Tra cui Corte europea dei diritti umani, sentenza 13 febbraio 2020, ricorsi numero 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna v. Capitolo II*, p. 4.

giurisprudenza pertinente) siano soddisfatte. Finora non risulta alcun caso in cui i fenomeni di immigrazione irregolare, anche significativi dal punto di vista numerico, siano stati adottati dagli Stati contraenti per invocare la sospensione di una o più disposizioni della Convenzione in esame o dei suoi Protocolli addizionali.

Tuttavia, nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, relativa alla frontiera ispano-marocchina di Melilla e alla politica di respingimenti immediati e sommari operati dalle autorità spagnole, è stata configurata dalla Corte europea dei diritti umani una circoscritta possibilità per gli Stati di derogare la garanzia procedurale descritta dall'articolo 4 del Protocollo IV, la quale prevede il soddisfacimento cumulativo di due elementi: in primo luogo, deve sussistere una chiara e imminente minaccia alla sicurezza pubblica, dovuta al comportamento degli individui stranieri (ad esempio, un gruppo significativo che tenta simultaneamente un attraversamento irregolare delle frontiere attraverso comportamenti violenti); come secondo elemento, è richiesta l'esistenza di canali legali di ingresso idonei, come posti di frontiera effettivamente accessibili, di cui i migranti non hanno usufruito per una propria libera scelta (e non perché impossibilitati da condotte o politiche imputabili allo Stato). In questo limitato scenario, lo Stato territoriale potrebbe realizzare respingimenti sommari laddove sia indispensabile per salvaguardare la sicurezza della propria comunità; si tratterebbe di una posizione altamente criticata tanto dalla dottrina, quanto dai difensori dei diritti umani.

2. La Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati (c.d. di Ginevra)

In materia di stranieri, un primo *corpus* normativo di riferimento è costituito dalla Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati firmata a Ginevra nel 1951. Questa si applica a ogni individuo, definito appunto 'rifugiato', che si trova al di fuori del proprio Paese e non possa farvi ritorno in quanto teme di essere sottoposto a una persecuzione individuale determinata da motivi di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale¹⁴.

Si tratta di una materia che viene suddivisa lungo tre assi principali: la definizione di rifugiato (articolo 1), il trattamento del rifugiato (artt. 2-30 e articolo 34); l'ammissione e l'allontanamento del richiedente asilo e del rifugiato (artt. 31-33).

Per quanto riguarda il primo asse, la nozione di rifugiato comportava diversi tipi di limitazione, venute meno con l'adozione del Protocollo di New York del 1967: in primo

¹⁴ Questa definizione permette di distinguere tra la nozione di "rifugiato" da quella di "asilo", il quale indica la protezione che l'autorità accorda all'individuo all'interno di uno spazio territoriale in cui suddetta autorità gode di poteri esclusivi.

luogo si presentava, almeno originariamente, una limitazione *temporale*, in quanto la definizione risultava applicabile solo alle persone che si trovassero nella situazione indicata “a seguito degli eventi accaduti prima del 1° gennaio 1951”.

In secondo luogo, la Convenzione prevedeva anche una limitazione *geografica* poiché gli Stati contraenti potevano scegliere se limitare la sfera di applicazione della definizione di rifugiato solo agli eventi che si sono verificati in Europa ovvero farvi rientrare avvenimenti avvenuti altrove.

Nell’ambito della prassi applicativa, permangono delle divergenze interpretative tra gli Stati parti della Convenzione, nonostante la pubblicazione da parte dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati di un Manuale sulle procedure e i criteri per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁵.

Un primo elemento essenziale nella determinazione dello *status* di rifugiato consiste nel fatto che il soggetto debba nutrire un “*well-founded fear of being persecuted*” nel territorio dello Stato di cittadinanza oppure, se apolide, nello Stato di residenza abituale. Si tratta di una condizione non facile da accertare sulla base della sola Convenzione, mentre la direttiva 2011/95¹⁶ introduce alcuni elementi di chiarificazione.

In base alle tesi prevalenti, il fondato timore implica la sussistenza, in capo all’interessato, di un timore genuino di essere perseguitato (*elemento soggettivo*) il quale deve risultare “ben fondato” (*elemento oggettivo*).

Di conseguenza le autorità dovranno valutare, attraverso un giudizio prognostico improntato a vigilanza e prudenza, se le condizioni del Paese d’origine (o di residenza in caso di cittadino apolide) del richiedente siano tali da giustificare oggettivamente il suo timore di essere perseguitato, nel caso in cui vi facesse ritorno. Può, inoltre, esistere un fondato timore da parte del richiedente di subire persecuzioni in futuro.

Infine, il fondato timore di persecuzione può derivare da eventi che si sono verificati *dopo* che il richiedente sia partito dal suo Paese d’origine (c.d. rifugiato *sur place*).

Bisogna dunque chiarire che cosa si intenda per “persecuzione”; purtroppo, sia la Convenzione di Ginevra, sia il Manuale dell’UNHCR non danno una definizione universale del termine sopraindicato. Al massimo, si potrebbe citare l’articolo 33 della Convenzione, nel quale è presente il divieto di espellere o respingere un rifugiato verso

¹⁵ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/Eng/REV.4, Febbraio 2019.

¹⁶ V. Sezione II, p. 10.

territori in cui la sua vita o la sua libertà possono essere minacciati; in questo contesto, la persecuzione consisterebbe anche in atti lesivi di altri diritti umani.

Nell'ambito di ciò, si è posta da tempo la domanda se gli atti di persecuzione possano essere commessi *esclusivamente* dagli organi dello Stato di provenienza ovvero se (e a quali condizioni) possano rilevare quelli compiuti da agenti non statali; in questo contesto, si è affermata l'interpretazione secondo la quale anche la condotta di agenti privati possa dar luogo a persecuzione nei casi in cui uno Stato non è in grado di fornire un'adeguata protezione (come nel caso in cui una porzione di territorio sia sotto il controllo di organizzazioni criminali) oppure quando lo Stato non vuole farlo (ad esempio, nell'ipotesi in cui il comportamento in questione venga tollerato dalle autorità)¹⁷.

Una volta definito il concetto di persecuzione, appare opportuno concentrarsi sui motivi della stessa. Affinché una persona possa definirsi come “rifugiato” occorre che il soggetto tema di essere perseguitato in ragione dei cinque motivi menzionati nella norma: razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale e opinione politica; di conseguenza, deve sussistere un nesso di causalità tra uno di questi motivi e la persecuzione temuta, anche se emergono diversi atteggiamenti. In base alla tesi prevalente, non occorre stabilire che uno dei motivi suddetti rappresenti l'unico fattore determinante dell'atto persecutorio, ma è sufficiente che questo contribuisca in *maniera significativa* alla persecuzione. A differenza della Convenzione, l'articolo 10 della direttiva 2011/95 fornisce una definizione di ciascuno dei cinque motivi¹⁸.

Un'altra condizione dello *status* di rifugiato consiste nel trovarsi al di fuori dei confini dello Stato di cui si ha la cittadinanza (o dimora abituale in caso di apolidia) e nella condizione di non potersi avvalere ovvero, a causa del fondato timore, di non volersi avvalere della protezione di tale Paese.

Un ulteriore elemento di riconoscimento dei rifugiati consiste nella mancanza di protezione (o perché non vi possono accedere, o perché non vi vogliono accedere) da parte dello Stato d'origine o di residenza. Molti indicano questa mancanza come condizione autonoma al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Oltre alle condizioni di assegnazione dello *status* di rifugiato, all'interno della Convenzione di Ginevra vengono indicate una serie di situazioni in cui questo smette di

¹⁷ Questa interpretazione viene accolta dall'articolo 6 della direttiva qualifiche.

¹⁸ V. Sezione II, p. 10.

sussistere (c.d. *cessation clauses*), che sono riconducibili sostanzialmente al fatto che la persona non necessita più di protezione internazionale¹⁹.

Esistono poi delle cause di esclusione dallo *status* di rifugiato, come nel caso in cui degli individui ricevano già protezione da organi o agenzie delle Nazioni Unite diversi dall'Alto Commissariato o dallo Stato in cui abbiano stabilito la residenza, ovvero nell'ipotesi di persone non meritevoli di ricevere suddetto *status* in quanto sussistono serie ragioni per credere che abbiano commesso crimini internazionali, un grave reato comune fuori dallo Stato di rifugio oppure atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite.

Bisogna poi tenere conto di un corollario del principio di sovranità, in base al quale ogni Stato è dotato della libertà di scelta relativamente all'ammissione di stranieri sul proprio territorio (come anche alla loro permanenza); ciò comporta che l'individuo può essere respinto alla frontiera ovvero espulso qualora la sua presenza non sia gradita allo Stato territoriale.

Innanzitutto, si può pensare all'esistenza o meno di vincoli per gli Stati in ordine alle ragioni per cui questi procedono all'allontanamento di un soggetto come, ad esempio, il mancato possesso di un titolo di ingresso e soggiorno ai sensi della legislazione nazionale applicabile; questo, secondo il diritto internazionale, è un motivo legittimo. Ci si può chiedere, invece, se lo Stato abbia la facoltà di rifiutare l'ingresso o il soggiorno iniziale, anche nei casi in cui il rifugiato abbia seguito correttamente le procedure di ingresso e soggiorno della normativa statale.

Un'ulteriore prospettiva riguarda il caso in cui lo Stato possa adottare un provvedimento negativo collegato a valutazioni di interesse pubblico. Da questo punto di vista, mancano delle indicazioni di carattere generale; tuttavia, dal punto di vista comparativo, si nota come gli Stati fondino la loro scelta di allontanamento su motivi inerenti all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale o al contesto socioeconomico; di conseguenza, non sembra fattibile rilevare una direzione univoca che porti alla formazione di una regola consuetudinaria²⁰.

¹⁹ O perché si è avvalsa della protezione di un altro Stato, ovvero perché in tale Stato sono venute meno le circostanze che avevano giustificato il riconoscimento dello *status*, ovvero ha acquistato una nuova cittadinanza, usufruendo di conseguenza della relativa protezione. Queste cause vengono riprese e precisate dall'articolo 11 della direttiva qualifiche.

²⁰ Tuttavia, a rigor di completezza, si può evidenziare come alcuni trattati contengano dei riferimenti ai motivi che possono essere addotti dallo Stato per allontanare i soggetti che risiedono regolarmente; nella Convenzione in esame, l'articolo 32 prevede i motivi di sicurezza nazionale ed ordine pubblico.

Il limite al potere di allontanamento degli stranieri da parte dello Stato è riconducibile alla normativa internazionale sui diritti umani: si fa riferimento al principio (o garanzia) di *non-refoulement*²¹. Questa regola si è consolidata attraverso la normativa internazionale sui diritti umani e comporta, approssimativamente, il divieto agli Stati di condurre un individuo in un territorio in cui verrebbe esposto a gravi rischi per la persona oppure di tenere delle condotte che obblighino, di fatto, il soggetto a tornare verso il suddetto territorio. Il principio in questione trova il suo fondamento all'interno della Convenzione di Ginevra, come principale strumento giuridico di tutela per i rifugiati, all'articolo 33; il paragrafo 1 di questo articolo prevede un chiaro nesso con la definizione di rifugiato contenuta nell'articolo 1 dove viene stabilito che nessuno Stato contraente può espellere o ricondurre (fr. *refouler*) un rifugiato verso un territorio in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per uno dei cinque motivi sopraindicati. Di conseguenza, è lecito presupporre l'esistenza in capo allo Stato di un obbligo, funzionale alla prevenzione di esporre l'individuo a persecuzione, di permettere temporaneamente la permanenza del rifugiato sul territorio. Resta tuttavia la possibilità allo Stato di inviare l'ospite, anche contro la sua volontà, verso un Paese sicuro disposto ad accoglierlo.

Inoltre, una successiva espulsione (ai sensi dell'articolo 32) del rifugiato accolto sul territorio con conseguente rilascio del permesso di soggiorno, deve tener conto del possibile scenario di esposizione a gravi rischi nel Paese di destinazione ai sensi dell'articolo 33 sopraindicato. L'interpretazione dominante, confermata dalla prassi internazionale²², include i richiedenti asilo (oltre che i rifugiati) nei beneficiari dell'articolo 33.

Per quanto riguarda la sfera territoriale di applicazione dell'articolo in esame, esso si applica sia al soggetto che ha fatto ingresso nel territorio nazionale, sia nel caso di ammissione e controlli alla frontiera. Quest'ultimo elemento si può ricavare sulla base di un'interpretazione teleologica dell'articolo 33, cosicché un rifiuto di ammissione, non accompagnato dalla valutazione del rischio in cui incorre il soggetto respinto, potrebbe realizzare una violazione del principio di *non-refoulement*²³.

Una problematica evidente in materia di *non-refoulement* risulta essere quella di un afflusso massiccio di richiedenti asilo alle frontiere: ci si può chiedere, di conseguenza,

²¹ Il principio non presenta un'immediata traduzione in italiano; talvolta viene tradotto come "non respingimento", ma non è la trasposizione esatta.

²² Cfr. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEM, *The Scope and Content of the Principle of non-refoulement*, 2003, pp. 116-118.

²³ *Ibidem*, pp. 113-115.

se gli oneri di prima accoglienza e di esame dei bisogni di protezione per lo Stato possano determinare una diminuzione degli obblighi ex art. 33. Secondo l'UNHCR e parte della dottrina, bisogna considerare che le preoccupazioni per uno Stato possano trovare adeguata considerazione nel contesto dell'ospitalità concreta e nel trattamento accordato ai rifugiati²⁴, più che nella sospensione o attenuazione della portata del principio in questione.

La portata protettiva del principio di *non-refoulement* si è estesa oltre la Convenzione di Ginevra, dato che viene considerato una garanzia funzionale al rispetto dei diritti umani inderogabili di ciascun individuo; si è trattato di un percorso riconducibile a tre tendenze; la prima riguarda l'enunciazione di una specifica regola di *non-refoulement* in alcuni strumenti giuridici sui diritti umani. In questo senso, possono essere menzionate delle disposizioni contenute in accordi universali tematici e in strumenti regionali di natura tematica o generalista, come l'articolo 3, paragrafo 1 della Convenzione ONU sulla tortura del 1984 o l'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

La seconda linea di tendenza invece si sofferma sull'interpretazione evolutiva, data da organi internazionali a norme sui diritti umani formulate in termini generali. Questa tendenza ha preso le mosse dell'obbligo degli Stati di non sottoporre alcun essere umano a torture o trattamenti inumani o degradanti; tanto gli organi della Convenzione europea sui diritti umani, quanto la Commissione per i diritti umani hanno dedotto dalle disposizioni contenenti tali divieti, il divieto per gli Stati di allontanare un individuo verso uno Stato in cui verrebbe esposto a simili trattamenti. Si tratta di un'interpretazione che è stata adottata in riferimento a varie tipologie di allontanamento (come, ad esempio, l'extradizione) ed è stata giustificata sulla base della natura inderogabile del divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti²⁵. Un altro dato rilevante in materia di

²⁴ UNHCR Executive Committee, *Conclusion No. 22, Protection of Asylum-Seekers in Situation of Large-Scale Influx*, 1981; cfr. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEM, *The Scope and Content of the Principle of non-refoulement*, 2003, pp. 119-121, G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The refugee in International Law*, 2007, pp. 242-243, 338-339.

²⁵ Il divieto di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti viene affermato, in termini inderogabili, all'interno del Patto sui diritti civili e politici (all'articolo 7) e, a livello regionale, all'interno della Convenzione europea dei diritti umani (articolo 3); Questo divieto assume una particolare rilevanza in materia di immigrazione; infatti, in alcuni casi, la Corte europea dei diritti umani ha riscontrato la violazione dell'articolo 3 CEDU in relazione alle condizioni di trattenimento e detenzione di migranti o richiedenti protezione internazionale, soprattutto in relazione a ipotesi di sovraffollamento dei luoghi o centri di detenzione o trattenimento, delle condizioni sanitarie insoddisfacenti oppure della mancanza di accesso a cibo e acqua V. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, dove la Corte ha sottolineato come si possa avere una violazione dell'articolo 3 anche in mancanza dell'intenzione, da parte dello Stato interessato, di infliggere tortura o un trattamento inumano

interpretazione evolutiva risulta dall'aggancio del principio di *non-refoulement* a basi giuridiche ulteriori rispetto alla Convenzione di Ginevra.

La terza e ultima linea di tendenza riguarda l'elaborazione, da parte degli Stati (eventualmente coordinati da organizzazioni regionali), di *status* giuridici protetti incentrati sul principio di *non-refoulement* e destinati a soggetti non riconducibili alla nozione di rifugiato sulla base della Convenzione di Ginevra.

Il divieto di *refoulement* opera, secondo le osservazioni di vari organi di controllo degli strumenti internazionali, anche con riguardo al c.d. *refoulement* indiretto o a catena²⁶.

Per quanto riguarda l'ambito spaziale dell'applicazione di queste norme pattizie, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che ciò avvenga in ogni caso di esercizio di un potere di imperio, *de iure* o *de facto*, sugli individui. Quindi, la garanzia di *non-refoulement* trova applicazione tanto nei casi di allontanamento di una persona già presente sul territorio, quanto nelle ipotesi di arrivo alla frontiera e nei contesti dell'alto mare, ogniqualevolta lo Stato in questione eserciti atti di coercizione sulle imbarcazioni di migranti o svolga attività di soccorso che comportano l'assunzione del controllo delle stesse ovvero la presa a bordo degli individui; una conferma in questo senso è arrivata dalla Corte europea dei diritti umani con la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012²⁷ e, in materia di controllo delle frontiere, nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*²⁸.

Invece, per quanto riguarda l'attività di prevenzione degli arrivi che hanno luogo sul territorio altrui, sorgono dei dubbi; si può parlare, in questo senso, delle attività di vigilanza congiunta delle acque territoriali dello Stato di partenza ovvero dello svolgimento di attività di filtraggio e di controllo dei passeggeri da parte degli ufficiali di collegamento dislocati in aeroporti o consolati.

o degradante. V. poi Corte europea dei diritti umani, sentenza 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*, dove il trattenimento dei ricorrenti (tre cittadini tunisini) presso il centro di primo soccorso e accoglienza di Contrada Imbriacola (AG) ha dato luogo, secondo una sezione della Corte, a un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'articolo 3, a causa delle condizioni di sovraffollamento e igienico-sanitarie a cui i soggetti erano stati esposti. Successivamente la Grande Camera è giunta a una diversa conclusione, sostenendo che i comportamenti contestati non avessero integrato la *soglia minima* affinché si possa parlare di tali trattamenti. Questo ragionamento è stato aspramente criticato in dottrina, la quale ha ravvisato una negazione del carattere assoluto dell'articolo 3 CEDU (V. M. SACCUCCI, 2017), ma bisogna tenere presente che la Grande Camera non ha affermato in tale sede la derogabilità della norma in ragione della situazione di emergenza, bensì che non è stata raggiunta la suddetta soglia minima.

²⁶ L'ipotesi menzionata sussiste nel caso in cui lo Stato 'A' invii un soggetto verso uno Stato 'B' in cui sussiste il rischio non di persecuzione o di gravi violazioni dei diritti umani, ma di essere inviato verso lo Stato 'C' in cui si concretizzerà tale rischio.

²⁷ Cfr. Capitolo II, p. 3.

²⁸ Cfr. Capitolo II, p. 5.

Per quanto riguarda i beni giuridici protetti dal principio di *non-refoulement*, le principali organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani hanno sostenuto che l'applicazione di questo principio valorizzi il diritto a non subire torture o trattamenti disumani o degradanti; ma nulla impedisce l'applicazione a tutte le disposizioni riguardanti i diritti umani di particolare importanza, soprattutto quelli inderogabili; guardando al punto di vista della Convenzione in esame, l'articolo 33 individua come beni giuridici protetti la vita²⁹ e la libertà³⁰ del rifugiato o del richiedente asilo.

A chiusura del presente paragrafo, appare opportuno ricordare che il principio di *non-refoulement* non è assoluto, prevede delle deroghe al paragrafo 2 dell'articolo 33, secondo il quale la protezione dal *refoulement* non può essere fatta valere dal rifugiato se, per motivi seri, egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede ovvero costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di tale Stato. Ma l'incidenza di questa deroga è diminuita nel tempo, in quanto si sono affiancate alle disposizioni della Convenzione di Ginevra le previsioni pattizie che, espressamente o implicitamente, garantiscono protezione dal *refoulement*.

3. La Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (c.d. SOLAS)

La Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (più semplicemente nota come SOLAS) è stata firmata a Londra nel 1974. Questo testo, relativo a un'ottica pubblicistica, era incentrato inizialmente sulla tematica della sicurezza in mare nella sua accezione di *safety*³¹, ovvero la sicurezza della navigazione in senso stretto e salvaguardia della vita umana in mare, che pone al centro la nave e, in particolar modo, la sua costruzione, galleggiabilità, stabilità, propulsione e governo e preparazione degli equipaggi.

Su questo impianto originario si sono successivamente innestate, attraverso i primi emendamenti di inizio anni 2000, delle previsioni in materia di *security*. Questo termine riguarda sempre la sicurezza, però intesa come combinazione delle misure preventive atte

²⁹ Per quanto riguarda questo diritto, una discussione a parte dev'essere fatta in relazione all'ipotesi del trasferimento di un soggetto verso uno Stato che intenda sottoporlo all'esecuzione capitale o processarlo per fatti punibili con tale pena. Vi sono casi in cui l'imposizione della pena capitale per reati di una certa gravità e a seguito di un equo processo è ammessa in alcune disposizioni in materia di diritto alla vita; in altri strumenti pattizi, invece, tale sanzione è vietata.

³⁰ "Libertà" è un termine vago che si presta a molteplici letture: si va dal divieto di trattamenti inumani e degradanti fino a vari gruppi di diritti umani riconosciuti come essenziali.

³¹ Cfr. *Approfondimento sulla Sicurezza della navigazione*, nauticareport.it, 2016

a proteggere il trasporto marittimo e gli impianti portuali contro le minacce di azioni illecite internazionali.

Prima degli emendamenti del 2004, il Capitolo V (*Safety of navigation*) Regola 33 imponeva al comandante della nave, che si fosse trovato nella posizione di dover prestare soccorso a dei naufraghi in mare, di provvedere alle operazioni di salvataggio e di informare il servizio SAR. Nel caso in cui vi fosse stata invece un'impossibilità di poter prestare soccorso, gravava in ogni caso sul comandante l'obbligo di specificare le ragioni per cui avesse ritenuto non necessario prestare soccorso.

A seguito del caso *Tampa*³², vennero adottate dall'IMO (*International maritime organization*) le *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* nel 2004³³. Con questi emendamenti vengono introdotte delle regole più specifiche volte a garantire tanto l'efficienza dei servizi di *search and rescue*, quanto la riduzione degli inconvenienti per la nave che effettua il soccorso.

4. La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. SAR)

Prestare assistenza alle persone in pericolo di vita in mare costituisce da sempre³⁴ un obbligo prioritario. La disciplina in materia è contenuta nella Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo del 1979, in base ai principi mutuati dalla precedente Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (c.d. SOLAS) del 1974³⁵, prevedendo la responsabilizzazione di due attori marittimi: i comandanti delle navi, obbligati a prestare soccorso qualora vengano a conoscenza di una situazione di *distress*, e ogni Stato costiero, che, al fine di tutelare la sicurezza marittima e aerea, promuove la costituzione e il funzionamento di un servizio di *search and rescue*, collaborando con gli Stati adiacenti mediante la stipulazione di accordi regionali.

La sovranità dello Stato costiero sulle acque territoriali riguarda il sistema SAR; da questo punto di vista, i poteri di intervento nei confronti delle imbarcazioni non sicure costituiscono una prerogativa esclusiva. In questo senso, le navi straniere in transito nelle stesse acque territoriali potrebbero intervenire a loro volta a favore di migranti nel caso in cui si configuri una situazione in cui sia necessario prestare soccorso.

Tuttavia, questi doveri, benché siano di natura universale, presentano un carattere generico. Il presupposto fondamentale risiede nella circostanza secondo cui le persone da

³² Cfr. Capitolo III, par. 2.

³³ V. par. 6.

³⁴ V. P. BOISSON, *The History of Safety at Sea, Safety At Sea: Policies, Regulations and International Law*, Parigi, 1999.

³⁵ Cfr. par. 3.

salvare si trovino in una situazione di *distress*, definita dalla Convenzione in esame come “[a] *situation wherein there is a reasonable certainty that a vessel is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance*”³⁶. La ragionevole certezza rinvia alla prevedibilità del pericolo di perdersi a cui sono esposte l'imbarcazione e le persone trasportate. Un altro elemento importante consiste nella gravità e nell'immediatezza del *distress*, connaturato all'interno della nozione sin dall'*Eleanor Case* del 1809. Però va precisato che, relativamente al soccorso di migranti nel Mediterraneo, esistono diverse vedute tra gli Stati su cosa possa configurarsi come situazione di *distress*³⁷. Un altro punto di disaccordo consiste nello stabilire se l'intervento SAR sia obbligatorio anche in assenza di una *distress call*. Il Regolamento 2014/656, relativo alle attività di Frontex, ha tenuto conto di questa situazione nello stabilire, all'articolo 9, le varie situazioni di ricerca e soccorso.

Dare concretezza alle responsabilità SAR è la sfida che l'Organizzazione marittima internazionale ha lanciato agli Stati. La c.d. SOLAS aveva previsto che gli Stati parte attuassero meccanismi di comunicazione e coordinamento in situazione di pericolo in mare nelle loro “rispettive aree di responsabilità” e per il salvataggio di persone in pericolo “intorno alle loro coste” (Capitolo V, regola 7). È certo che tutti gli Stati provvisti di litorale marittimo siano tenuti a mantenere un servizio SAR: l'attuale prassi internazionale prevede l'impiego di navi pubbliche, senza però escludere l'uso di navi mercantili. In questo ambito si inseriscono le operazioni svolte dalle navi delle ONG impiegate nelle operazioni di SAR in forma “sussidiaria”³⁸. Da un lato, le navi umanitarie hanno assicurato il c.d. soccorso umanitario che i Paesi di bandiera devono imporre ai comandanti delle navi; dall'altro queste sono state spesso impiegate dai servizi SAR nazionali competenti per area.

Le zone extraterritoriali di acque internazionali entro cui lo Stato costiero fornisce servizi di ricerca e salvataggio sono le zone SAR³⁹, che consistono in aree di responsabilità funzionali al salvataggio di persone in pericolo intorno alle coste. La Convenzione in esame chiarisce che un servizio SAR, per essere efficiente, dev'essere gestito e sostenuto adeguatamente sulla base del principio che le parti dovrebbero organizzare i loro servizi

³⁶ Annesso, par. 1.3.11.

³⁷ Un esempio può essere quello di imbarcazioni sovraccariche che, tuttavia, appaiono seguire una rotta precisa in condizioni di navigabilità (apparentemente) accettabili.

³⁸ È presente il virgolettato in quanto ormai è opportuno ritenere come l'intervento delle ONG nel Mediterraneo non sia più sussidiario, ma protagonista.

³⁹ Cfr. Convenzione SAR, Annesso, par. 1.3.1.

di ricerca e salvataggio in modo da poter far fronte rapidamente agli appelli di soccorso. I limiti delle suddette aree vengono definiti per accordo, pur tenendo presente che non si tratta di stabilire dei confini politici: di conseguenza, la norma prevede che questi non debbano coincidere con le frontiere marittime⁴⁰. Si tratta dunque di un dovere subordinato alla circostanza che lo Stato costiero interessato sia in grado di garantire l'operatività continua ed efficace dei servizi SAR nell'area di propria competenza.

Inoltre, queste zone non dovrebbero sovrapporsi l'una con l'altra. Tuttavia, questo principio ammette delle deroghe: conseguentemente, quando le parti non raggiungono un accordo circa l'esatta delimitazione di queste aree, hanno il dovere di coordinarsi tra loro⁴¹.

Tuttavia, la prassi internazionale ammette la creazione di *Joint SAR Zones*, delle zone grigie di responsabilità congiunta nelle quali gli Stati possono condurre delle operazioni *cross border* con poteri reciproci di intervento. Il principio ispiratore di simili iniziative è quello della cooperazione al fine di condividere oneri e responsabilità di una funzione avente valore universale.

Dopo la Conferenza IMO di Valencia del 1997 sono state fissate le premesse per una definizione consensuale dei limiti delle zone SAR mediterranee, attraverso l'approvazione di un *General Agreement on a Provisional SAR*⁴².

La Convenzione in esame non precisa quali debbano essere i limiti spaziali delle zone SAR ma pone in risalto, insieme all'articolo 98 Convenzione UNCLOS⁴³, che deve esserci un rapporto tra l'estensione delle zone SAR e le capacità dei servizi di *search and rescue* dello Stato responsabile. Nel caso dell'Italia, l'estensione della rispettiva zona SAR deve considerarsi adeguata all'esigenza che i mezzi di soccorso pubblici raggiungano l'area di soccorso in tempo utile. Se invece la richiesta di *distress* viene avanzata alle autorità italiane all'interno della zona SAR di un altro Stato, si applicano in questo caso i principi di questa Convenzione, scattando così l'obbligo di cooperazione che può portare a due scenari alternativi: l'intervento dello Stato responsabile o, nel caso in cui questi non ne abbia le capacità, l'azione dei mezzi coordinati dalle autorità italiane in base al principio del *first call*.

⁴⁰ Annesso, par. 2.1.7.

⁴¹ Annesso, par. 2.1.5.

⁴² A seguito della Conferenza per la sicurezza e lo sviluppo dell'Adriatico tenutasi ad Ancona nel 2000, l'Italia ha stipulato accordi di delimitazioni e collaborazione SAR con Slovenia, Albania, Croazia e Grecia.

⁴³ Cfr. par. 5.

Il caso italiano si rivela peculiare in quanto il problema risiede nel fatto che la cooperazione SAR con Malta non è mai stata istituzionalizzata in alcun accordo, nonostante le raccomandazioni contenute nella Convenzione di Amburgo e il fatto che i rapporti tra i due Stati siano sempre stati ottimali a livello politico.

Il disaccordo con Malta riguarda l'estensione delle rispettive zone SAR e l'applicazione del principio del *place of safety* in cui trasportare i migranti una volta soccorsi. Infatti, nonostante la chiara portata del principio (codificato da varie norme⁴⁴), Malta interpreta questa nozione in senso geografico sulla base della contiguità. Inoltre, i diversi punti di vista sussistono anche in relazione alla nozione di *distress* che l'Italia interpreta in modo ampio, mentre Malta la condiziona all'esistenza di condizioni oggettive. Si tratta di un esempio di unilateralismo nel SAR, caratterizzato da un non allineamento con i principi di cooperazione.

Dal punto di vista europeo, è mancato un reale progresso nella collaborazione marittima volta alla condivisione di regole comuni in materia di *search and rescue*. Infatti, il soccorso marittimo rappresenta una responsabilità degli Stati membri.

5. La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. UNCLOS)

È risaputo come il dovere di assistere persone in pericolo di vita o difficoltà in mare sia una regola longeva nel diritto internazionale consuetudinario; questa si estende tanto alle imbarcazioni, quanto agli Stati costieri in prossimità dell'evento cosicché tutti i soggetti, compresi i migranti irregolari, possano trovare protezione.

Il dovere di salvataggio viene codificato all'interno della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay nel 1982, la quale prevede degli importanti obblighi sia per lo Stato bandiera, sia per gli Stati costieri.

Per quanto riguarda la prima tipologia di Stato, l'articolo 98 della Convenzione UNCLOS prevede che “*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: (...) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost (...) to proceed with all possible speed to the rescue of the persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him*”.

La prima questione che ci si può porre è cosa si possa intendere per “*distress*”, in quanto tale termine non viene definito all'interno della Convenzione UNCLOS; tuttavia, tale l'espressione “*phase of distress*” è stata definita all'interno del paragrafo 1.3.13

⁴⁴ V. Regolamento Frontex PE-CONS 35/14.

dell'Appendice alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo del 1979 (c.d. Convenzione SAR) come “*A situation wherein there is a reasonable certainty that a person, a vessel or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance*”.

Ulteriori classificazioni e definizioni sono state fornite dalla giurisprudenza rilevante; ad esempio, nel caso *Eleanor*⁴⁵ si è ricavato il principio secondo il quale al pericolo debba corrispondere l'urgenza nell'agire, ma che “*there need not be immediate physical necessity*”. La Corte Suprema statunitense, nel caso *The New York* ha predisposto come il livello di pericolo si rispecchi nelle circostanze che produrrebbero “[*in*] *the mind of a skill[full] mariner, a well-grounded apprehension of the loss of the vessel and cargo or of the lives of the crew*”.

Per quanto riguarda il contesto europeo, la Decisione del Consiglio europeo numero 2010/252, che è stata di seguito annullata dalla Corte di giustizia, indicava come l'esistenza di una situazione di pericolo non dovrebbe essere determinata esclusivamente sulle basi di un'attuale richiesta di assistenza. In aggiunta a ciò, dovrebbero essere presi in considerazione un insieme di fattori rilevanti, dal numero di passeggeri a bordo alla presenza di persone vulnerabili o ferite a bordo, i quali sono stati ripresi all'interno del Regolamento 656/2014 sulle operazioni Frontex in mare.

Una questione rilevante, da questo punto di vista, è quella relativa al contenuto e alla natura delle obbligazioni derivanti dalla Convenzione in esame. Da una prima lettura dell'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, sembra che la responsabilità del salvataggio e del fornimento di assistenza ai soggetti soccorsi venga attribuita al comandante della nave che ha svolto tale operazione e ciò comporta l'obbligo di sbarcare le persone in un *place of safety*. Si tratta di un obbligo senza qualificazione di alcun genere e, inoltre, non dev'essere fatta alcuna distinzione dal capitano relativamente allo *status* delle persone soccorse⁴⁶; l'unica eccezione consiste nella misura in cui sarebbe irragionevole prestare assistenza. Di conseguenza, se la nave è troppo lontana, l'imbarcazione di salvataggio potrebbe non essere equipaggiata adeguatamente per prestare assistenza; quindi, il comandante non potrebbe essere qualificato ad operare il salvataggio.

⁴⁵ Cfr. *The Eleanor Case* (1809), 165 *English Reports* 1068.

⁴⁶ V. R. BARNES, *Refugee Law at Sea, International and Comparative Law Quarterly*, 2004. In questo testo, Barnes riporta che “nel Regno Unito il comandante della nave ha il dovere, dopo aver ricevuto un segnale di pericolo, di procedere a prestare assistenza, a meno che non sia in grado (...). Il mancato adempimento costituisce reato”.

Rispetto agli obblighi dello Stato di bandiera, viene richiesto al capitano della nave, statale o privata, di procedere alla massima velocità possibile al salvataggio delle persone in pericolo, una volta che questi viene informato del loro bisogno di assistenza. Si tratta, essenzialmente, di un'obbligazione di risultato, nel senso che lo Stato di bandiera deve ottenere un certo risultato. Dopotutto, l'articolo 98 della Convenzione UNCLOS non è auto-esecutivo e dunque richiede una legislazione di attuazione per acquisire forza di legge. Oltre a ciò, non vi è nessun'altra obbligazione di risultato, come un obbligo di garantire che le persone in pericolo vengano salvate⁴⁷.

Inoltre, lo Stato di bandiera è sottoposto a un'obbligazione di *due diligence* di monitorare se i capitani delle navi battenti la sua bandiera non ottemperino ai loro doveri⁴⁸.

In caso di navi pubbliche, come navi da guerra o della guardia costiera, sarebbe più facile stabilire la responsabilità dello Stato bandiera per ogni omissione nell'assolvimento del suddetto dovere di diligenza; invece, per quanto riguarda le navi private, lo Stato di bandiera, pur non essendo direttamente responsabile delle azioni di negligenza compiute dal comandante della nave, potrebbe tuttavia incorrere nella responsabilità internazionale per non aver agito con *due diligence* e per non aver indagato su tali incidenti. Ma sarebbe opportuno chiedersi *come* lo Stato di bandiera potrebbe venire a conoscenza di questi accadimenti; ciò è possibile nei limiti in cui il comandante della nave osservi il dovere di raccontare ogni possibile motivo della mancata assistenza.

⁴⁷ V. per una classificazione delle obbligazioni R. AGO, *Sixth Report on State Responsibility, Yearbook of the International Law Commission II*, 1967 e J. COMBACAU, *Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse, Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unite et diversité*, 1981.

⁴⁸ V. per le obbligazioni dello Stato bandiera Y. TAKEI, *Assessing Flag State Performance in Legal Terms: Classifications of the Margin of Discretion, International Journal of Marine and Coastal Law*, 2013, pp. 124-129. In materia di *due diligence*, l'articolo in questione rileva come i doveri dello Stato di bandiera siano formulati in maniera astratta e che vengano realizzati in maniera più concreta dalle disposizioni della Convenzione UNCLOS o da altri trattati. Questi richiedono al destinatario di utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per realizzare i propri doveri (c.d. *best effort*), ma non richiede la realizzazione di un particolare risultato; da qui deriva appunto la nozione di *due diligence*. Nel contesto di prevenzione del danno transfrontaliero, l'Immigration Legal Centre (ILC) ha statuito nell'*ILC Articles on Prevention of Transboundary Harm, Commentary on Art. 3* (2001) come "la *due diligence* si manifesta negli sforzi ragionevoli compiuti da uno Stato per informarsi sugli elementi di fatto e di diritto che si riferiscono prevedibilmente a una procedura prevista e di adottare misure appropriate, in tempi ragionevoli, per farvi fronte".

Takei afferma come definire cosa si intenda per *due diligence* si tramuti in un esercizio complesso; infatti, per esaminare una condotta di uno Stato al fine di ricondurla alla dovuta diligenza bisogna tenere conto di una serie di fattori, come il grado di rischio, sviluppi tecnologici e/o scientifici e lo sviluppo economico dello Stato interessato. In questo senso, l'ILC ha statuito che "il grado di assistenza è quello che ci si aspetterebbe da un buon governo" e che "dovrebbe disporre di un sistema legale e di risorse sufficienti per mantenere un apparato amministrativo efficiente al fine di controllare e monitorare le [varie] attività".

Infatti, in base al Capitolo V, Regola 33 della Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare del 1974 (c.d. SOLAS)⁴⁹, che completa la Convenzione UNCLOS, al capitano della nave è richiesto di *“to enter in the logbook the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress (...) [and] to inform the appropriate search and rescue service accordingly”*.

Questa registrazione permetterebbe allo Stato di bandiera di indagare se il comandante abbia adempiuto ai suoi doveri e, se non l’ha fatto, di imporre delle sanzioni sulla base della propria legislazione.

Quindi da un lato, gli obblighi dei marinai privati sono di prestare assistenza alle imbarcazioni e alle persone in pericolo e, se ciò non è possibile, di riportare il tutto sul giornale di bordo ed avvisare il Centro di Coordinamento alla Ricerca e al Soccorso competente; dall’altro lato, gli obblighi dello Stato bandiera consistono nell’adempiere ai loro doveri nel rispetto della loro legislazione così come dimostrare la dovuta diligenza nel monitorare se le imbarcazioni che hanno la medesima bandiera adempiano ai loro doveri.

Gli Stati bandiera non solo devono adempiere ai doveri imposti dal diritto del mare, ma devono anche rispettare gli obblighi derivanti dai diritti umani, in particolare il diritto alla vita contenuto all’interno dell’articolo 2 della Convenzione europea dei diritti umani. In questo ambito, lo Stato di bandiera dovrebbe essere ritenuto responsabile del mancato salvataggio di vite umane solo quando l’omissione in questione sia attribuibile a tale Stato in base al principio di responsabilità statale e quando questo comportamento ammonti a una violazione del diritto alla vita; quest’ultimo, tuttavia, dipende dalla condizione secondo la quale le persone coinvolte siano entrate nella giurisdizione di tale Stato sulla base dell’articolo 1 della Convenzione europea dei diritti umani o dell’articolo 2 della Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici.

Per quanto riguarda invece gli Stati costieri, l’articolo 98 della Convenzione in esame stabilisce 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 cooperate with neighbouring States for this purpose”*. Appare evidente come, sulla base di questa previsione, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare imponga agli Stati costieri un obbligo generale di mantenere dei servizi di ricerca e

⁴⁹ Cfr. par. 3.

soccorso, così come un generale dovere di cooperazione tra gli Stati per realizzare questo fine.

Questo sistema di ricerca e soccorso previsto dalla Convenzione UNCLOS viene completato da quelli previsti all'interno delle Convenzioni SOLAS e SAR⁵⁰, le quali, a seguito del famoso caso *Tampa*⁵¹, sono state modificate nel 2004 con l'adozione delle Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare da parte dell'Organizzazione marittima internazionale⁵².

Di conseguenza, gli obblighi in capo agli Stati costieri vengono divisi in tre tipologie: innanzitutto, vi è il dovere di *promuovere* l'istituzione, il funzionamento e la manutenzione di un servizio di ricerca e soccorso *adeguato e sufficiente* ai sensi dell'articolo 98 della Convenzione in esame nel presente paragrafo. Quindi, lo Stato costiero viene vincolato da un obbligo di questa portata, ma anche sulla base dell'obbligo di *due diligence*, in base al quale lo Stato deve assicurarsi del fatto che un servizio di ricerca e soccorso avente le suddette qualità sia stato instaurato e mantenuto all'interno della propria zona SAR.

Il secondo tipo di dovere si configura come duplice: da un lato, "*shall, so far as possible, provide adequate means of locating and rescuing such persons*"⁵³ e coordinare le attività di ricerca e soccorso e, dall'altro, cooperare con altri Stati per raggiungere questo fine⁵⁴. Per quanto riguarda quest'ultimo obbligo, si è sostenuto che gli Stati costieri devono adempiere alle c.d. obbligazioni di *best efforts*⁵⁵, vale a dire implementare tutte le misure adeguate in modo da fornire servizi di salvataggio. Ciò comporta che se i soggetti in pericolo non vengono salvati, nonostante queste massime capacità, lo Stato costiero interessato non incorre automaticamente in responsabilità di alcun tipo.

Nel caso in cui l'operazione di salvataggio dovesse avere successo, allo Stato costiero è imposto il dovere di assicurare la cooperazione e coordinamento delle operazioni cosicché al capitano della nave che ha operato il salvataggio venga consentito di sbarcare le persone soccorse in un *place of safety*. Questo dovere che comporta il fornimento di un

⁵⁰ Cfr. par. 4.

⁵¹ Cfr. Capitolo III, par. 2.

⁵² Cfr. par. 7.

⁵³ Cfr. Convenzione SOLAS, Capitolo V, Regola 7.

⁵⁴ Cfr. Convenzione SAR, Appendice I, Capitolo 3.

⁵⁵ Per usare la terminologia di J. CRAWFORD nel *Second Report on State Responsibility*, 1999, par. 67. In base alla sua definizione: "Le obbligazioni di risultato prevedono, in qualche misura, una garanzia del risultato, mentre gli obblighi di condotta rientrano nelle obbligazioni di massima capacità, quindi le obbligazioni di fare tutto ciò che è nel proprio potere per realizzare quel determinato risultato, ma senza il massimo impegno".

place of safety è un'obbligazione di risultato, nel senso che lo Stato responsabile debba garantire questo esatto risultato.

In ultimo luogo, come già menzionato per quanto riguarda gli Stati di bandiera, gli Stati costieri potrebbero incorrere nella violazione di diritti umani, in particolare il dovere di adottare misure positive per proteggere la vita degli individui sulla base dell'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti umani, un prerequisito per l'assegnazione della giurisdizione allo Stato costiero in materia.

Ma una cosa è affermare che lo Stato costiero è vincolato all'obbligo di assicurare il diritto alla vita in questi ambiti, un'altra è dire che ogni mancata adempimento in merito comporterebbe una responsabilità al riguardo; ciò dipenderebbe in ogni caso dal fatto che lo Stato costiero abbia compiuto i suoi "*best efforts*" per assicurare tale diritto e dal fatto che abbia adempiuto ai suoi obblighi procedurali, come ad esempio le indagini relative alle morti delle persone coinvolte.

È un fatto risaputo che, nonostante questi doveri in capo agli Stati costieri siano chiari (tranne quelli relativi al luogo di sbarco delle persone soccorse), gli Stati interessati non li hanno rispettati completamente, causando così la morte di migliaia di persone nel Mediterraneo.

È necessario ribadire come l'obbligo in capo agli Stati costieri non sia quello di salvare ogni singola vita in pericolo, per quanto sia auspicabile, ma sforzarsi al meglio per raggiungere possibilmente questo obiettivo attraverso tanto il coordinamento dei servizi di salvataggio da parte dei marinai privati, quanto attraverso la cooperazione con gli altri Stati costieri.

Nonostante questi doveri, gli Stati costieri falliscono tanto nel localizzare il segnale di pericolo, quanto nella cooperazione con gli Stati adiacenti con i quali opera la condivisione della zona SAR; quest'ultimo problema si acuisce soprattutto per quanto riguarda l'area maltese e italiana, nella quale vi è una coincidenza delle rispettive zone SAR⁵⁶, portando spesso questi due Stati a negare le rispettive responsabilità.

In aggiunta a ciò, permane l'ovvio problema secondo il quale la Libia non ha designato alcuna zona SAR, né ha esercitato negli anni alcuna attività di tale genere. Ciò ha portato a spostare il fardello in capo agli Stati costieri attigui di affrontare la problematica; infatti, secondo le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare del 2004: "quando è

⁵⁶ V. S. KLEPP, *A Double Bind: Malta and the Rescue of Unwanted Migrants at Sea, a Legal Anthropological Perspective on the Humanitarian Law of the Sea*, *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 538.

opportuno, il primo Centro di coordinamento e salvataggio contattato dovrebbe avviare immediatamente i propri sforzi per trasferire il caso al Centro responsabile della regione in cui vi è bisogno di assistenza (...). Tuttavia, il primo Centro contattato è responsabile del coordinamento del caso finché quello competente o un'altra autorità non si assume la responsabilità. Tuttavia, giova ricordare che le Linee guida non sono vincolanti *per se* e, di conseguenza, non costituiscono un obbligo permanente per l'Italia di coordinare tutti gli incidenti SAR che si verificano oltre le acque territoriali libiche. Ed è opportuno aggiungere che tali operazioni devono aver luogo solo in alto mare e non presso le acque territoriali libiche, a meno che non vi sia l'autorizzazione da parte delle autorità competenti.

6. Le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare

Nel maggio 2004, l'Organizzazione marittima internazionale (OMI⁵⁷) ha adottato degli emendamenti alla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (c.d. SOLAS)⁵⁸ e alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. SAR)⁵⁹ attraverso le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare⁶⁰. La prima Convenzione emendata obbliga tanto le navi, quanto gli Stati bandiera a prestare assistenza a coloro che si trovano in situazioni di pericolo in mare; la seconda impone agli Stati costieri di assistere tali soggetti. Inoltre, le linee guida in questione forniscono ai comandanti delle navi e agli Stati delle regole generali, soprattutto in materia di interventi umanitari.

L'obbligo, in capo allo Stato responsabile della zona SAR in cui ha luogo il salvataggio, è quello di esercitare la primaria responsabilità di assicurare che si realizzi la suddetta coordinazione e cooperazione affinché lo sbarco possa avvenire in un *place of safety*⁶¹. Tuttavia, non è chiaro cosa possa accadere se non vi è alcun tipo di accordo tra gli Stati, in particolare al fine di identificare il luogo di sbarco. L'emendamento in questione si focalizza sui doveri di coordinazione e cooperazione, senza fornire però un'interpretazione relativamente all'identificazione dello Stato di sbarco⁶².

Nonostante queste Linee guida non siano legalmente vincolanti, tuttavia offrono un importante spunto interpretativo circa i doveri contenuti all'interno delle Convenzioni

⁵⁷ Eng. *International Maritime Organization* (IMO).

⁵⁸ Cfr. par. 3.

⁵⁹ Cfr. par. 4.

⁶⁰ Cfr. *IMO Resolution MSC. 153 (78)* del 20 maggio 2004.

⁶¹ Questo termine non è stato definito da nessuna delle Convenzioni emendate dalle Linee guida in esame.

⁶² Questo punto ha portato a più di un disaccordo tra Italia e Malta.

SOLAS, SAR e UNCLOS⁶³, dato che queste possono essere considerate una pratica susseguente ai sensi dell'articolo 31 (3) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

7. Il Patto globale per le migrazioni

Il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (più noto come Patto Globale per le migrazioni) è stato adottato il 19 dicembre 2018 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con 152 voti favorevoli, 5 contrari e 12 astenuti.

Questo Patto rappresenta, insieme al *Global Compact for Refugees* concluso due giorni prima, la conclusione del percorso iniziato due anni prima con la Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti con la quale si è auspicata l'adozione di strumenti giuridici internazionali sia per la gestione di flussi migratori massicci, sia per la condivisione delle responsabilità in materia di accoglienza di rifugiati.

Lo strumento in discussione presenta un insieme di ventitré obiettivi, dichiaratamente non vincolanti, che gli Stati si impegnano a realizzare per gestire in maniera sicura e ordinata l'intero flusso migratorio, dalla sua origine fino all'integrazione.

Il Patto in esame è composto innanzitutto da un ricco preambolo, dove vengono definite la cornice giuridica di riferimento e i principi guida.

In primo luogo, con riferimento alla cornice giuridica, vengono richiamati, oltre alla Carta delle Nazioni Unite e alla Dichiarazione universale dei diritti umani, tutti i cosiddetti “*core human rights treaties*”. Inoltre, vengono poi menzionati vari strumenti, vincolanti e non, su temi collegati al fenomeno migratorio come il contrasto alla tratta di esseri umani e alla schiavitù, la lotta al cambiamento climatico e l'agenda per lo sviluppo sostenibile.

Un quadro normativo sì ampio riflette la peculiarità dell'approccio internazionalistico sulla migrazione, per il quale la gestione dei flussi migratorio non è disciplinata da uno strumento giuridico unitario, bensì da varie convenzioni.

Invece per quanto riguarda i principi-guida, nel preambolo ne vengono menzionati dieci al paragrafo 15 (lettere da a-f), tra i quali spicca soprattutto il rispetto della sovranità nazionale che appare baricentrico rispetto agli altri e ciò emerge soprattutto dalle dichiarazioni di voto dei rappresentanti degli Stati; inoltre, la sua formulazione ricalca il principio consuetudinario secondo il quale gli Stati sono liberi di determinare le proprie

⁶³ Cfr. par. 5.

politiche migratorie, come le regole in materia di ingresso, permanenza e allontanamento degli stranieri dai propri territori.

Una prima riflessione da effettuare è quella di determinare la natura giuridica del Patto, analizzando in primo luogo la volontà degli Stati che lo hanno adottato.

Questa intenzione si manifesta nel paragrafo 7 del Patto per il quale questi si presenta come un “*non-legally binding, cooperative framework that builds on commitments agreed upon by Member States in the New York Declaration for Refugee and Migrants*”. Inoltre, anche la modalità di formazione del Patto evidenzia alcuni elementi rilevanti: il procedimento è stato avviato con la risoluzione 71/280 adottata dall’Assemblea Generale, la quale ha fissato tempi e modalità di negoziazione; poi, in linea con quanto predisposto dalla Convenzione di Vienna, sono state disposte regole di procedura, tra le quali si rileva quella dell’approvazione del testo con la maggioranza dei due terzi degli Stati partecipanti. In aggiunta a ciò, la risoluzione finale con la quale è stato approvato il rapporto del presidente della Conferenza si riferisce allo stesso come a un documento di esito⁶⁴; ed infine, il sostegno dell’Assemblea generale è stato espresso per mezzo di una votazione e non per *consensus*.

Tutti questi elementi fanno pensare che il Patto in questione sia uno strumento di *soft law*, cioè quegli strumenti di diritto internazionale che si caratterizzano per la mancanza di un’efficacia giuridica obbligatoria, ma, a determinate condizioni, producono effetti normativi⁶⁵; perciò, questi strumenti non vengono annoverati tra le fonti del diritto classiche.

Quindi, sono state rilevate due possibili classificazioni del Patto in esame: c’è chi sostiene che è uno strumento di *soft law*, data la chiara volontà degli Stati di aderire a uno strumento non vincolante, e chi invece ritiene di trovarsi di fronte a un trattato internazionale, in quanto il Patto crea degli obblighi giuridici. La questione resta aperta, ma chi scrive ritiene che la prima classificazione sia più consona alla volontà e, soprattutto, agli atteggiamenti degli Stati aderenti.

Ciò non significa che classificare il Patto come strumento di *soft law* possa indicare una sua inutilità; anzi, a certe condizioni, questi strumenti possono partecipare alla

⁶⁴ Il c.d. *outcome document*.

⁶⁵ Cfr. R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale e le sue fonti*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, S. BARIATTI, M. CONDINANZI, Z. CRESPI REGHIZZI, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, P. IVALDI, F. MUNARI, B. NASCIMBENE, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Istituzioni di diritto internazionale*, VI^a ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 82-84.

formazione di norme di diritto internazionale ovvero essere d'ausilio all'accertamento, interpretazione o attuazione delle stesse.

Inoltre, non si può escludere che atti di *soft law* possano influenzare le condotte degli altri Stati, dato che, anche quando vengono adottati strumenti non vincolanti, questi possono comunque assumere un impegno su un piano "puramente politico"⁶⁶, come anche aspettative in termini di principio di buona fede⁶⁷.

Proseguendo in materia di funzioni, l'adozione di atti di tal genere consiste nell'assistenza all'interprete nell'applicazione e nell'interpretazione dei trattati internazionali in vigore: secondo una prima teoria, l'utilizzo di strumenti non vincolanti può costituire condotta degli Stati successiva nell'applicazione di un trattato ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3, lettera b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; secondo altri, invece, il ricorso a questi testi rientra nella lettera c) di suddetto articolo, dove vengono inserite altre "regole di diritto internazionale" tra i mezzi di interpretazione di un trattato.

In aggiunta a ciò, nella giurisprudenza in materia di monitoraggio dei diritti umani, come quella della Corte europea dei diritti umani, vengono utilizzati strumenti non vincolanti come quello in questione al fine di definire l'ambito di applicazione dei diritti oggetto di tutela.

In base a quest'ottica, gli strumenti in questione sono utili per lo sviluppo normativo del diritto internazionale in alcune materie, in quanto permettono agli Stati di raggiungere determinate intese e di rafforzare la cooperazione internazionale, soprattutto in quei settori in cui non si sono ancora consolidate norme consuetudinarie o pattizie⁶⁸, svincolando gli Stati dal rispetto delle norme disposte all'interno della Convenzione di Vienna per la conclusione di trattati e delle procedure interne di autorizzazione alla ratifica degli stessi.

Ma si può aggiungere una riflessione ulteriore: se è evidente che gli atti di *soft law* svolgono una funzione normativa, come il Patto in questione, è meno ovvio che una funzione del genere si traduca automaticamente in un rafforzamento delle tutele; questo perché l'adozione di uno strumento non vincolante comporta che non si è ancora formata

⁶⁶ Cfr. VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1983, par. 144, e p. 230, par. 151.

⁶⁷ Id., p. 229, par. 148.

⁶⁸ Da qui, è evidente il crescente ricorso a questi strumenti, come ad esempio la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene, UN DOC. A/RES/61/295, del 13 settembre 2007.

una volontà degli Stati a regolare una simile materia per mezzo di trattati internazionali produttivi di obblighi giuridici.

Guardando al procedimento di adozione, formazione e ai contenuti del Patto, si possono poi evidenziare i potenziali effetti normativi; innanzitutto, l'utilizzazione dei verbi "engageons" nella versione francese e "commit" nella versione inglese indicano l'impegno degli Stati nel raggiungere gli obiettivi fissati nel Patto. In aggiunta a ciò, viene istituito all'interno dell'Assemblea generale l'*International Migration Review Forum*, un organo di monitoraggio che si riunisce ogni quattro anni per verificare i progressi dell'attuazione del Patto⁶⁹.

È interessante effettuare un'analisi delle dichiarazioni di voto effettuate dai rappresentanti degli Stati; partendo dai voti a favore – Danimarca, Estonia, Nuova Zelanda... – le motivazioni dei suddetti Stati sono state nel senso di escludere che l'adozione di uno strumento di tal genere possa essere considerata prova dello sviluppo progressivo di nuove norme di diritto consuetudinario⁷⁰.

Guardando poi ai voti contrari all'adozione del Patto, la contrarietà degli Stati si è espressa soprattutto in riferimento all'ipotesi secondo la quale il Patto possa contribuire alla formazione di nuove norme di diritto consuetudinario.

Tuttavia, l'obiezione e la mancata adesione più evidenti provengono dagli Stati Uniti, i quali hanno dichiarato già in sede di Assemblea generale per esprimere il loro voto negativo che gli obiettivi del Patto fossero: "*long-terms means of building customary international law or so-called 'soft law' in the area of migration*", esprimendo così il timore che questo strumento possa contribuire alla formazione di norme consuetudinarie, attribuendo di conseguenza un valore normativo al Patto.

Per definire la possibile funzione interpretativa del Patto occorre indicare come non sia immediatamente evidente che questo possa qualificarsi come condotta successiva all'adozione di un trattato: potrebbe accadere, anzi è accaduto, che l'adozione di strumenti non vincolanti possano costituire tale tipologia di condotta, ma a condizione che siano adottati in relazione all'applicazione di un trattato tramite organismi di monitoraggio o assemblee degli Stati parte; non è questo il caso del Patto in questione. Allora si potrebbe percorrere una strada alternativa, richiamando la giurisprudenza delle corti dei diritti

⁶⁹ Il primo rapporto è stato pubblicato il 22 agosto 2022, *Resolution adopted by the General Assembly on 7 June 2022 (76/266)*.

⁷⁰ È stato detto che il Patto non crea "*any new legal obligations*".

umani in cui tali strumenti non vincolanti vengono qualificati come “regole di diritto internazionale” al fine di chiarire la portata e il contenuto degli obblighi degli Stati parte. Bisogna comprendere se e in qual modo queste possibili interazioni possano portare a un avanzamento della materia, e cioè se siano idonee a rafforzare o meno la protezione dei diritti dei migranti.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è il richiamo al principio di non-regressione, introdotto nell’ultima stesura del Patto, che, seppur non sia stato criticato apertamente, è stato accolto con freddezza dagli Stati, in particolare la Danimarca, la quale ha segnalato che sia le politiche che le legislazioni nazionali sarebbero state aggiustate ma non influenzate, secondo i limiti stabiliti dal diritto internazionale, dal riferimento del Patto al principio di non-regressione.

Una volta delineate queste caratteristiche, sembra opportuno soffermarsi sul contenuto del Patto, partendo dal preambolo.

Il punto 4 del suddetto effettua una chiara operazione di equiparazione tra i diritti dei rifugiati – i quali sono destinatari di specifiche norme contenute all’interno della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (1951) – e i migranti – la cui disciplina si ricava da un insieme di norme internazionali sui diritti umani e norme riguardanti materie specialistiche – richiamando così la distinzione enunciata sin dal primo momento dalla Convenzione di New York del 2016, una differenziazione che appare non poco problematica.

Una delle prime criticità sembra essere l’assenza dell’enunciazione esplicita del principio di *non-refoulement*, il quale sebbene sia stato introdotto per la prima volta all’interno dell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra⁷¹ – e quindi in materia di rifugiati –, può essere altresì applicato in ambito di tutela dei diritti umani, affinché venga impedito agli Stati di rimpatriare, trasferire o espellere individui verso Stati in cui potrebbero subire atti di tortura o trattamenti inumani e degradanti. L’unico riferimento al principio di *non-refoulement* sembra essere l’obiettivo numero 21, relativo proprio ai rimpatri, i quali dovrebbero essere evitati quando vi sia un reale e prevedibile rischio dei trattamenti suddetti. Probabilmente, la mancata menzione di questo principio è dovuta alla necessità di distinguere la disciplina dei rifugiati da quella dei migranti economici.

Un ulteriore elemento di distinzione è dato dall’obiettivo numero 12, dove si suggerisce agli Stati l’adozione di procedure più certe ed affidabili di *screening* dei migranti; nella

⁷¹ Cfr. par. 2.

prima versione venivano menzionate anche le procedure di determinazione dello *status* individuale. Tale mancanza rappresenta innanzitutto un indizio della volontà degli Stati di mantenere la distinzione tra migranti e rifugiati e, se rapportate con la funzione di armonizzazione della normativa esistente del Patto in esame, potrebbe indurre gli Stati a adottare e attuare procedure che non tengano in considerazione lo *status* di ogni individuo che accede al territorio statale. Per quanto riguarda quest'obiettivo, una maggiore *cross-fertilization* tra le norme in materia di protezione avrebbe portato a una formulazione più attenta dei c.d. *mixed-movements*.

Si dovrebbe pensare a come la circostanza di questi movimenti avrebbe potuto indurre gli Stati a sviluppare meglio il concetto di vulnerabilità, ricompreso all'interno del settimo obiettivo dove vengono enunciate varie azioni volte a ridurre la vulnerabilità dei migranti, ma manca un esplicito riconoscimento del migrante come soggetto meritevole di protezione speciale, al contrario invece della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁷².

In materia di transito di migranti, gli obiettivi sono numerosi e si occupano di varie occorrenze, dalla cooperazione nel salvataggio in mare alla lotta al traffico di esseri umani.

Innanzitutto, il Patto propone all'interno dell'obiettivo numero otto la tutela dei migranti in mare attraverso una maggiore cooperazione internazionale; tuttavia, è da notare come sia cambiato il testo dalla sua versione originaria, dove gli Stati si impegnavano non solo a salvare le vite dei migranti, ma anche a prevenirne la morte. Diversa è la versione attuale, nella quale gli Stati si impegnano a cooperare per salvare delle vite, ponendo l'accento sulle operazioni di ricerca e salvataggio; inoltre, tali accordi e procedure non devono tradursi in espulsioni collettive, ma comportano l'esigenza di verificare la situazione di ciascuno degli individui salvati. Questa modifica può diluire l'impegno statale, spingendo lo Stato verso la cooperazione, ma evitando la deduzione dall'obiettivo di un diritto a essere salvati in mare.

Infatti, l'obbligo statale di rispettare e proteggere la vita in mare dei migranti è stato riconosciuto dal Comitato dei diritti umani nel Commento generale n. 36 sul diritto alla

⁷² Corte europea dei diritti umani, sent. 21 gennaio 2011, sentenza 21 gennaio 2011 ricorso n.30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* par. 251: “The Court attaches considerable importance to the applicant’s status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection (...). It notes the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the Reception Directive”.

vita garantito dall'articolo 6 del Patto sui diritti civili e politici, il quale sembra riferirsi, più che al rispetto e alla protezione della vita dei migranti in mare, all'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁷³.

Tuttavia, il Patto su questo punto non richiama l'obbligo, previsto nella Convenzione di Amburgo del 1979 (c.d. SAR), di verificare che lo sbarco avvenga in un *place of safety* e che la sicurezza di tale luogo venga valutata alla luce del rispetto dei diritti umani⁷⁴.

Questa cautela nella formazione dell'obiettivo è coerente con l'assenza, nella formulazione definitiva⁷⁵ del Patto, della previsione del principio di *non-refoulement*.

Inoltre, il Patto prevede la raccomandazione di non considerare illegale l'assistenza umanitaria⁷⁶ fornita ai migranti che si trovano in pericolo in mare; questa prospettiva si relaciona con la prevenzione e il contrasto al traffico di migranti. Invero, tra le azioni previste dal Patto, è rilevante l'esortazione a ratificare e attuare il Protocollo contro la tratta di migranti allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, il quale conta 112 Stati a fronte di 151 firmatari⁷⁷. Si rileva dunque un impegno del Patto a riprendere l'ambito di applicazione di suddetto Protocollo, concentrandosi dunque sul contrasto al traffico dei migranti e sulla protezione dei diritti umani delle vittime, adottando la stessa definizione del crimine.

Il Patto rispecchia la prassi negativa in materia di introduzione attraverso la legge di esimenti fondate sull'assistenza umanitaria; sarebbe stato tuttavia auspicabile l'introduzione della non-criminalizzazione delle condotte di assistenza in mare, dato che i lavori preparatori del Protocollo menzionavano direttamente le organizzazioni non-governative, escludendo così l'interpretazione per la quale coloro che offrano assistenza umanitaria in mare siano considerati responsabili del crimine.

Sembra opportuno poi menzionare l'obiettivo numero 10 del Patto, in cui si parla del contrasto alla tratta di esseri umani, il quale si limita a promuovere l'adesione al Protocollo per la prevenzione, la soppressione e la punizione della tratta di esseri umani, in particolare di donne e bambini, aggiuntivo della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale; tuttavia, all'interno di questo obiettivo si è omesso di trattare l'aspetto relativo agli obblighi di prevenzione e contrasto allo

⁷³ Cfr. par. 5.

⁷⁴ Quest'ultimo particolare deriva dalle Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare adottate dall'Organizzazione marittima internazionale del 2004, v. par. 7.

⁷⁵ In una delle prime versioni (*Draft n.2*) il principio di *non-refoulement* era espressamente evocato.

⁷⁶ La quale però non viene definita.

⁷⁷ Dato aggiornato al 2023.

sfruttamento del lavoratore migrante, aspetto invece considerato all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Quest'omissione però appare in parte giustificata con l'introduzione di un apposito obiettivo dedicato allo sfruttamento dei lavoratori migranti.

In materia di migrazione, il Patto dedica tre obiettivi – da 11 a 13 – alla gestione delle frontiere, che comprende aspetti relativi all'identificazione di migranti e alla detenzione degli stessi.

Per quanto riguarda i contenuti di questi obiettivi, gli Stati si impegnano attraverso una maggiore cooperazione bilaterale o regionale da attuare attraverso la predisposizione di procedure, la creazione di strutture e (soprattutto) conclusione di accordi internazionali; ciò appare in linea con il diritto internazionale, compresa la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, secondo la quale gli Stati debbano operare un bilanciamento tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti umani attraverso la scelta di mezzi proporzionati e necessari.

In base alla lettera del Patto, il rispetto dei diritti umani servirebbe come limite per la conclusione di accordi di gestione congiunta delle frontiere e di rimpatrio di cittadini di Stati terzi senza che vengano offerte opportune garanzie sul rispetto dei diritti umani; questo profilo accomuna il presente obiettivo con quello mediante il quale gli Stati si impegnano ad una maggiore cooperazione nella conclusione di accordi in materia di riammissione e rimpatrio di stranieri. Accordi che si pongono sulla falsariga di quello concluso tra Unione Europea e Turchia nel 2016⁷⁸; in entrambi i casi, infatti, si evidenzia un problema di compatibilità sia con le regole della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sia con le regole interne degli Stati o delle organizzazioni coinvolte, in quanto ci si basa sul presupposto per il quale gli Stati contraenti debbano offrire sufficienti garanzie dal punto di vista del rispetto dei diritti umani.

Sarebbe stata di certo più rassicurante un'espressa previsione del principio di *non-refoulement*; infatti, non sembra sufficiente la menzione del divieto di espellere gli individui verso Paesi in cui corrono il rischio di essere sottoposti a torture o a trattamenti inumani e degradanti. In questa prospettiva, la Corte europea dei diritti umani non ritiene sempre sufficienti le assicurazioni diplomatiche dello Stato ricevente⁷⁹.

⁷⁸ V. Sezione II, par. 13.

⁷⁹ Corte europea dei diritti umani, sent. 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, par. 148.

Inoltre, rileva la mancanza di riferimenti alla prassi dell'esternalizzazione delle procedure di controllo alle frontiere esterne, la quale è stata ampiamente criticata in quanto non consente un efficace monitoraggio del rispetto dei diritti umani.

Ma queste preoccupazioni vengono mitigate dall'inserimento di due obiettivi dedicati alla detenzione dei migranti, considerata un'ultima spiaggia a cui gli Stati possono far ricorso ma nel rispetto dei principi di non-arbitrarietà, legalità e uguaglianza, come anche al rispetto dei diritti umani nelle procedure di identificazione.

Il primo obiettivo viene redatto nel rispetto del diritto per cui nessun individuo può essere arbitrariamente privato della propria libertà personale; si rilevano soprattutto gli impegni, ricompresi durante la fase di negoziazione, riguardanti l'accesso alla giustizia per tutti i migranti (sia nel Paese di transito, sia in quello di destinazione), il monitoraggio da parte di enti indipendenti e la revisione della legislazione interna sulla base di norme internazionali sui diritti umani, soprattutto il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti.

Il secondo obiettivo riguarda il rispetto dei diritti dei migranti nel corso delle procedure di identificazione, da associare a quello mediante il quale gli Stati si impegnano a fornire ai migranti tutte le informazioni necessarie per far sì che questi possano affrontare le procedure di identificazione con la piena consapevolezza dei propri diritti. In particolare, si rileva l'assenza di richiami al divieto di espulsioni collettive⁸⁰; una mancanza che potrebbe apparire come un punto critico, dal momento che la Commissione di diritti internazionale ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo procedurale degli Stati per il quale vi è la necessità di esaminare individualmente ciascuna situazione.

Altri obiettivi rilevanti riguardano il regime applicabile ai migranti una volta giunti sul territorio dello Stato, che trattano di obiettivi diversi, dall'accertamento dell'identità degli stessi fino all'inclusione della vita in società.

Innanzitutto, il Patto con il suo quarto obiettivo impegna gli Stati a fornire ai migranti validi documenti di riconoscimento al fine di facilitare le procedure di identificazione negli Stati di destinazione e transito, un impegno diverso da quello che traspariva in fase di negoziazione, dove lo *Zero Draft* era maggiormente orientato a fornire a tutti gli individui di un'identità per limitare il fenomeno dell'apolidia, cosicché i migranti avrebbero potuto beneficiare dei servizi essenziali dello Stato di destinazione. Tuttavia, viene mostrato nella formulazione finale un cambio di paradigma che va dal

⁸⁰ Menzionate invece nell'obiettivo concernente le riammissioni e i rimpatri.

riconoscimento a un diritto fondamentale dell'individuo a un impegno dello Stato nei confronti dei propri cittadini, indebolendo la lotta all'apolidia.

Però, da un altro punto di vista, questo obiettivo viene controbilanciato nel suo contenuto, permettendo ai migranti l'accesso ai servizi essenziali i quali, sebbene non vengano definiti nel testo, ricomprendono sicuramente l'assistenza sanitaria e l'istruzione, effettuando la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali ricompresi all'interno dei suddetti servizi visti alla luce dell'obiettivo diciassettesimo⁸¹, il principio di non discriminazione. Si possono sollevare critiche in merito all'obiettivo in questione poiché questi non menziona ulteriori servizi oltre all'istruzione e all'assistenza medica, come ad esempio la sicurezza sociale.

Invece, il sedicesimo obiettivo parla di inclusione sociale dei migranti e, da un lato, sembra richiamare l'articolo 2 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali mentre, dall'altro, sembra fare riferimento all'inclusione dei migranti nella vita politica degli Stati, un tema affrontato in una convenzione del Consiglio d'Europa ratificata da pochi Stati, ma ancora in vigore⁸².

Il Patto presenta varie possibilità di contribuzione all'evoluzione del diritto internazionale applicabile, ma la sua natura appare controversa.

⁸¹ Paragrafo 33.

⁸² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, Strasburgo, 5 febbraio 1992.

Sezione II – Fonti sovranazionali

8. Il Sistema Dublino

Il sistema Dublino prevede i meccanismi e i criteri per la determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di Stato terzo o da un apolide; si tratta di un *corpus* normativo che intende rispettare i principi posti all'interno della Convenzione di Ginevra, in particolare il principio di *non-refoulement*, come anche i principi fondamentali riconosciuti all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sulla base del rispetto di questi, gli Stati membri⁸³ si considerano tutti reciprocamente “sicuri” ai fini della presentazione delle domande di protezione internazionale.

Questo si basa sul principio di “mutua fiducia” che farebbe venir meno l'interesse dei richiedenti a presentare domanda in uno Stato membro ritenuto più favorevole di altri; a questo fine, vengono individuati dei rigidi criteri affinché venga individuato lo Stato competente. A parte le situazioni concernenti minori non accompagnati e ricongiungimento familiare⁸⁴, il sistema Dublino si poggia sulla “regola dello Stato di primo ingresso” (sia regolare che irregolare).

In questo modo, ciascuna domanda di asilo viene esaminata dallo Stato membro che ha svolto il maggior ruolo in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio europeo.

Dopo una riunione informale dei ministri degli interni tenutasi a Londra nel 1986, si decise di adottare la Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee nel 1990, più nota come Convenzione di Dublino, che è stata emessa per realizzare uno degli obiettivi principali in materia di asilo posti all'interno del Documento di Palma del 1989, ovvero la più volte nominata individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda d'asilo.

In seguito, venne adottato il Regolamento CE 2003/343 (Dublino II), che rappresenta la pietra angolare del Sistema Dublino insieme al Regolamento EURODAC. Questo testo

⁸³ Ma anche Norvegia, Islanda, Svizzera e Liechtenstein, in base a specifici accordi bilaterali con l'Unione.

⁸⁴ O ancora l'esercizio di particolari clausole.

riproduce essenzialmente i principi contenuti nella Convenzione di cui sopra, sostituendola nelle relazioni tra gli Stati membri⁸⁵.

A seguito di vari interventi da parte della Corte di giustizia, si è proceduto alla revisione del testo sopracitato con l'adozione del Regolamento 604/2013 (c.d. Dublino III), il quale ha codificato molti di questi interventi, soprattutto quelli relativi all'introduzione di un meccanismo di allerta rapido, di preparazione e gestione della crisi nel settore dell'asilo e maggiori garanzie procedurali per il richiedente nei contatti con le autorità statali competenti.

9. La Direttiva 2011/95

La Direttiva 2011/95 (c.d. direttiva qualifiche) risulta rilevante nel contesto della protezione internazionale e nella nozione di 'rifugiato', in quanto questa sviluppa e precisa quest'ultima nozione, ricompresa all'interno della Convenzione di Ginevra del 1951, offrendone una 'visione europea'.

Per quanto riguarda il fondato timore di essere perseguitato, la direttiva precisa come il fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni, o minacce dirette di persecuzioni, costituisca un serio indizio della fondatezza del timore; secondo la giurisprudenza europea, nel valutare la sussistenza del fondato timore del ricorrente, non si può attribuire rilevanza al fatto che questi potrebbe evitare la persecuzione astenendosi dal tenere pubblicamente i comportamenti che porterebbero alla manifestazione di tale timore⁸⁶. Inoltre, l'articolo 5 della direttiva precisa i termini secondo cui si possa configurare un bisogno di protezione internazionale sopravvenuto fuori dal Paese d'origine.

Invece, relativamente agli atti di persecuzione, la direttiva qualifiche provvede a definirli all'interno dell'articolo 9, paragrafo 1: innanzitutto, la lettera a) esplica come tra questi vi rientrino gli atti "sufficientemente gravi" (per natura o per frequenza) da rappresentare una violazione *grave* dei diritti umani *fondamentali*⁸⁷, facendo riferimento in particolare a quelli contenuti all'interno dell'articolo 15, paragrafo 2 della CEDU, per i quali non è ammessa deroga.

⁸⁵ Ad eccezione, inizialmente, della Danimarca la quale ha esercitato l'opzione di *opt-out*. È stato adottato un accordo *ad hoc* nel 2006.

⁸⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Y e Z*.

⁸⁷ Tali diritti inderogabili consistono nel diritto alla vita, a non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti, schiavitù o lavori forzati. Secondo la sentenza *Y e Z*, un diritto inderogabile può consistere nella violazione grave della libertà religiosa.

Qualche autore ravvisa come atto persecutorio la violazione grave di diritti umani appartenenti al diritto internazionale consuetudinario, oltre a quelli espressi dai trattati sui diritti umani di cui gli Stati sono parti, in ossequio al principio di interpretazione evolutiva derivante dall'articolo 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. V. LENZERINI *Asilo e diritti umani*, 2009, pp. 243-244.

Da un secondo punto di vista, il paragrafo 1, lettera b) dell'articolo di riferimento precisa che può essere considerata persecuzione anche la somma di diverse misure che sia "sufficientemente grave" da esercitare sulla persona un effetto *analogo* a quello previsto dalla lettera precedente.

Il paragrafo 2 propone un elenco esemplificativo delle misure che possono costituire atti di persecuzione, ma anche la giurisprudenza fornisce un apporto in materia: nel caso *Bahtyiar Fathi* la Corte ha predisposto che, qualora venga adottata come "atto di persecuzione" una misura che consiste nella pena di morte o sanzioni penali sproporzionate, occorre verificare che tale sanzione venga *effettivamente* applicata nello Stato d'origine.

Mentre la Convenzione di Ginevra non fornisce una definizione dei motivi di persecuzione, l'articolo 10 della direttiva qualifiche si impegna a prevedere delle interpretazioni comuni; in primo luogo, per "*razza*" si intende il riferimento a considerazioni inerenti al colore della pelle, alla discendenza o all'appartenenza a un determinato gruppo etnico. La nozione di "*religione*" prevede non solo le convinzioni teiste, non teiste ed ateiste, ma anche la partecipazione a riti di culto pubblici o privati, forme di comportamento personale o sociale fondate o prescritte da un culto religioso; il concetto di "*nazionalità*" non comprende solo la cittadinanza ma anche, in particolare, l'appartenenza a un gruppo contraddistinto da un'identità culturale, etnica o linguistica ovvero comuni origini geografiche o politiche oppure l'affinità con la popolazione di un altro stato. Per "*opinione politica*" si intende il riferimento alla professione di un pensiero, un'opinione o una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori, indipendentemente dalla traduzione, da parte del richiedente asilo, di questi pensieri in atti concreti. Infine, il concetto di "*appartenenza a un determinato gruppo sociale*" ha assunto particolare importanza nel tempo, in quanto si tratta di un motivo 'aperto', estendendo la protezione internazionale a nuove situazioni. Per poter parlare di questa nozione, secondo la direttiva qualifiche occorrono due condizioni cumulative: il gruppo in questione dev'essere *oggettivamente determinato e percepito* come diverso; più nello specifico questi soggetti da un lato, condividono una storia comune o una caratteristica talmente fondamentale per la loro identità o coscienza da non potervi rinunciare e,

dall'altro, il gruppo deve avere un'identità propria all'interno dello Stato tale per cui viene percepito come diverso⁸⁸.

Inoltre, precisa l'articolo 10, l'orientamento sessuale può costituire l'appartenenza a un determinato gruppo sociale; nel caso *X.Y e Z* la Corte di giustizia ha riconosciuto tale appartenenza nel caso in cui l'omosessualità venga punita dalla legislazione penale di uno Stato in maniera specifica e, in alcune situazioni, se tale legislazione viene effettivamente applicata, ciò può costituire un fondato motivo di persecuzione.

La direttiva, in questo contesto, precisa come sia irrilevante l'effettivo possesso da parte del richiedente delle caratteristiche razziali, religiose o politiche sopraindicate, purché esse gli vengano attribuite dall'autore delle persecuzioni⁸⁹.

In materia di mancanza di protezione internazionale, l'articolo 7 della direttiva 2011/95 introduce alcune importanti precisazioni al fine di identificare i soggetti che sono (o possono ritenersi) idonei a fornire protezione internazionale al richiedente contro le persecuzioni e relativamente ai requisiti che la protezione deve soddisfare; tuttavia, la norma non appare di agevole interpretazione. Il paragrafo 1 predispone che la protezione possa essere offerta esclusivamente dallo Stato oppure da partiti e organizzazioni (comprese quelle internazionali che controllano lo Stato o una parte consistente del territorio). Questa scelta di includere attori non statali è stata molto criticata in dottrina; tuttavia, va sottolineato che la norma precisa che tali soggetti devono avere la volontà e la capacità di fornire effettivamente la protezione in base al paragrafo 2 dell'articolo 7, in cui viene specificato che la protezione fornita dev'esser effettiva e non temporanea e viene predisposta se i soggetti competenti "adottano adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori, avvalendosi tra l'altro di un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione o danno grave e se il richiedente ha accesso a tale protezione". Gli Avvocati generali hanno interpretato la seconda parte della disposizione nel senso di richiedere comunque un tipo di protezione analoga a quella fornita da uno Stato.

In definitiva, il riferimento dell'articolo 7 agli enti non statali dovrebbe ricondursi alle situazioni in cui vi è l'amministrazione di un territorio (o di parte di esso) da parte di un'organizzazione internazionale ovvero vi è l'acquisto da parte di un ente insurrezionale

⁸⁸ Un esempio di questo motivo di persecuzione è stato ravvisato nell'ambito di situazioni in cui le donne risultano essere vittime, come nel caso di mutilazioni genitali, sterilizzazioni forzate, aborto coatto, forme di violenza domestica oppure matrimoni forzati (Cfr. Cass. Sentenza 24 novembre 2017 n. 28152).

⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*.

di controllo stabile sul territorio che gli consente di riprodurre le funzioni statali tradizionali; di conseguenza, viene esclusa in questo senso la protezione di fatto, come quella fornita da una compagnia privata di sicurezza o un privato.

Tra le cause di cessazione della protezione internazionale, la Convenzione di Ginevra fa riferimento alla commissione di crimini internazionali oppure alla commissione di un grave reato comune fuori dallo Stato di rifugio⁹⁰; in questo senso, la direttiva in esame fa rientrare, all'interno del considerando 31, gli atti di terrorismo internazionale.

L'articolo 14 si occupa dei casi di revoca o di rifiuto del rinnovo della protezione internazionale, i quali corrispondono a quelli previsti dalla Convenzione di Ginevra; inoltre, i paragrafi 4 e 5 dell'articolo in questione riconoscono agli Stati membri la facoltà di revocare o non concedere lo *status* di rifugiato a un individuo nel caso in cui vi siano dei ragionevoli motivi per ritenere che questi rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato ovvero quando, essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisca un pericolo per la comunità dello Stato membro. Dato che si tratta di fattispecie ulteriori rispetto a quelle previste dalla Convenzione di Ginevra, questa disciplina è stata largamente criticata dalla dottrina e dall'Alto Commissariato, tale da sostenere l'incompatibilità con la Convenzione stessa⁹¹. Dei chiarimenti in merito alla revoca dello *status* di rifugiato derivano dalla Corte di giustizia nel caso *M e XX*, nel quale la Corte ha escluso l'incompatibilità con la Convenzione di Ginevra dei paragrafi da 4 a 6 dell'articolo 14, purché interpretato nel senso da esso indicato; in particolare, all'interno della sentenza citata viene fatta la distinzione tra la *qualità* di rifugiato, che compete a qualunque soggetto che soddisfi i requisiti materiali previsti dall'articolo 2, lettera d) della direttiva qualifiche, e lo *status* di rifugiato che prevede un riconoscimento formale, che comporta il rilascio, sulla base dell'articolo 26 paragrafo 1 della direttiva in esame, di un permesso di soggiorno, attraverso il quale l'interessato diverrebbe titolare dei diritti e benefici previsti dal capo VII della direttiva. La Corte ha chiarito che se, da un lato, la revoca dello *status* di rifugiato per motivi di sicurezza e ordine pubblico comporta la privazione del permesso di soggiorno, dall'altro tale individuo mantiene comunque la *qualità* di rifugiato, purché la sua condizione rispetti i requisiti materiali previsti dall'articolo 2, lettera d) della direttiva.

⁹⁰ V. Sezione I, p. 2.

⁹¹ Cfr. A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, 2016, pp. 347-348.

Il quadro predisposto dall'Unione europea in materia di rifugiati si caratterizza per il fatto di essere più ampio da quello previsto dalla Convenzione di Ginevra; uno degli elementi rilevanti in questo senso è l'introduzione, attraverso la direttiva 2004/83, dell'istituto di protezione sussidiaria, attualmente disciplinato dalla direttiva in esame. Questo istituto si ricollega al processo che si è consolidato, a carico dello Stato territoriale, dell'obbligo di non procedere all'allontanamento di stranieri verso Paesi in cui verrebbero esposti al rischio di subire torture o altre gravi violazioni. In questo senso, l'articolo 2, lettera f) della direttiva 2011/95 stabilisce come la protezione sussidiaria venga assicurata al cittadino di Stato terzo (o apolide) che non possiede i requisiti per essere definito come rifugiato, ma nei confronti del quale sussistono fondati motivi di ritenere che, nel caso in cui facesse ritorno al Paese d'origine (o dimora abituale in caso di apolidia), correrebbe un rischio effettivo di subire un "grave danno", una nozione centrale all'interno di questo istituto la quale ricomprende tre situazioni.

La prima tipologia di danno grave riguarda "la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte", un corollario del ripudio europeo della pena di morte, vietata dall'articolo 2 della Carta dei diritti fondamentali; nel caso in cui la condanna a morte venga stabilita per uno dei motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra, si dovrà riconoscere al condannato lo *status* di rifugiato.

La seconda situazione comprende "la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante", la quale, secondo la dottrina, costituisce il 'nocciolo duro' della protezione sussidiaria⁹².

La terza e ultima ipotesi di danno grave comporta "la minaccia grave e individuale alla vita o alla morte di una persona di un civile derivante della violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale". Si tratta dell'ipotesi più innovativa, poiché prevista esclusivamente dalla direttiva in mancanza di precedenti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Nel caso *Diakité*⁹³ la Corte di

⁹² La definizione di tortura si ricava dall'articolo 1 della Convenzione contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1984 e si riferisce a ogni trattamento particolarmente crudele mediante il quale si infligge intenzionalmente una sofferenza grave al fine di intimidire, ottenere informazioni o punire un individuo.

Invece, per quanto riguarda il trattamento inumano o degradante, esiste un'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia; si tratta di quei trattamenti che non raggiungono il livello di crudeltà della tortura e non presentano uno scopo specifico ma sono comunque in grado di provocare gravi lesioni fisiche o sofferenze mentali intense ovvero una grave umiliazione della vittima. Nella giurisprudenza europea sono stati qualificati come trattamento inumano o degradante la detenzione o il trattenimento di migranti o richiedenti asilo in strutture sovraffollate o insalubri.

È importante sottolineare come entrambe le definizioni sono frutto di un'interpretazione evolutiva.

⁹³ Corte di giustizia, sentenza del 30 gennaio 2014, causa C-285/12, *Diakité*.

giustizia ha specificato come la nozione di ‘conflitto armato’ ai sensi della direttiva si debba distinguere da quella prevista all’interno del diritto internazionale umanitario; in particolare, la Corte non ha ritenuto corretta l’interpretazione data dalle autorità belghe, le quali avevano negato al richiedente la protezione umanitaria in quanto non sussisteva nel Paese d’origine (Guinea) una situazione di conflitto armato ai sensi del diritto internazionale umanitario. Invece, l’articolo 15, lettera c) della direttiva indica come conflitto armato ogni situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra di loro.

Nel quadro della riforma SECA avviata nel 2016 dalla Commissione era stata formulata una proposta per sostituire la direttiva in esame con un regolamento; si era profilato in questo senso un accordo politico nella legislatura 2014-2019 tra Parlamento europeo e Consiglio, ma non si è giunti alla sua approvazione.

10. La Direttiva 2013/32

La direttiva 2013/32 (c.d. direttiva procedure) è stata adottata al fine di predisporre procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale; con questo *corpus* normativo si verifica l’abrogazione della precedente direttiva 2005/85, la quale prevedeva solo norme minime in materia.

Per quanto riguarda il campo di applicazione, la presente direttiva si applica a tutte le richieste di protezione internazionale presentate sul territorio, compresa la frontiera, ma non alle domande di asilo diplomatico o di asilo territoriale che vengono presentate presso le rappresentanze diplomatiche degli Stati membri⁹⁴.

Inoltre, questa trova applicazione tanto alle domande di asilo in base alla Convenzione di Ginevra, quanto alle domande di protezione sussidiaria; viene dunque configurata una procedura unica in merito alle richieste di protezione sulla base della direttiva 2011/95⁹⁵.

Per quanto riguarda la richiesta dello *status* di rifugiato, l’articolo 10 paragrafo 2 della direttiva in esame prevede, in primo luogo, che le autorità competenti debbano innanzitutto verificare se il richiedente abbia diritto al suddetto *status* e, in caso contrario, verificare se sia ammissibile invece l’applicazione della protezione sussidiaria.

L’esame delle richieste, in base alla direttiva, dev’essere su base individuale e in maniera obiettiva e imparziale, in modo tale da assicurare il rispetto tanto dei diritti fondamentali, quanto del principio di *non-refoulement*. Infatti, la norma cardine della direttiva in

⁹⁴ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16, *X e X c. Belgio*.

⁹⁵ Cfr. par. 11.

questione consiste nel garantire ai richiedenti la permanenza nel territorio dello Stato fino al momento in cui non sia stata adottata una decisione sulla loro domanda da parte dell'autorità competente⁹⁶. Vengono, tuttavia, previste delle deroghe solo in due casi: in presenza di domanda reiterata oppure nel caso in cui lo Stato competente intenda consegnare o estradare⁹⁷ il richiedente a un altro Stato membro, uno Stato terzo oppure a un tribunale penale internazionale.

Dall'altro lato, gli Stati non possono trattenere un individuo con il solo pretesto che si tratta di un richiedente protezione; questo principio viene confermato all'interno della direttiva procedure, la quale rinvia alla direttiva 2013/33 per quanto riguarda l'individuazione di motivi e condizioni di un eventuale trattenimento, come anche la previsione di un rapido controllo giurisdizionale.

La direttiva prevede una serie di garanzie procedurali che devono essere assicurate dagli Stati membri affinché il richiedente possa far valere i propri diritti; innanzitutto, rileva l'articolo 6 che prevede il diritto ad un effettivo accesso alla procedura. Più nello specifico, esiste l'obbligo degli Stati membri di registrare una domanda di protezione entro tre giorni lavorativi (sei, nel caso in cui la domanda venga recepita da organi non direttamente competenti alla registrazione). In aggiunta a ciò, i ricorrenti devono essere informati, in una lingua a loro comprensibile, della procedura da seguire. La Corte di giustizia, nel caso *Commissione c. Ungheria*, ha sottolineato come gli Stati membri devono garantire agli interessati che questi possano essere in grado di esercitare effettivamente il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale, persino alle frontiere, nel momento in cui ne manifestino la volontà, cosicché la domanda venga registrata ed esaminata nei tempi fissati all'interno della direttiva.

In questa sentenza, la Corte di giustizia ha riconosciuto un'infrazione da parte dell'Ungheria, poiché i cittadini di Stati terzi o apolidi desiderosi di accedere alla procedura a partire dalla frontiera serbo-ungherese si sono ritrovati nell'impossibilità pratica di presentare la loro domanda.

In aggiunta a ciò, tutte le decisioni prese dalle autorità statali devono essere comunicate per iscritto; in caso di respingimento della domanda, la decisione deve essere motivata *de iure* e *de facto* e dev'essere comunicata, sempre per iscritto, la possibilità di presentare impugnazione contro la decisione negativa. In questo senso, i richiedenti hanno diritto di

⁹⁶ Almeno, per quanto riguarda le procedure di primo grado.

⁹⁷ L'extradizione, tuttavia, può verificarsi solo previo accertamento che questa non possa comportare *refoulement* diretto o indiretto.

usufruire, in base alle necessità, di un interprete al fine di presentare le proprie argomentazioni alle autorità competenti e di comunicare con l'UNHCR o altre organizzazioni che prestano assistenza legale.

Inoltre, gli Stati membri devono consentire all'UNHCR⁹⁸ di accedere ai richiedenti protezione internazionale⁹⁹ e alle informazioni riguardanti le richieste e le procedure di protezione, di fornire il proprio parere a qualsiasi autorità competente.

Per quanto riguarda la fase della procedura di primo grado, gli Stati membri possono accordare assistenza e rappresentanza legali gratuite; invece, in secondo grado, gli Stati membri hanno l'obbligo di prestare tale tipologia di assistenza.

Viene inoltre introdotto nella direttiva un ulteriore obbligo per gli Stati membri, consistente nella valutazione, in un termine ragionevole dalla presentazione della domanda, della necessità per il richiedente di ottenere garanzie procedurali particolari (ad esempio motivi di età, di genere o di orientamento sessuale) attraverso il fornimento di un sostegno adeguato durante l'intera procedura.

Le decisioni sulle domande vengono poi adottate da apposite autorità nazionali designate dagli Stati membri, che devono garantire che queste dispongano di mezzi appropriati e di personale competente¹⁰⁰.

Prima che l'autorità intervenga con la propria decisione, viene data la facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla domanda di protezione internazionale, dandogli così l'opportunità di esporre le ragioni della richiesta. Il colloquio si svolge nella più assoluta riservatezza e agli Stati membri viene imposta la redazione di un verbale di ogni singolo colloquio oppure la trascrizione dello stesso.

La direttiva in esame disciplina all'interno del capo III le procedure di primo grado relative al riconoscimento della protezione, nel capo IV le procedure di revoca e nel V capo le procedure di impugnazione.

Nell'ambito delle procedure di primo grado, l'articolo 31 prevede un termine finale di sei mesi dalla presentazione della domanda per l'espletamento della procedura, il quale è derogabile solo in determinate circostanze, indicate dalla direttiva stessa¹⁰¹.

⁹⁸ In Italia, il rappresentante dell'UNHCR risiede nelle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale.

⁹⁹ Compresi quelli che vengono collocati nei siti di trattenimento.

¹⁰⁰ In Italia, le richieste di protezione vengono esaminate dalle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, istituite presso le prefetture. Viene affidato invece un ruolo di coordinamento e di indirizzo di queste attività dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, la quale presenta anche competenze decisionali in materia di revoche e cessazione dello *status* di protezione internazionale.

¹⁰¹ In ogni caso, non si può andare oltre i 21 mesi.

Oltre alla procedura ordinaria, la direttiva dispone una procedura in via prioritaria, la quale viene applicata nel caso in cui la domanda sia verosimilmente fondata oppure nel caso in cui il richiedente presenti una condizione di vulnerabilità ai sensi della direttiva in questione¹⁰², e una procedura accelerata, la quale comporta alcune deroghe rispetto alle norme generali. Questa si può svolgere alle frontiere o nelle zone di transito ai sensi dell'articolo 43, e quindi prima che venga resa una decisione sull'ammissione del richiedente sul territorio dello Stato d'ingresso. Quindi, questa procedura viene ammessa solo in casi determinati, dove viene evidenziata una scarsa attendibilità del richiedente o una sua volontà di non collaborare in determinate ipotesi.

Da un altro punto di vista, l'articolo 33 prevede una serie tassativa di ipotesi in cui uno Stato membro può qualificare una domanda inammissibile come, ad esempio, l'allontanamento del richiedente verso un "Paese terzo sicuro".

La verifica dell'inammissibilità della domanda può essere effettuata presso la frontiera o una zona di transito; infatti, l'articolo 43 in questo senso prevede che la procedura di frontiera deve concludersi entro un termine ragionevole e, qualora una decisione non venga presa entro quattro settimane, il richiedente può comunque essere ammesso nel territorio dello Stato membro, affinché la propria domanda venga esaminata nel rispetto delle procedure previste. In base a questo stesso articolo, in combinato disposto con le disposizioni in tema di trattenimento contenute all'interno della direttiva 2013/33, si ricava che uno Stato membro è autorizzato a trattenere i richiedenti che si presentano alle frontiere.

In aggiunta a ciò, dalla direttiva in esame si ricavano le nozioni di "Paese di primo asilo", "Paese d'origine sicuro" e "Paese terzo sicuro", le quali si fondano sulla presupposizione per cui il principio di *non-refoulement* non osta alla possibilità che lo Stato membro possa inviare il richiedente, anche contro la sua volontà, nel Paese d'origine o in uno Stato terzo, purché questi possano essere definiti come 'sicuri' per il soggetto stesso.

Il concetto di "Paese di primo asilo" viene esplicitato all'interno dell'articolo 35, e si riferisce a uno Stato che ha riconosciuto lo *status* di rifugiato al richiedente oppure, in alternativa, che possa offrire al richiedente una protezione sufficiente, nel rispetto del principio di *non-refoulement*.

Invece, la nozione di "Paese d'origine sicuro" si può incontrare già nell'ambito della procedura accelerata. In base all'articolo 37 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti a

¹⁰² Ci si riferisce al paragrafo 7, lettera b) dell'articolo 31, il quale rinvia a sua volta all'articolo 22 della direttiva 2013/33.

redigere una lista di Paesi d'origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale; si tratta di una designazione che si fonda su una serie di fonti di informazione provenienti, in particolare, da altri Stati membri, l'EASO, l'UNHCR, il Consiglio d'Europa e altre organizzazioni internazionali.

Vengono fornite all'interno dell'Allegato I della direttiva le condizioni per le quali un Paese d'origine può essere definito come "sicuro", ovvero quando "sulla base dello *status* giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica in generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni (...)" oppure "(...) tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante (...)" o non si tratta di una situazione di violenza indiscriminata nel contesto di un conflitto armato "interno o internazionale"; in ogni caso, il concetto di sicurezza vale solo sulla base di un esame individuale del richiedente ed esclusivamente nel caso in cui questi sia cittadino del Paese in questione ovvero nell'ipotesi in cui sia un apolide che vi soggiornava abitualmente. Tuttavia, il suddetto luogo può non essere considerato sicuro nel caso in cui il richiedente adduca "gravi motivi" per ritenere che non si tratti di un Paese d'origine sicuro per le circostanze *specifiche* in cui si trova.

Il terzo concetto menzionato precedentemente, riguarda sempre uno Stato terzo sicuro, però diverso da quello d'origine del richiedente, col quale questi presenta un legame sufficiente e vi è motivo di ritenere che vi possa essere riammesso.

In base alla direttiva, la designazione di un Paese terzo sicuro può avvenire sulla base di un esame caso per caso della sicurezza del suddetto Stato per un determinato richiedente e (/o) mediante la designazione nazionale all'interno di una lista. In ogni caso, il Paese deve presentare tutti i requisiti previsti all'interno dell'articolo 38 della direttiva: il richiedente non deve temere per la propria vita o libertà per motivi di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un gruppo sociale specifico; non sussiste un rischio di "danno grave" ai sensi della direttiva qualifichere¹⁰³; vengono rispettati il principio di *non-refoulement* e il divieto di misure di allontanamento contrarie al divieto di trattamenti crudeli, disumani o degradanti; esiste la possibilità di sollecitare il riconoscimento dello *status* di rifugiato e, se accordato, di beneficiare di una protezione conforme a quella prevista dalla Convenzione di Ginevra¹⁰⁴. Inoltre, l'articolo 38 precisa che l'applicazione del concetto in esame è subordinata all'adozione, da parte degli Stati membri, di norme che richiedono un legame tra il richiedente e il Paese terzo interessato;

¹⁰³ Cfr. par. 11.

¹⁰⁴ Cfr. Sezione I, par. 2

la Corte di giustizia, su quest'onda, ha evidenziato l'importanza della sussistenza di un legame significativo.

La possibilità che la richiesta di protezione venga trattata sulla base della procedura accelerata o dichiarata inammissibile sulla base della designazione, da parte dello Stato membro, di uno Stato terzo (d'origine o non) come 'sicuro' ha suscitato delle perplessità, soprattutto sulla base di una designazione *a priori* o attraverso delle liste; in questo senso, è importante rimarcare come l'indicazione di uno Stato come 'sicuro' non costituisca una presunzione assoluta, dato che il richiedente ha la possibilità di impugnare tale denominazione sulla base del fatto che, per quanto riguarda la propria posizione personale, quel determinato Paese non è sicuro.

Tuttavia, si è osservato che i criteri indicato costituiscono una sorta di inversione dell'onere della prova, di conseguenza il richiedente dovrà fornire elementi al fine di superare la presunzione insita nel ricorso al concetto di Paese sicuro.

La Commissione, all'interno del *Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*¹⁰⁵, si è espressa più volte a favore di un maggior grado di armonizzazione dei concetti di "Paese d'origine sicuro" e "Paese terzo sicuro", in particolare attraverso l'adozione di un elenco di Paesi redatto a livello sovranazionale.

Per quanto riguarda le procedure di impugnazione previste all'interno della direttiva, le disposizioni al riguardo sembrano essere più favorevoli rispetto a quelle previste nella precedente direttiva 2005/85. Secondo quanto previsto dall'articolo 46, gli Stati membri hanno l'obbligo di disporre che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice nei confronti delle decisioni sfavorevoli e tale ricorso deve prevedere l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95. Ma soprattutto, a differenza della disciplina precedente, viene previsto per il richiedente il diritto a rimanere nello Stato membro in questione fino alla scadenza del termine per la presentazione del ricorso o, se quest'ultimo è già stato presentato, fino all'esito dello stesso; inoltre, la regola dell'effetto sospensivo del ricorso è stata accompagnata dalla previsione di alcune significative eccezioni¹⁰⁶.

Le domande di protezione internazionale vengono esaminate da autorità statali, non da organi europei; al fine di supportare gli Stati membri nell'ambito dell'accoglienza e dell'ospitalità dei richiedenti protezione, da un punto di vista finanziario è stato istituito

¹⁰⁵ Cfr. par. 9.

¹⁰⁶ Cfr. art. 46, par. 6.

nel 2000 un Fondo europeo per i rifugiati, sostituito nel 2016 da un *Fondo asilo, migrazione e integrazione* (FAMI). Sempre nella prospettiva di offrire sostegno agli Stati membri è stato adottato il regolamento istitutivo dell'*Ufficio europeo di sostegno per l'asilo* (c.d. EASO) il quale, è necessario sottolineare, non ha alcun potere in relazione al processo decisionale degli Stati membri responsabili nell'ambito delle singole domande di protezione internazionale. Da tempo, in questo senso, è stato auspicato un rafforzamento dell'EASO attraverso l'istituzione di una vera e propria *Agenzia dell'Unione europea per l'asilo* (EUAA), la quale è stata istituita nel 2022 con sede a La Valletta.

11. L'accordo tra Unione Europea e Turchia: la "goccia" che ha scatenato la tempesta perfetta¹⁰⁷

In materia di immigrazione, rilevano le relazioni che sono state instaurate tra Turchia ed Europa nel tempo.

Di conseguenza, lo Stato in questione costituisce un paese d'origine sia per la migrazione legale, sia per la migrazione illegale, soprattutto grazie alle relazioni contrattuali stipulate con l'Europa nel corso degli anni.

Già a partire dal 2011, la Turchia ha affrontato il confronto con migliaia di rifugiati siriani, non solo grazie al lungo confine, ma anche grazie a un esteso sistema sprovvisto di visto nei confronti degli Stati africani, che hanno contribuito a rendere la Turchia il principale Stato di transito per i migranti che tentano di raggiungere l'Europa.

Il livello di migrazione delle relazioni correnti tra Unione europea e Turchia ha ricevuto una nuova attenzione a seguito degli eventi della crisi dei rifugiati; sin dal 2015, l'Unione ha affrontato il più ampio flusso di rifugiati dalla fine del secondo conflitto mondiale. Da questo punto di vista, l'applicazione della regola generale in materia di asilo, secondo la quale si deve fare richiesta nello Stato membro di primo ingresso, è risultata essere un fardello agli Stati membri meridionali, come l'Italia e la Grecia. In aggiunta a ciò, un maggiore apporto di migranti ha significato una maggiore occupazione degli *hotspot* situati in Grecia e in Italia.

Nell'ultimo periodo del 2015, la maggior parte delle richieste di asilo sono state archiviate in Germania, Svezia, Austria, Italia e Francia.

¹⁰⁷ Il titolo è un riferimento a F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law : The Need to Rethink the Dublin Regime, Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss.

Viene così annunciata nel maggio 2015 l'Agenda europea sulla Migrazione, che ha introdotto un piano ambizioso basato su quattro punti: la riduzione degli incentivi dell'immigrazione irregolare, l'assicurare un'efficace gestione delle frontiere, una forte e comune politica di asilo e una nuova politica in materia di migrazione legale; infatti, il crescente flusso migratorio ha portato a una reintroduzione dei controlli di frontiera e ha portato infine all'adozione della decisione di scoraggiare la partenza dei migranti dalla Turchia verso l'Europa.

Sin dall'estate del 2015, tanto l'Unione europea quanto i singoli Stati membri hanno cercato di coinvolgere la Turchia nell'affrontare la situazione migranti, utilizzando un'ampia matrice di strumenti di *soft law* e strumenti *sui generis* per implementare rapidamente degli accordi politici e pratici; in cambio, la Turchia ha ricevuto supporto economico dall'Unione europea.

Il primo passo di questa collaborazione è stato il *EU-Turkey Joint Action Plan* del 15 ottobre del 2015, il quale presenta due parti: la prima focalizzata sul supporto ai siriani sotto il regime di protezione temporanea e alle comunità turche ospitanti; la seconda si concentra sul rafforzamento della cooperazione al fine di prevenire l'immigrazione irregolare.

Durante il *summit* tra Turchia e Consiglio europeo, entrambe le parti sono risultate concordi nell'introdurre nuovi principi di rimpatrio di tutti i migranti irregolari che arrivano dalla Turchia alle isole greche attraverso i fondi europei e di favorire il ricambio con un altro migrante regolare, attraverso il quadro degli impegni già assunti in precedenza, al fine di accelerare la realizzazione della tabella di marcia relativa ai permessi di soggiorno con la prospettiva di sollevare i requisiti per il visto per i cittadini turchi entro la fine di giugno 2016.

Questi accordi e operazioni vengono accompagnati da un documento della Commissione relativo ai successivi *step* delle operazioni che avrebbero infine portato all'accordo tra Unione europea e Turchia, che è stato redatto il 18 marzo 2016 al fine di affrontare il flusso di migranti diretto verso l'Europa e di aiutare la situazione difficile affrontata dai rifugiati siriani.

In base a quanto previsto da questo accordo, le parti si assumono l'impegno affinché ogni migrante irregolare che attraversi la Turchia per arrivare alle isole greche, venga rispedito verso la prima attraverso i fondi europei e, per ogni siriano riammesso in Turchia, l'accordo permette la risistemazione di un altro rifugiato siriano dalla Turchia a uno Stato membro europeo.

I migranti, una volta arrivati in Grecia, vengono registrati e ogni richiesta di asilo verrà processata individualmente dalle autorità greche, in conformità con la Direttiva procedure asilo¹⁰⁸ in collaborazione con l'Alto commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite.

Per quanto riguarda la natura del testo in esame, questo menziona innanzitutto i “Membri del Consiglio europeo” e, successivamente, “l’Unione europea e i suoi Stati membri”; tuttavia, per lungo tempo il Parlamento europeo ha percepito inizialmente il testo in esame come un accordo tra la Turchia e il Consiglio, fino a quando il servizio legale del Parlamento stesso lo ha interpretato come un impegno politico in linea con le valutazioni rese dal Consiglio e dalla Commissione.

Si possono dunque porre due questioni fondamentali relative all’accordo in questione: la sua autorità e la sua classificazione in base al diritto internazionale.

La difficoltà in questo caso risiede nell’identificazione degli attori in vece dell’Unione o dei suoi Stati membri, una complessità che deriva non solo dalla sua forma di pubblicazione attraverso un comunicato stampa sul sito dell’Unione, ma anche dal fatto che la dichiarazione è parte di altre misure e incontri tra Turchia, l’Unione e i suoi diversi rappresentanti sin dal settembre 2015.

Il documento in questione riunisce tre strati di relazione tra Unione europea e Turchia attraverso un misto di impegni finanziari, precise condizioni e semplici aspettative o retoriche¹⁰⁹.

Il maggior incentivo per la partecipazione della Turchia all’interno di questo accordo è stato l’assunzione l’impegno, assunto dagli Stati membri e dall’Unione stessa, di sollevare dai requisiti per il visto i cittadini turchi che viaggiano verso l’Unione e attraverso lo stanziamento di fondi per il supporto dei rifugiati ospitati in Turchia.

Il precedente incentivo risulta, tuttavia, sottoposto alla condizione che la Turchia raggiunga i risultati previsti nella tabella di marcia e che venga adottata una decisione finale dal Parlamento europeo e dalla Commissione relativa all’esonero dall’obbligo del visto.

Questa rigenerazione del processo di adesione promessa all’interno dell’accordo in esame si è rivelata più retorica che una realtà in quanto la Turchia si è allontanata, dopo gli eventi politici del 2016, dai criteri di Copenaghen e dalla condizionalità applicata dell’Unione europea.

¹⁰⁸ V. par. 12.

¹⁰⁹ V. n. 54.

Tanto il Capitolo 17 (relativo alla politica economica e monetaria) quanto il Capitolo 33 (politica di bilancio) non sono centrali al processo di adesione e al suo progresso.

L'Unione europea ha chiarito come, a chiusura del suddetto capitolo, uno dei parametri di riferimento da raggiungere sia quello per il quale "la Turchia ha adempiuto ai suoi obblighi di piena e non discriminatoria implementazione del Protocollo Addizionale all'Accordo di Adesione verso tutti gli Stati membri".

La Commissione ha poi finalizzato la sua valutazione di impatto nel dicembre del 2016 su tre opzioni politiche, dichiarando che mantenere lo *status quo* non è possibile in un contesto economico in cui l'Unione europea, la Turchia e i loro rispettivi partner di scambio hanno perseguito e attuato accordi commerciali ambiziosi e globali.

Tuttavia, la raccomandazione della Commissione, sempre del dicembre del 2016, di aprirsi alle negoziazioni al fine di estendere e modernizzare l'unione doganale tra Unione europea e Turchia non è stata discussa dal Consiglio per ragioni politiche.

La generale reazione a questo accordo tra Unione europea e Turchia è stata critica, sia per quanto riguarda i suoi aspetti legali, sia per il suo impatto sulla politica di immigrazione.

La Commissione ha fatto circolare sei principi fondamentali riguardo la cooperazione tra Unione europea e Turchia e ha spiegato che le garanzie giuridiche per il ritorno di nuovi migranti irregolari sarebbero state applicate temporaneamente al fine di rompere lo schema ricorrente dei migranti che si affidano a reti criminali al fine di entrare in Europa. Tutti i rimpatri dovrebbero essere condotti in linea con le protezioni internazionali accordate ai rifugiati, come ogni richiesta di asilo dovrebbe essere trattata individualmente e i rifugiati dovrebbero ricadere tra due categorie: o tra i soggetti che devono essere rimpatriati, in quanto non bisognosi di protezione internazionale, o tra le persone che devono ritornare in quanto necessitano di protezione internazionale.

Una richiesta di asilo potrebbe essere conclusa se il rifugiato proviene da un paese terzo sicuro¹¹⁰ o potrebbe esserci già stato il riconoscimento come rifugiato¹¹¹. Questo potrebbe significare che la Turchia potrebbe essere classificata come Stato terzo sicuro. Recentemente, si è registrata un'enorme discrepanza tra le liste predisposte dagli Stati membri che indicano uno Stato terzo come sicuro e, in aggiunta a ciò, la Commissione aveva proposto l'adozione di una lista comune, mediante la predisposizione di un

¹¹⁰ In base all'articolo 38 della Direttiva Procedure.

¹¹¹ Cioè il primo Stato di asilo in base all'articolo 35 della Direttiva di cui sopra.

Regolamento¹¹², consistente nell'indicazione di potenziali e attuali paesi d'ingresso, comprendente la Turchia; in merito a questa inclusione, sono state sollevate numerose critiche. Infatti, a causa delle restrizioni geografiche applicate dalla Turchia, cittadini non-europei non vengono riconosciuti come rifugiati, e ai rifugiati siriani è stato riconosciuto solo uno *status* temporaneo.

In aggiunta a ciò, al fine di attuare questo assetto in maniera efficace e legale, la Grecia dovrebbe aggiornare drammaticamente le procedure di asilo esistenti. In entrambi i testi viene indicato che tutte le richieste di asilo sarebbero state diligentemente registrate, ma anche come i rifugiati sarebbero stati rimandati in Turchia. Come questo verrà aggiornato, e anche come verrà attuato con il diritto ad avere un efficace rimedio legale come previsto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali europea, rimane sconosciuto; nei primi giorni di applicazione del piano, è divenuto chiaro come vi fosse un numero insufficiente di membri dello staff esperti per completare rapidamente le procedure di asilo in Grecia e ciò ha contribuito ad aumentare la pressione sulle strutture *hotspot* sulle isole greche.

Inoltre, l'applicazione di questi nuovi *standard* dev'essere compatibile con le condizioni di detenzione dei richiedenti asilo stabilite dalla Corte europea dei diritti umani¹¹³.

Lo schema di rimpatrio proposto all'interno dell'accordo in questione ha trovato delle resistenze in Ungheria e Polonia, e sono stati richiesti degli sforzi dagli Stati membri concordi per ricollocare coloro che sono stati ritenuti idonei situati in Grecia e in Italia.

In aggiunta a ciò, il piano di ricollocamento si sarebbe fermato una volta raggiunti i 72.000 rifugiati. La dottrina si è divisa sul punto se considerare violazione del diritto internazionale lo schema di ricollocamento temporaneo; è stato suggerito infatti che sia una violazione del principio di non discriminazione secondo l'articolo 3 della Convenzione di Ginevra sui diritti dei rifugiati¹¹⁴. Tuttavia, si potrebbe controbattere che se tutte le richieste di asilo sono state debitamente registrate, allora le previsioni verrebbero applicate ai rifugiati senza discriminazione. Inoltre, se viene vista come problematica la restrizione degli scambi ai soli rifugiati siriani, allora dovrebbe essere accettato che la Turchia non può violare queste previsioni riguardo ai rifugiati non-europei a causa dell'applicabile restrizione geografica.

¹¹² *Proposal for a Regulation of the EP and the Council establishing an EU common list of safe countries of origin for the purposes of Directive 2013/32 EU. COM (2015) 452 final.*

¹¹³ Tra i casi v. Corte europea dei diritti umani, sentenza 16 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*.

¹¹⁴ V. Sezione I, par. 2.

Alcuni studiosi si sono concentrati sulla classificazione legale dell'accordo in esame e delle sue implicazioni legali. Nonostante venga classificato come *statement*, vi sono dei dubbi relativamente all'autore europeo e, soprattutto, se questo testo debba essere considerato un trattato internazionale. C'è chi lo considera un trattato internazionale del Consiglio europeo o degli Stati membri; di conseguenza, secondo queste teorie, l'accordo in questione è stato classificato come trattato internazionale concluso dal Consiglio europeo secondo la procedura prevista dall'articolo 218 del TFUE e che richiede il consenso del Parlamento europeo¹¹⁵.

Tuttavia, il Consiglio europeo come istituzione politica non ha la competenza di concludere trattati internazionali in vece dell'Unione europea; infatti, ai sensi dell'articolo di cui sopra, un trattato internazionale potrebbe essere concluso dal Consiglio europeo in vece dell'Unione oppure dai singoli Stati membri, sulla base delle loro regole sulla conclusione dei trattati. Ciò comporta di conseguenza, e la Corte di giustizia lo ha confermato¹¹⁶, che gli Stati membri non hanno perso nel tempo la loro

¹¹⁵ Cfr. M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER *'Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?'*, *EU Law Analysis*.

¹¹⁶ V. C. DANISI *Taking the "Union" out of "EU": The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement between States under International Law*. Anche l'articolo in questione si occupa della classificazione dell'accordo in esame però dal punto di vista della Corte di giustizia, a seguito di un ricorso presentato da tre richiedenti asilo arrivati in Grecia via mare e che rischiavano di essere riportati in Turchia a causa di questo accordo. I ricorrenti chiedevano l'annullamento dell'accordo tra Grecia e Turchia. La Corte di giustizia ha ritenuto che l'accordo in questione non sia un accordo dell'Unione europea ma un accordo europeo tra gli Stati membri e Turchia, avvenuto *ai margini* dell'incontro del Consiglio europeo che si è tenuto nel marzo del 2016. Quindi, in base all'articolo 263 del TFUE alla Corte di giustizia manca di giurisdizione per verificarne la sua legittimità. L'accordo in esame è stato presentato sul sito del Consiglio europeo con il comunicato stampa 144/2016 con l'espressione: *"l'Unione europea e la Repubblica di Turchia hanno deciso di porre fine all'immigrazione irregolare verso l'Europa"*; fino all'ordinanza della Corte di giustizia, non vi erano dubbi sul fatto che l'accordo costituisse un trattato internazionale, malgrado la sua forma particolare. Entrambe le parti sembrano evidentemente considerare l'accordo in questione come un atto attribuibile al Consiglio europeo, dati i specifici impegni internazionali attribuibili all'Unione europea in materia di migrazione. Le ordinanze della Corte di giustizia mostrano come la natura dell'accordo appaia controversa alla Corte stessa, mediante la richiesta al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Commissione se l'incontro del 18 marzo abbia portato all'approvazione di un accordo scritto e come gli obblighi prescritti all'interno del Trattato siano stati raggiunti e negoziati; il Consiglio, in questo senso, ha negato che fosse stato redatto un accordo o un trattato ai sensi dell'articolo 218 TFUE o dell'articolo 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, ma che invece l'accordo fosse *"frutto di un dialogo internazionale"* tra la Turchia e gli Stati membri durante un *"incontro internazionale"*. Secondo la Commissione, l'accordo è stato realizzato solo per prevedere le prospettive future assumendo un impegno politico piuttosto che disporre effetti vincolanti di alcun tipo. Tuttavia, secondo la Commissione, l'accordo in questione sembra aver portato al coinvolgimento dell'Unione europea, come anche del Presidente del Consiglio europeo e del Presidente della Commissione nella negoziazione politica. Al fine di raggiungere la conclusione per cui l'accordo in questione non sia un trattato internazionale stipulato dall'Unione europea, la Corte di giustizia si è affidata sul bisogno di comprendere se un'istituzione dell'Unione abbia cercato di concludere un trattato internazionale sulla questione; tuttavia, nel tentativo di identificare i presunti autori, la Corte ha dato la precedenza alle loro opinioni, piuttosto che al contenuto dell'accordo. Da una prospettiva di diritto internazionale, nell'adozione di un approccio del genere ha ignorato il diritto internazionale ordinario sull'interpretazione dei trattati, fallendo così nell'interpretare l'accordo *"in base al senso comune da attribuire al trattato nel loro contesto ed alla luce del suo scopo"*

competenza a stipulare trattati internazionali con Stati terzi fuori dal quadro dell'Unione europea, purché questi non interferiscano con le competenze esclusive dell'Unione, previste dall'articolo 3 del TUE.

Un trattato internazionale vincolante viene definito come un trattato internazionale redatto tra due entità, entrambe le quali risultano essere vincolate al diritto internazionale, presentano una personalità giuridica internazionale e una capacità di stipulare trattati, e che è destinato a creare diritti e obblighi, o di stabilire relazioni che si basano sul diritto internazionale.

Tuttavia, il titolo non è sufficiente a stabilire se ci si trova di fronte a un trattato internazionale; piuttosto, dev'essere stabilito se il testo chiarisce la volontà di essere vincolato, se le circostanze indicano che le parti, le quali hanno la competenza di concludere il trattato, abbiano l'intenzione di essere vincolate e di creare obblighi e diritti vincolanti.

Se, invece, non è possibile stabilire la natura legale dell'accordo sulla base di questi criteri oggettivi, si deve presumere che non si sono stabilite dei rapporti legali. Tuttavia, si deve tener presente del fatto che il confine tra trattati internazionali vincolanti e non vincolanti è sfocato nella pratica in quanto entrambi possono comunque presentare al loro interno degli obblighi politici.

Può essere fatto un confronto in questo senso con altre dichiarazioni congiunte redatte dalla Commissione o dal Consiglio con degli Stati terzi, come, ad esempio, la *Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU*¹¹⁷, firmata il 2 ottobre 2016 e adottata attraverso una decisione della Commissione, la quale rivela espressamente che non è legalmente vincolante ma affronta gli impegni assunti dall'Afghanistan di riammettere i cittadini che fanno il loro ingresso nell'Unione europea o permangono illegalmente in Europa e chiarisce come l'Unione si assuma la responsabilità dei costi del viaggio dei cittadini afgani verso la loro destinazione finale (Afghanistan).

(articolo 31 della Convenzione di Vienna). Il ragionamento in questione sembra essere quello di tenere fuori l'Unione europea dall'accordo in questione (da qui il titolo dell'articolo), facendo in modo così da evitare l'esame dell'accordo da parte della Corte stessa. Escludendo in questo modo la partecipazione delle istituzioni europee e classificando l'accordo in questione come un accordo tra gli Stati membri e le autorità turche, la Corte non ha inoltre specificato se gli impegni assunti attraverso questo siano vincolanti o meno.

¹¹⁷ C (2016) 6023/F1.

L'accordo in esame evita l'utilizzo della parola "*shall*"¹¹⁸ ripristinando invece l'utilizzo della parola "*will*"¹¹⁹ in diversi paragrafi.

Tanto le istituzioni europee, quanto i singoli Stati membri considerano questo accordo come una serie di impegni politici non legalmente applicabili e hanno dichiarato che tanto il Consiglio dell'Unione europea quanto il Consiglio europeo non siano gli autori dell'accordo in esame, e invece questo accordo risulta essere stato redatto tra i capi di Stato¹²⁰.

Questa lettura risulta essere confermata dalla Corte di Giustizia; è discusso che il contesto giornalistico della conferenza stampa 144/2016, che ha comunicato l'uso dell'accordo tra Unione europea e Turchia, è ambivalente e ambiguo¹²¹. Si basa invece sui documenti ufficiali relativi alla riunione del 18 marzo 2016 che ha indicato due eventi distinti, l'incontro del Consiglio europeo e un vertice internazionale; i capi di Stato o di governo degli Stati membri si sono incontrati con il Primo Ministro turco il 18 marzo 2016 nei locali condivisi dal Consiglio europeo e dal Consiglio, il Justus Lipsius e non può essere considerato, secondo il ragionamento della Corte, come una misura adottata dal Consiglio europeo o, inoltre, da ogni altra istituzione, ufficio, corpo o agenzia europea. Piuttosto, viene considerato uno strumento dei capi di stato e la Corte lascia aperta la questione se si schiera con l'Europa e se considerarlo un accordo politico o un trattato internazionale, a seconda della percezione del richiedente.

Questa argomentazione può sembrare fuorviante e sembra allontanare il Consiglio europeo da ogni responsabilità; questi dovrebbe essere considerato il principale responsabile di questo accordo, e lo stesso si dovrebbe fare in relazione ad altri impegni politici.

¹¹⁸ Forma di solito utilizzata per formulare degli obblighi.

¹¹⁹ Forma utilizzata per le richieste e per le intese politiche cfr. Tribunale UE ordinanza 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, p. 29.

¹²⁰ Cfr. *NF c. Consiglio Europeo*, cit., paragrafi 27-30. "(...) il Consiglio europeo ha segnatamente chiarito che (...) tra l'Unione e la Repubblica di Turchia non era stato concluso alcun accordo o trattato ai sensi dell'articolo 218 TFUE o dell'articolo 2 (...) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (...). [Ma] sarebbe stata solo il 'frutto di un dialogo internazionale tra gli Stati membri e la Turchia e, alla luce del suo contenuto e delle intenzioni dei suoi autori, [non sarebbe] destinata a produrre effetti vincolanti (...) Nella sua risposta del 2 dicembre 2016, il Consiglio ha precisato, (...), di non essere l'autore della dichiarazione UE-Turchia e di non essere stato affatto coinvolto nel dialogo strutturato (...) che aveva[no] condotto a tale dichiarazione".

¹²¹ V. *Ibidem*, paragrafi 61 "(...) è necessario far riferimento ai documenti relativi alla riunione del 18 marzo 2016 per stabilirne la portata" e 66 "Questi documenti trasmessi ufficialmente (...) dimostrano quindi che, nonostante i termini malauguratamente ambigui [eng. *regrettably ambiguous*] della dichiarazione UE-Turchia come diffusa per mezzo del comunicato stampa 144/16, è nella loro qualità di capi di Stato o di governo che hanno incontrato il Primo ministro turco il 18 marzo 2016 all'interno dei locali condivisi dal Consiglio europeo e dal Consiglio, ossia nel palazzo Justus Lipsius".

Il Consiglio europeo non ha la competenza di concludere accordi in vece dell'Unione europea; l'articolo 15 del TUE prescrive che questi definisce la direzione generale politica ma che non deve esercitare funzioni legislative.

Quindi, sembra che l'Unione europea eviti attentamente l'impressione di un trattato internazionale informale dietro la definizione di "Accordo" e mediante il coinvolgimento del Consiglio europeo. In qualsiasi altro caso, questo potrebbe essere contestato sulla base dell'articolo 263 del TFUE¹²² a condizione che l'atto in questione adottato dal Consiglio sia legalmente vincolante e che la pretesa avanzata da un richiedente sia di preoccupazione diretta e individuale.

Questo crescente utilizzo degli strumenti di *soft law* internazionali costituisce un arduo *balancing test* tra incertezze giuridiche ed efficienza orientata ai risultati; la *soft law* in questo senso continua ad essere un allettante strumento tanto per i diplomatici quanto per i politici.

12. La Dichiarazione di Malta

Un importante apporto in materia di sbarchi è stato effettuato dalla Dichiarazione di Malta del 2019, la quale costituisce una "*joint declaration of intent*"¹²³ quindi non un vero e proprio testo normativo europeo o internazionale.

Il 23 settembre dello stesso anno, si è tenuto sull'isola di Malta un *summit* non ufficiale, al fine di trovare una soluzione a lungo termine in materia di *Search and Rescue*, sbarchi e ricollocazione dei migranti nel Mediterraneo, al quale hanno partecipato i ministri dell'interno italiano, maltese, francese, tedesco e finlandese.

Da ciò è risultata la suddetta Dichiarazione con l'intento di instaurare una procedura d'emergenza controllata attraverso un testo preliminare, che tratta di un meccanismo di cooperazione, successivamente sviluppato in sede del seguente incontro del Consiglio di Giustizia e Affari interni del 7 ed 8 ottobre 2019, al fine di convincere gli altri Stati membri a aderire alla Dichiarazione. Ma questa non ha riscontrato molto successo, anzi ha ricevuto una tiepida accoglienza. Infatti, si sono rilevate in questo senso due opinioni contrastanti: secondo le dichiarazioni del Ministro dell'Interno tedesco dell'epoca (Seehofer) altri otto Stati membri erano risultati interessati a aderire al meccanismo di

¹²² Secondo il quale il Consiglio europeo può adottare, a maggioranza qualificata, due tipi di decisioni: la prima che stabilisce l'elenco delle formazioni del Consiglio, ad eccezione degli Affari generali e Affari esteri; la seconda è relativa alla presidenza delle formazioni del Consiglio, ad eccezione degli Affari esteri.

¹²³ L'utilizzazione di una *joint declaration* spesso rispecchia l'intenzione delle parti contraenti, in sede di relazioni internazionali, di non ottenere uno strumento legalmente vincolante.

solidarietà ivi previsto; secondo invece il Ministro dell'Interno lussemburghese Asselborn solo altri tre Stati membri¹²⁴ avrebbero mostrato interesse ad aderirvi.

Nonostante ciò, c'è chi percepito la Dichiarazione in questione come un primo passo o, addirittura, una svolta decisiva verso una necessaria azione comune europea.

Secondo alcuni, questo testo potrebbe sembrare un (ennesimo) tentativo di fornire una soluzione che possa alleviare e protrarre le conseguenze della crisi migratoria; le origini della Dichiarazione derivano dalla politica dei porti chiusi portata avanti dall'ex Ministro dell'Interno Matteo Salvini e dalle sue iniziative volte a limitare l'entrata nei porti italiani da parte delle navi delle ONG, le quali spesso vagavano per giorni lungo le coste nostrane. Da qui si sono inserite numerose iniziative governative e informali le quali hanno portato, dopo vari tentativi, all'identificazione di un porto sicuro, con conseguenti sbarchi di migranti e meccanismi di ricollocazione.

Vi sono stati degli accordi in materia, aventi natura intergovernativa, guidati dalla Commissione europea, la quale ha svolto costantemente il ruolo di intermediario al fine di procurare soluzioni alle crisi causate dalle singole navi di soccorso, bloccate nel Mediterraneo; un coinvolgimento che però non ha individuato le cause legali riguardo a queste problematiche, soprattutto in base al principio dello stato di diritto.

Da un punto di vista formale, la Dichiarazione presenta un preambolo formato da dodici punti; dopo aver specificato la sua natura temporanea, viene presentato il quadro della situazione da un lato richiamando gli obblighi indicati dalla Convenzione SAR, dall'altro indicando lo scopo del testo in esame, cioè il bisogno di gestire la situazione nel Mediterraneo.

La Dichiarazione comprende sia una serie di predisposizioni programmatiche riguardanti problematiche generali, sia disposizioni più precise; si possono individuare tre temi: sbarchi, ricollocazione e *Search and Rescue*.

Per quanto riguarda il primo ambito, questo costituisce uno dei problemi più urgenti agli occhi della Dichiarazione, ossia dove far sbarcare i migranti, un concetto connesso alla ricerca di un "*place of safety*"¹²⁵ messo in discussione anche a livello internazionale¹²⁶.

¹²⁴ Portogallo, Irlanda e Lussemburgo.

¹²⁵ *O port*.

¹²⁶ Si pensi ad esempio all'articolo 98 della Convenzione UNCLOS, (v. Sezione I, par. 5) oppure alla regola 33 della Convenzione SOLAS come modificata nel 2004 (v. Sezione I, par. 3).

In base al diritto sovranazionale, il regolamento 656/2014 (c.d. Regolamento dei confini marittimi) prevede delle regole in materia di attività di sorveglianza alle frontiere esterne marine condotte dagli Stati membri sotto il coordinamento della Frontex.

L'articolo 10 del suddetto testo permette di distinguere tra navi intercettate in acque territoriali, per le quali lo sbarco avviene nello Stato membro di riferimento, e quelle intercettate in alto mare, per le quali lo sbarco potrebbe avvenire nello Stato terzo dal quale si presume che la nave sia partita oppure, se ciò non è possibile, nello Stato membro ospitante, il quale deve collaborare con il *Maritime Rescue Coordination Centre* al fine di identificare un *place of safety* e, dopo che questi è stato designato, lo sbarco potrà procedere in maniera rapida ed efficiente. Come regola residuale, qualora non ci sia accordo sulla designazione del *place of safety* “*as soon as reasonably practicable*”, le autorità nazionali che partecipano allo sbarco devono essere autorizzate a sbarcare presso lo Stato membro ospitante.

Ignorando queste regole comunitarie, la Dichiarazione di Malta del 2019 sottolinea il bisogno dell'instaurazione di un “*predictable and efficient temporary solidarity mechanism*” al fine di assicurare degli sbarchi dignitosi, identificando tre criteri per individuare il *place of safety* per lo sbarco.

In primo luogo, viene impostata una clausola aperta secondo la quale: “*every Member State can always offer an alternative place of safety*”.

In secondo luogo, viene stabilito che, in caso di pressione migratoria sproporzionata affrontata da uno Stato di primo approdo, possa essere proposto, sempre su base volontaria, un *place of safety* alternativo; nonostante il richiamo alla base volontaria, si deve ricordare come nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹²⁷ la Corte europea dei diritti umani ha stabilito che gli Stati devono evitare il trasferimento da uno Stato all'altro in base al sistema Dublino quando l'assenza o il deficit di condizioni di recepimento siano equivalenti a trattamenti inumani e degradanti, violativi dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani. Lo stesso può essere detto in caso di sbarco dovuto a un'eccezionale pressione migratoria.

In terzo e ultimo luogo, il terzo criterio stabilisce che le navi statali possano sbarcare le persone soccorse nel territorio dello Stato di bandiera della nave. Un criterio indicato come opportunistico (oltre che poco realistico), dato che sembra costruirsi su un oscuro punto di diritto, soprattutto se combinato con un insieme di altri criteri dello stesso

¹²⁷ Corte europea dei diritti umani, sentenza 21 gennaio 2011 ricorso n.30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

stampo, come la proprietà della nave, il luogo di registrazione, la nazionalità dell'ONG coinvolta o quella dell'equipaggio a bordo.

Al di là delle disposizioni europee, di solito la designazione del *place of safety* viene effettuata dal comandante della nave, tenendo conto di due considerazioni, ovvero il divieto di *non-refoulement* e la scelta del porto sicuro più vicino nella misura in cui la designazione venga dettata dalla necessità del caso.

Quindi la questione relativa agli sbarchi affrontata dalla Dichiarazione di Malta consiste in una serie di opzioni che o si affidano a una base volontaria (cioè i primi due criteri) oppure su una possibile, seppur labile, connessione con il territorio dello Stato di bandiera della nave che effettua il salvataggio (ovvero il terzo criterio); una critica che si può sollevare in materia in questo senso è il fatto che la Dichiarazione di Malta si occupa dei salvataggi in mare, e del susseguente sbarco, avvenuti nelle aree maltesi ed italiane, non occupandosi invece di altri Stati membri presenti nell'area mediterranea¹²⁸.

La seconda tematica riguarda invece la ricollocazione. In base a quanto stabilito dalla Dichiarazione, questa deve aver luogo il prima possibile¹²⁹, attraverso un *fast track system*, mentre per coloro che non presentano i requisiti deve essere immediatamente garantito un effettivo e rapido ritorno¹³⁰. Seppur queste disposizioni siano state previste in virtù delle esperienze precedenti, caratterizzate da lunghe ed estenuanti trattative tra i governi europei mentre, nel frattempo, i migranti erano costretti a permanere sulle navi per lunghi periodi, la Dichiarazione non prevede alcun criterio o dettaglio relativo alle percentuali, alle quote o alle chiavi di distribuzione.

Per quanto riguarda gli attori coinvolti, la Commissione Europea si occupa di coordinare il meccanismo, mentre per gli Stati partecipanti vengono previsti stanziamenti di fondi europei, l'istituzione di agenzie e assistenza da parte dell'EURODAC; inoltre, il meccanismo di ricollocazione segue il sistema *Hotspot*.

Per quanto riguarda invece i beneficiari, il punto 2 della Dichiarazione si riferisce espressamente ai richiedenti asilo quindi, di conseguenza, solo chi ha presentato la domanda di protezione internazionale può essere ricollocato. Una conferma indiretta può essere trovata al punto 1 dove si parla di sbarchi dei migranti salvati in alto mare; di conseguenza, gli sbarchi sono rivolti a tutti gli individui, mentre la ricollocazione si

¹²⁸ Si fa riferimento nello specifico alla Spagna e alla Grecia, le quali (insieme alla Bulgaria) hanno presentato una dichiarazione congiunta con la quale si è richiesta l'estensione a questi Stati dei meccanismi di ricollocazione.

¹²⁹ Nel testo: "*within four weeks*".

¹³⁰ Cfr i par. 4 e 7.

rivolge solamente ai richiedenti asilo. Inoltre, non è chiaro se le autorità degli Stati partecipanti possano selezionare, anche attraverso criteri illegittimi, i potenziali beneficiari in base al loro orientamento politico – come specifiche nazionalità, solo famiglie etc. – dato che la Dichiarazione fa solo riferimento all'intenzione di “*building on and improving existing practices by streamlining procedures*” che sembra richiamare gli accordi di sbarco e ricollocazione *ad hoc* istituiti lungo l'estate del 2018, attraverso i quali un piccolo numero di Stati membri ha accettato volontariamente una quota di richiedenti asilo sbarcati in Italia e Malta attraverso un approccio “nave per nave”.

A conferma di ciò, il settimo punto prevede che, a seguito dello sbarco, i soggetti non idonei per ottenere la protezione internazionale verranno rimpatriati, con l'assistenza dell'IOM e dell'Agenzia Europea della guardia di frontiera e costiera; tuttavia, nulla viene detto circa i requisiti di idoneità.

In aggiunta, gli Stati Membri di ricollocazione si assumono la responsabilità di esaminare le domande di asilo.

Già all'interno della Dichiarazione di Malta del 2019, è stata evidenziata la necessità di una riforma al sistema di Dublino; anzi, è stata vista come una possibile occasione per la ricerca di un compromesso all'interno di questo sistema, si potrebbe dire un'impronta per il futuro attraverso un più ponderato sistema di ricollocazione, cosa che in effetti non è. Inoltre, il sistema di redistribuzione proposto presenta due problematiche: contrasta con l'articolo 80 TFUE, ovvero il principio di solidarietà, e indebolisce la coerenza e l'effettività della politica di migrazione europea.

Il terzo e ultimo ambito in esame attiene al *Search and rescue* (c.d. SAR); si può notare come negli ultimi anni le attività di *search and rescue* nel Mediterraneo abbiano affrontato una serie di problematiche, tanto dal punto di vista qualitativo quanto da quello quantitativo e ciò in base ad una politica, dapprima europea e successivamente italiana, basata sulla costruzione di un clima di sospetto verso l'attività delle ONG, della criminalizzazione delle operazioni di salvataggio e soccorso in mare, come anche dell'adozione della cosiddetta politica dei porti chiusi attraverso la cooperazione con la Libia; infatti il Ministro dell'Interno italiano Lamorgese¹³¹ ha dichiarato non solo di voler continuare la cooperazione con la Libia, ma ha anche sottolineato il fatto che la guardia costiera libica abbia svolto un buon lavoro.

¹³¹ V. Repubblica, A. ZINITI, *Sbarchi, accordo tra i ministri Ue. Lamorgese: "Da oggi l'Italia non più sola"*.

Quest'ultimo aspetto ha portato a un'aspra critica da parte delle istituzioni europee, seppur abbia beneficiato dei loro stessi fondi (nello specifico l'*EU Trust Fund for Africa*). Infatti, insieme al Consiglio d'Europa, la Commissione per i diritti umani ha invitato gli Stati a ripensare alla politica di collaborazione intrapresa con la Libia e la sua guardia costiera¹³²; infatti, vi sono prove evidenti di condotte illegittime e costanti atti di violenza perpetuate dalla guardia costiera libica verso i migranti soccorsi attraverso anche costanti respingimenti verso i porti libici non sicuri (si potrebbe dire un *place of usateti*), i quali vengono sottoposti a detenzione arbitraria, schiavitù, tortura e altri trattamenti inumani all'interno dei centri di detenzione¹³³.

Tuttavia, l'Europa, invece di astenersi dal cooperare con la guardia costiera libica, continua a collaborare con essa, come viene ampiamente dimostrato dalla Dichiarazione di Malta, la quale si ispira al Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare datato 7 agosto 2017¹³⁴.

Le problematiche della Dichiarazione in questione sono molte, dal fornire una misura rapida senza tener conto della situazione in generale al non rappresentare uno strumento adottato di comune accordo, come anche la mancata predisposizione di un meccanismo di solidarietà prevedibile ed efficiente, rispecchiando con ciò una parte della politica europea recente, la quale si è espressa più con dichiarazioni di intenti (alle quali non susseguono azioni concrete) che con scelte politiche effettive ed efficienti.

Inoltre, al posto di istituire un'operazione di *Search and rescue* vera e propria nel Mediterraneo, inquadra come un'opzione politica possibile un sistema di sorveglianza aerea rafforzato, in linea con il mandato rivisto dell'Operazione Sophia e rafforzando, in questo senso, la cooperazione con la guardia costiera libica.

¹³² Sul punto si veda il caso, Corte europea dei diritti umani, sent. 5 luglio 2018, ricorso n.21660/2018, *S.S. e altri c. Italia*.

¹³³ Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute "*EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*"

¹³⁴ All'interno del codice in questione viene predisposto che l'obiettivo principale delle autorità italiane nel soccorso di migranti rimane la tutela della vita umana e dei diritti fondamentali, un'attività che non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri Stati membri nel rispetto dell'articolo 80 TFUE. Durante la riunione informale dei Ministri della Giustizia e degli Affari Interni del 6 luglio 2017 a Talinn, i Ministri dell'Interno europei si sono ritrovati concordi nell'iniziativa italiana riguardante l'adozione di un Codice di condotta per le ONG che le vincolino a una serie di regole chiare, predisposto in cooperazione con le ONG interessate. Le ONG firmatarie hanno assunto una serie di impegni. Il Codice si chiude con due raccomandazioni secondo le quali la mancata sottoscrizione o inosservanza di alcuni impegni potrebbe comportare l'adozione di misure da parte delle autorità nei confronti delle navi, nel rispetto della legislazione nazionale e internazionale; in aggiunta a ciò, il mancato rispetto degli impegni previsti dal presente Codice verrà comunicato dalle Autorità italiane allo Stato di bandiera e a quello in cui è registrata l'ONG.

Altre incertezze in questo senso si orientano sul funzionamento del meccanismo, attraverso criteri di sbarco e ricollocazione irrealizzabili, relegandoli a trattative tra autorità nazionali caratterizzate da scarsa trasparenza; invece, come ha correttamente statuito la presidente della Commissione europea Von der Leyen, bisogna trovare una risposta permanente, in maniera tale da abbandonare le misure adottate caso per caso.

13. Il Nuovo Patto sulla migrazione e asilo

Il Nuovo Patto sulla migrazione e asilo del 2020¹³⁵ nella sua introduzione effettua un'analisi interessante sul fenomeno migratorio, definito come una costante della storia dell'umanità e come uno degli elementi che possono apportare un contributo alla crescita, della società; per questo viene richiesta l'instaurazione di un sistema in grado di gestire adeguatamente il fenomeno migratorio fondato sui valori europei e nazionali. Dalla crisi dei rifugiati del 2015 e 2016 si sono rilevate delle gravi carenze nella gestione delle politiche migratorie, soprattutto dato dalla mancanza di adozione di una politica unitaria in materia; in questo ambito si inserisce il Patto sulla migrazione e asilo, sottolineando la necessità dell'instaurazione di un quadro europeo "nuovo e duraturo".

Il secondo punto del Patto sulla migrazione e asilo riguarda la proposta di instaurazione di un quadro europeo comune per la gestione della migrazione e asilo, il quale si apre con una riflessione sulle diversità tra i flussi migratori del biennio 2015-2016 e quelli del 2020, caratterizzati da una maggiore complessità sulla quale si sono concentrati i meccanismi di solidarietà e di condivisione della responsabilità europei attraverso l'instaurazione di una *task force* integrata insieme agli Stati e agenzie dell'Unione Europea; ma ciò non tolgono, agli occhi dell'Unione, le preoccupazioni e le inefficienze in materia di equità di tali misure.

Viene evidenziata la necessità di colmare le lacune esistenti tra i controlli di frontiera e le procedure di asilo e rimpatrio attraverso la proposta di instaurare una procedura di frontiera fluida, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano senza autorizzazione, mediante innanzitutto gli accertamenti preliminari all'ingresso (c.d. *screening*) attraverso l'identificazione, controlli sanitari, rilevamento di impronte digitali, registrazione all'Eurodac, creando fiducia nel sistema e istituendo un primo passo verso il sistema di asilo e rimpatrio.

¹³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2020) 609 *final*.

Inoltre, viene proposta dalla Commissione l'adozione di un regolamento sulle procedure d'asilo che vada ad abrogare la direttiva 2013/32¹³⁶ al fine di un utilizzo più flessibile ed efficace delle procedure di frontiera, mediante l'instaurazione di una corsia rapida e dei concetti di "Stato d'origine sicuro" o "Paese terzo sicuro" e l'esame rapido nei casi in cui, ad esempio, vengano presentate delle domande di asilo aventi scarsa probabilità di essere accettate o domande presentate dai richiedenti con l'intento di ingannare le autorità. In aggiunta a ciò, il respingimento della domanda comporta conseguentemente la procedura unionale di rimpatrio alla frontiera fornendo così, secondo l'opinione del Patto stesso, un chiaro messaggio ai trafficanti¹³⁷; sempre secondo l'opinione del Patto, queste procedure consentiranno alle autorità competenti in materia di asilo e immigrazione di valutare più efficientemente le domande fondate, al fine di ottenere un migliore funzionamento delle politiche di asilo e rimpatrio.

Dato che le innovazioni proposte sottolineano la necessità di superare il sistema Dublino, di conseguenza viene ritirata la proposta del 2016 di modifica del suddetto sistema in favore dell'istituzione della proposta di un nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione¹³⁸, mediante il quale verrà instaurato un quadro comune al fine di un'equa ripartizione della responsabilità e di affrontare in maniera efficace la questione degli arrivi misti di persone, bisognose e non di protezione internazionale, sulla base del principio di solidarietà, il quale si concentra sui meccanismi di ricollocazione e di rimpatri sponsorizzati¹³⁹. Dato che vi è libera scelta sul meccanismo da applicare, agli Stati viene concessa la flessibilità di decidere se e in quale misura ripartire il proprio impegno tra queste due misure.

Un'altra problematica evidenziata dal Patto si focalizza sul sistema di competenza di esame della domanda di protezione internazionale; quindi, viene rimarcata la necessità di rafforzamento di questo sistema con la conseguente eliminazione delle scappatoie¹⁴⁰.

Si richiede dunque non solo un perfezionamento dei criteri di competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale per rendere più efficiente il sistema, ma anche l'istituzione di obblighi a carico del richiedente e, in aggiunta, le conseguenze in caso di

¹³⁶ Proposta COM (2020) 611 del 23 settembre 2020, per la quale si mirerebbe all'istituzione di un processo decisionale più accessibile, efficace e tempestivo, con l'auspicio della Commissione di raggiungere un'armonizzazione sulla definizione dei concetti di "paese d'origine sicuro" e "paese terzo sicuro".

¹³⁷ Cfr. *Global Report on Trafficking in Persons*.

¹³⁸ Proposta COM (2020) 610 del 23 settembre 2020.

⁸¹ Per "sponsorizzazione" si intende il sistema mediante il quale lo Stato membro competente (il c.d. "sponsor") per il rimpatrio viene sostenuto dagli altri Stati membri, mentre lo "sponsor" si assume la responsabilità di effettuare il rimpatrio entro un termine prestabilito.

¹⁴⁰ Intese come spostamenti non autorizzati.

non ottemperanza. Viene inoltre proposta la modifica della disciplina relativa al soggiorno per lungo periodo, cosicché i titolari di protezione internazionale vengano incentivati a permanere nello Stato membro che ha concesso suddetto titolo, ottenendo in questo modo lo *status* di soggiornante di lungo periodo dopo tre anni di soggiorno legale. Per funzionare a livello europeo, il Patto evidenzia la necessità del funzionamento delle politiche di gestione delle frontiere, di asilo e di rimpatrio a livello nazionale e locale; in questo senso, la proposta di regolamento sulla gestione, sulla migrazione e sull'asilo prevede la realizzazione di una più stretta cooperazione attraverso la pianificazione, la preparazione e il monitoraggio tanto a livello nazionale, quanto europeo; viene menzionata inoltre i ruoli fondamentali ricoperti dal meccanismo di valutazione Schengen e quello di vulnerabilità Frontex, come anche la proposta dell'istituzione di una nuova Agenzia dell'Unione europea per l'asilo¹⁴¹.

Un punto interessante del Patto consiste nell'esame delle norme dell'Unione europea in materia di rimpatri, evidenziando come un sistema efficace in materia possa esistere solo nel caso in cui coloro che non hanno diritto di soggiornare nell'Unione possano essere effettivamente rimpatriati; dato che, a detta del Patto, solo un terzo dei destinatari dell'ordine di rimpatrio vi ottemperano, la fiducia nel sistema da parte dei cittadini verrebbe minata in questo senso. Inoltre, questo esporrebbe i suddetti destinatari non solo a condizioni precarie, ma anche a sfruttamento da parte delle reti criminali; da ciò deriva la necessità di istituire un sistema europeo comune per i rimpatri, attraverso anche la cooperazione con i paesi terzi. Secondo il Patto, in questo senso si impone la proposta del 2018 di rifusione della direttiva rimpatri, la quale comporterebbe una migliore gestione della politica di rimpatri, una prevenzione e riduzione delle fughe e degli spostamenti non autorizzati, come anche un potenziamento dei risultati mediante l'utilizzo di strumenti informatici *ad hoc*.

Viene esposta poi la necessità di un adeguato sostegno operativo, dovuta soprattutto dalla scarsità di risorse finanziarie e umane degli Stati membri, come anche l'assegnazione di un ruolo centrale alla Frontex come braccio operativo del sistema di rimpatrio europeo. Ovviamente, un processo fluido e unitario di migrazione e asilo richiede una gestione adeguata delle informazioni necessarie; in questo senso, il Patto propone un ulteriore sviluppo dell'Eurodac, che dovrebbe permettere l'istituzione di una banca dati aggiornata al fine di creare un collegamento tra le procedure di asilo e di rimpatrio e fornire un

¹⁴¹ Istituita nel 2022, con sede a La Valletta, cfr. par. 14.

sostegno alle autorità nazionali che si occupano dei richiedenti asilo la cui domanda è stata respinta in un altro Stato membro.

Il terzo paragrafo si occupa dell'instaurazione di un sistema di preparazione e risposta alle crisi e delle problematiche connesse. Infatti, come già detto in precedenza, la situazione affrontata dal Patto è differente da quella esaminata negli anni precedenti; a questo fine, viene proposta l'istituzione di un nuovo programma di preparazione e risposta alle crisi nel settore della migrazione¹⁴², affinché venga favorito il passaggio verso una modalità che si basi sulla preparazione e sull'anticipazione al posto di una modalità reattiva.

Si tratta di un programma che prevede il costante monitoraggio della capacità degli Stati membri al fine di organizzare una risposta unica e coordinata alle crisi, un'attività che prevede l'utilizzo del sistema *hotspot*; quindi, dei punti di crisi e le soluzioni trovate a livello di fronteggiare la crisi e protezione civile.

Questo viene visto come un importante sostegno alla capacità di risposta dell'Unione in materia di disposizioni future e di misure da adottare al fine di affrontare le prossime crisi in questo ambito.

Nelle situazioni di crisi viene prevista anche la possibilità per gli Stati membri di derogare, in via temporanea, alle ordinarie procedure e scadenze, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali e del principio di *non-refoulement*.

Il quarto paragrafo tratta della gestione integrata delle frontiere, uno strumento strategico indispensabile per l'Unione con un fine di protezione e salvaguardia dell'integrità e del funzionamento dello spazio Schengen.

Questo tema¹⁴³ viene inteso come una responsabilità condivisa da tutti gli Stati membri, dei paesi associati Schengen, dell'Unione e delle sue agenzie; quindi, in caso di carenze l'effetto è duplice: in primo luogo lo Stato membro interessato dovrebbe affrontare una sfida supplementare da solo e, in secondo luogo, potrebbero insorgere conseguenze che potrebbero compromettere la credibilità del sistema dell'Unione.

Alla Commissione viene affidata la preparazione del documento strategico del ciclo politico e di attuazione strategico pluriennale, la cui presentazione era stata fissata per il primo semestre del 2021, dove avrebbe dovuto essere definito un quadro unificato per rivolgere orientamenti strategici a tutti i soggetti coinvolti (sia a livello europeo, sia a livello nazionale) nel settore di gestione delle frontiere attraverso strategie collegate, al

¹⁴² Raccomandazione (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020.

¹⁴³ L'attività in questione viene attuata dalla guardia di frontiera e costiera europea.

fine di realizzare la coerenza tra tutti gli strumenti giuridici, finanziari ed operativi pertinenti.

Affinché l'Unione europea sia in grado di sostenere gli Stati membri alle frontiere esterne, in ambito di rapidità, portata e flessibilità dell'aiuto necessario, secondo il Patto sarebbe indispensabile la piena e rapida attuazione del regolamento relativo alla guardia di frontiera e costiera europea¹⁴⁴, nel quale si mira a rafforzare la cooperazione quotidiana. Alla luce del Patto, la gestione di frontiere esterne forti richiede anche l'istituzione di sistemi informatici aggiornati e interoperabili attraverso una piattaforma informatica, la cui piena operatività del sistema viene prevista entro la fine del 2023.

Inoltre, viene previsto che la Commissione deve presentare le modifiche necessarie alla revisione del regolamento Eurodac affinché, alla fine, si realizzi la fiducia nello spazio Schengen rendendo la procedura di rilascio dei visti digitalizzata entro il 2025; quindi, si chiede da un lato di monitorare e, dall'altro, di sostenere i preparativi degli Stati membri e delle agenzie. Infatti, la procedura di allarme rapido per i sistemi informatici della Commissione è mirata all'intervento tempestivo in caso di bisogno.

La necessità dell'instaurazione di una gestione comune delle frontiere si rileva dal fatto che dal 2014 si è registrato un aumento dei tentativi di arrivo in Europa mediante mezzi non idonei alla navigazione, con la conseguente perdita di molte vite in mare. Viene evidenziato all'interno del Patto come il prestare assistenza a persone in pericolo di vita in mare sia un dovere morale e un obbligo in base al diritto internazionale; ebbene, la ricerca e il soccorso in questo senso costituiscono un elemento fondamentale anche nell'ambito del quarto paragrafo del Patto come responsabilità condivisa da Frontex e dalle autorità nazionali.

Infatti, i rischi che si manifestano con i tentativi di attraversare il Mediterraneo si traducono nell'alimentazione delle reti criminali. Quindi, di conseguenza, si sottolinea la necessità di sviluppare un approccio coordinato a livello europeo fondato sulla solidarietà, i cui elementi fondamentali sono molteplici: dal riconoscimento delle specificità della ricerca e soccorso nel quadro giuridico europeo in materia di migrazione e asilo, all'intensificazione della cooperazione e coordinamento tra gli Stati membri¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Si fa riferimento al Regolamento (UE) 2019/1896.

¹⁴⁵ In questo senso, v. *Raccomandazione della Commissione sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo le operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso*, C (2020) 6468 del 23 settembre 2020. Nelle considerazioni iniziali, si è tenuto conto sia degli obblighi internazionali e sovranazionali, sia della crisi migratoria affrontata sin dal 2014 e della diminuzione dei numeri della migrazione irregolare (e delle morti in mare). Vengono poi evidenziate le operazioni di salvataggio condotte dall'Unione europea e il rafforzamento delle capacità di ricerca e

All'interno del testo in questione viene evidenziato come seppur lo spazio Schengen sia una delle conquiste dell'integrazione europea, questo sia stato messo in difficoltà da varie situazioni, come ad esempio le diversità tra i vari sistemi nazionali, avendo come conseguenza l'effetto di aumentare gli spostamenti non autorizzati.

Quindi, si auspica in questo senso che le modifiche concordate all'interno del Patto possano rendere più coerenti le norme in materia di asilo e di migrazione, contribuendo così a un rafforzamento del sistema Schengen anche attraverso nuove misure, come lo *screening* e le procedure di frontiera.

Le carenze di cui sopra hanno portato all'istituzione di controlli temporanei alle frontiere interne¹⁴⁶, i quali possono essere predisposti solo in caso di circostanze eccezionali in caso di gravi minacce all'ordine pubblico o alla sicurezza interna (un esempio calzante in questo senso è la pandemia da COVID-19).

soccorso, del coordinamento e dell'efficacia delle operazioni nel Mediterraneo centrale, come anche l'intervento delle organizzazioni non governative, le quali hanno contribuito in maniera significativa al salvataggio di numerose vite nell'area di interesse.

Già nella risoluzione del 2018 sui progressi relativi ai patti globali dell'ONU sui rifugiati e per una migrazione sicura, ordinata e regolare, il Parlamento europeo ha chiesto maggiori capacità di ricerca e soccorso per le persone in difficoltà e il riconoscimento del sostegno fornito da attori privati e ONG nell'esecuzione delle operazioni di soccorso, le quali richiedono il coordinamento e lo sbarco rapido in un *place of safety* come anche il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse in base agli obblighi internazionali e sovranazionali.

Viene notato come, negli ultimi anni, le operazioni di ricerca e soccorso siano state svolte prevalentemente da ONG con il coordinamento dei centri nazionali di coordinamento del soccorso in mare o di propria iniziativa; inoltre, viene ribadito come il traffico di migranti venga considerato reato, rivelando come sia essenziale che queste organizzazioni criminali approfittino delle operazioni di ricerca e soccorso suddette. Vengono poi ricordati gli obblighi derivanti dalla Convenzione SAR per i quali le parti contraenti devono partecipare alle operazioni di ricerca e soccorso e adottare azioni urgenti affinché venga prestata l'assistenza necessaria a chi si trovi in pericolo di vita in alto mare, richiamando in questo senso le linee guida dell'IMO sul trattamento delle persone soccorse in mare, le quali delineano tutti i vari obblighi sulla scelta del *place of safety* come anche l'imposizione allo Stato responsabile di compiere ogni sforzo per accelerare le operazioni di sbarco.

Quindi, nell'interesse dell'ordine e sicurezza pubblica, le navi devono essere adeguatamente attrezzate al fine di soddisfare i requisiti sanitari e di sicurezza.

Un'altra iniziativa in materia è stata l'adozione del *Piano d'azione sulle misure a sostegno dell'Italia e per ridurre la pressione lungo la rotta del Mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà* nel 2017 da parte della Commissione, il quale ha previsto l'adozione da parte dell'Italia del codice di condotta per le ONG sulla base dell'instaurazione di un dialogo con le stesse.

Sulla base di queste premesse, viene adottata la seguente raccomandazione: di intensificare la cooperazione tra Stati membri nell'ambito delle operazioni di soccorso in mare, al fine di ridurre il numero delle vittime, in particolare attraverso lo scambio di informazioni tra gli Stati membri di bandiera e quelli costieri. Oltre a ciò, gli Stati membri dovrebbero collaborare maggiormente con la Commissione, soprattutto con il suo gruppo di contatto, affinché siano più facilmente individuabili le migliori prassi e al fine di adottare le misure necessarie per garantire sia una maggiore sicurezza in mare, sia la disponibilità, per le autorità competenti, di tutte le informazioni adeguate per controllare e verificare il rispetto delle norme di sicurezza in mare e quelle relative alla gestione della migrazione.

Infine, gli Stati membri devono fornire alla Commissione tutte le informazioni relative all'attuazione della raccomandazione in esame, entro il 31 marzo di ogni anno.

¹⁴⁶ All'interno del Patto vengono proposte delle alternative ai controlli di cui si discute al fine di renderli meno invasivi (ad esempio controlli di polizia o l'utilizzo dell'interoperabilità informatica).

In base alle situazioni di crisi affrontate sin dal 2015, viene affidata alla Commissione la presentazione di una strategia per il futuro Schengen¹⁴⁷, non solo per rendere questo sistema più completo, ma anche per trovare una soluzione innovativa per il codice frontiere Schengen e le conclusioni sullo stato di avanzamento dei negoziati proposti dalla stessa Commissione nel 2017; inoltre, questa mansione viene vista come un'opportunità per implementare il meccanismo di valutazione Schengen, sia per renderlo efficace, sia per creare fiducia nel sistema.

Inoltre, alla Commissione viene affidato l'incarico di mettere in atto un programma di sostegno e cooperazione affinché aiuti gli Stati membri a massimizzare il potenziale di queste misure, anche mediante l'istituzione di un forum Schengen¹⁴⁸ *ad hoc* che coinvolge le autorità competenti (in questo caso, i ministri dell'Interno e la polizia di frontiera a livello regionale e nazionale) con l'organizzazione, una volta all'anno, di una discussione a livello politico per consentire il confronto tra ministri nazionali, parlamentari europei e portatori di interessi.

Il quinto paragrafo parla del rafforzamento della lotta contro il traffico di migranti; dato che l'argomento in questione porta, come conseguenza, allo sfruttamento dei migranti, viene previsto un piano d'azione contro il traffico dei migranti che si concentra sulla lotta alle reti criminali e al rafforzamento della cooperazione interna.

Il c.d. "pacchetto sul favoreggiamento"¹⁴⁹ si è rivelato un insieme di norme efficaci al contrasto all'ingresso, transito e soggiorno illegale e viene affidato alla Commissione il compito di fare chiarezza sui vari aspetti della disciplina attraverso degli orientamenti sull'attuazione¹⁵⁰ delle norme in questione, come anche il chiarimento relativo al fatto che l'adempimento dell'obbligo giuridico di salvare le persone in pericolo di vita in mare non deve essere criminalizzato.

Il tema in questione viene percepito come una sfida comune e, in quanto tale, richiede cooperazione e coordinamento a livello internazionale, oltre a una gestione efficace delle frontiere; questo dato viene confermato dalla conferenza ministeriale che ha avuto luogo il 13 luglio 2020 tra l'Unione europea e i partner africani¹⁵¹.

¹⁴⁷ COM (2021) 277 final.

¹⁴⁸ Il primo Schengen forum si è tenuto il 30 novembre 2020, il secondo il 28 giugno 2021 e il terzo il 2 giugno 2022.

¹⁴⁹ Composto dalla direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro del Consiglio relativa al favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

¹⁵⁰ *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01).

¹⁵¹ Questa conferenza ha visto la partecipazione dei ministri dell'Interno dell'Algeria, della Libia, del Marocco, della Mauritania e della Tunisia per quanto riguarda la parte africana, mentre per l'Unione

Secondo il Patto, il nuovo piano d'azione europeo contro il traffico dei migranti si sviluppa mediante anche il partenariato con i paesi terzi, come anche il fornire sostegno ai paesi d'origine e di transito in termini di sviluppo delle capacità sia per quanto riguarda le capacità operative, sia in ambito di applicazione della legge.

Sempre in termini di collaborazione, viene auspicato anche il miglioramento dello scambio di informazioni e dello sviluppo di operazioni congiunte.

A chiusura del quinto paragrafo, viene sottolineato il ruolo chiave dei funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione in materia di contrasto alla migrazione irregolare e il traffico di migrante, con l'auspicio di una maggiore e piena attuazione del regolamento relativo alla rete europea dei funzionari di collegamento (Regolamento UE 2019/1240) in questione al fine di rafforzare la lotta contro il traffico di migranti.

Il sesto paragrafo tratta della collaborazione con i partner internazionali, partendo dai dati riguardo la migrazione regolare: nel 2019 sono stati registrati 272 milioni di migranti internazionali¹⁵², la cui migrazione si è focalizzata sullo spostamento da un paese in via di sviluppo verso l'altro.

Da ciò nasce l'esigenza, sottolineata nel Patto, per l'Unione europea di ripensare alle sue priorità sia per quanto riguarda il ruolo della migrazione nelle sue relazioni esterne, sia per ridefinirne il significato attraverso le relazioni globali con partner specifici; in materia di partenariati globali, infatti, la migrazione dovrebbe ricoprire un ruolo centrale in base alle valutazioni compiute dai due soggetti di cui sopra.

L'approccio così come delineato, necessita di un'ampia varietà di strumenti politici e di una flessibilità tale da essere adeguato sia nella situazione specifica, sia in futuro, attraverso un partenariato reciprocamente vantaggioso. Inoltre, bisogna tener conto del fatto che le questioni migratorie (come, ad esempio, la gestione delle frontiere) possono costituire un tema politicamente sensibile per i possibili partner; quindi, al fine di affrontarle adeguatamente, il Patto propone un approccio collettivo.

Tra i partner indicati, merita la menzione delle relazioni con il Nord Africa e con la Turchia¹⁵³, come anche la necessità di instaurare delle connessioni con l'Asia e l'America latina; inoltre, viene sottolineato il cambiamento e le burrascose conseguenze che sono

europea hanno partecipato i ministri dell'Interno italiano (che ha presieduto la conferenza), francese, tedesco, maltese, spagnolo e della Commissione.

¹⁵² *World Migration Report 2020, International Organization for Migration, 2019, pag.2.*

¹⁵³ Cfr. in questa sezione il par. 14.

derivate dalla pandemia di COVID-19, facendo auspicare a una maggiore cooperazione basata su reciproci interessi.

Vengono poi analizzate all'interno del sesto paragrafo del Patto le cause della migrazione, dove viene statuito come l'Unione europea sia il maggior erogatore di assistenza allo sviluppo, al fine di costruire società "stabili e coese, ridurre la povertà e le disuguaglianze e promuovere lo sviluppo umano" e altri obiettivi di questo stampo, strumenti i quali richiedono una certa flessibilità, al fine di ottenere risultati rapidi.

Viene notato come la stabilità e la prosperità possano essere raggiunte attraverso varie politiche, come ad esempio quelle di investimento o la cooperazione nei settori più importante (digitale, trasporti, istruzione o ricerca).

Il Patto propone inoltre una concentrazione del partenariato affinché si verifichi uno sviluppo della *governance* e di gestione della migrazione efficaci. Attraverso la comunicazione con i partner, l'Unione propone l'istituzione di una rete di informazioni sulle opportunità di migrazione legale e di spiegazione dei rischi di quella illegale, come anche il fornimento di aiuti ai paesi terzi partner nella gestione delle frontiere, rafforzando i sistemi di *search and rescue* via mare e via terra, istituendo sistemi di asilo e accoglienza.

Quindi, questa cooperazione nel settore della *governance* sembra essere finalizzata alla protezione dei diritti di migranti e rifugiati, come anche all'inserimento nella vita sociale e lavorativa; inoltre, un sostegno operativo ai nuovi partenariati, secondo il Patto, si può ottenere mediante un coinvolgimento maggiore delle agenzie europee, ad esempio viene nominata la cooperazione con i Balcani occidentali e alla Commissione viene affidata la mansione di incoraggiare la stipulazione di ulteriori accordi in materia.

In ambito di asilo invece, agli occhi del Patto sembrano essere limitate le possibilità di collaborazione con i Paesi terzi partner, affidando all'Agenzia per l'asilo il compito di sviluppare la capacità e il sostegno operativo a quest'ultimi.

Il Patto sostiene che le azioni degli Stati membri in materia di rimpatri per essere efficaci necessitano non solo di un sistema di riammissione, ma anche di reintegrazione, per sviluppare la sostenibilità dell'ambito in questione; in questo senso, si richiede innanzitutto la piena attuazione dei 24 accordi e intese dell'Unione europea relativi alla riammissione con i paesi terzi, il completamento dei negoziati di riammissione e soluzioni di cooperazione al fine di implementare il numero effettivo di rimpatri. Una discussione che necessita di essere vista nel contesto degli strumenti europei da essere utilizzati in modo coordinato e strategico; in questo senso, un primo passo è stato compiuto con

l'introduzione del c.d. codice visti (Regolamento CE 2009/810), poi, sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri, alla Commissione viene affidato il compito di valutare annualmente il livello di cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione, dove gli Stati possono riferire eventuali problematiche riscontrate nella cooperazione, e riferendo infine i risultati al Consiglio.

La politica dei visti, secondo il Patto, può essere utilizzata anche per limitare le domande di asilo infondate provenienti da Paesi esenti dall'obbligo del visto, insieme al meccanismo di sospensione dei visti, il quale prevede la valutazione sistematica di questi Stati in base a diversi criteri, fra i quali spicca il rischio di migrazione irregolare.

Quindi, per realizzare l'obiettivo del Consiglio di mobilitare le politiche e gli strumenti pertinenti, sono necessari degli sforzi congiunti; per questo motivo, nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione viene prevista la possibilità per la Commissione di individuare misure volte ad incentivare la cooperazione e a facilitare il rimpatrio e la riammissione, tenendo conto al contempo degli interessi generali dell'Unione e delle relazioni con il Paese terzo; in particolare, rivestirebbe un ruolo rilevante la cooperazione con l'Alto rappresentante, il quale dovrebbe assicurarsi dell'andamento dei progressi sia in materia di riammissione sia dei partenariati.

Viene evidenziata dal Patto la necessità dell'instaurazione di canali sicuri, e dunque di percorsi legali, verso l'Europa cosicché si possano beneficiare dei vantaggi derivanti dalla migrazione legale. Se, da un lato, gli Stati membri mantengono il diritto di stabilire il volume delle ammissioni dei cittadini extra-UE, dall'altro la politica comune europea di migrazione deve riflettere l'inclusione di questi soggetti nell'economia europea come anche l'interdipendenza dei mercati del lavoro degli Stati membri. Per realizzare tale fine vengono previsti dei sostegni al bilancio europeo, come in materia di ammissione umanitaria o programmi di studio o di lavoro.

Inoltre, viene predisposto il sostegno europeo agli Stati membri che istituiranno programmi di sponsorizzazione da parte di comunità o privati attraverso finanziamenti affinché venga sviluppato un modello di sponsorizzazione europeo sul lungo periodo che possa portare a un miglior risultato in materia di integrazione.

Passando alle conclusioni finali del Patto, il primo punto si concentra sull'attrarre competenze e talenti all'interno dell'Unione; in questo ambito, viene rimarcata la necessità di instaurazione di maggiori percorsi legali, esigenza soprattutto legata al calo demografico e all'invecchiamento della popolazione europea che causano una maggiore pressione sul mercato del lavoro. L'attivazione europea è essenziale in questo senso,

soprattutto in quanto si sono riscontrate crescenti lacune¹⁵⁴, che sono state colmate, in piccola parte, dai lavoratori migranti; seppur siano state sottolineate le potenzialità dell’attrarre i talenti, l’Europa, secondo il Patto, sta “perdendo la corsa mondiale”¹⁵⁵ in questa materia. In questo senso, al fine di favorire maggiormente la migrazione legale, il Patto propone, in primo luogo, di completare la riforma sulla direttiva relativa alla Carta blu UE¹⁵⁶.

Viene riconosciuto dal Patto che si potrebbe assumere un maggiore impegno nell’ambito della migrazione legale, un settore che presenta delle lacune sistematiche; in quanto tale, l’Unione, secondo il testo in questione, dovrebbe attuare una politica legislativa efficace, incominciando dall’attuazione del quadro legislativo dell’epoca e poi focalizzandosi sulla cooperazione e il dialogo con (e tra) gli Stati membri.

In tal caso si propongono tre serie di misure: la prima consiste nella revisione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo¹⁵⁷; la seconda comporta sempre una revisione, ma stavolta della direttiva sul permesso unico¹⁵⁸; l’ultima misura prevede l’esplorazione delle opzioni al fine di costituire un bacino di talenti dell’UE per le assunzioni di personale qualificato internazionale.

Il secondo punto di conclusione riguarda il sostenimento dell’integrazione affinché si formino società più inclusive. Viene rilevato all’interno delle indagini statistiche dell’Eurostat svolte nel 2019 come i dati sulla migrazione legale siano da considerare positivi in termini di arrivi¹⁵⁹, ma non è altrettanto positivo il dato che emerge in termini di integrazione, caratterizzata dalle scarse opportunità di istruzione e formazione, come anche di integrazione sociale. Al fine di ciò, viene affidata alla Commissione l’adozione di un piano d’azione per l’integrazione e l’inclusione per il periodo 2021-2024¹⁶⁰,

¹⁵⁴ Compresa quelle che si sono verificate durante la pandemia da COVID-19.

¹⁵⁵ Cfr. *Recruiting immigrant workers – Europe*. OCSE e UE (2016), OECD Publishing, Parigi.

¹⁵⁶ COM (2016) 378 del 7 giugno 2016.

¹⁵⁷ Direttiva (UE) 2003/109.

¹⁵⁸ Direttiva (UE) 2011/98.

¹⁵⁹ Si parla di circa 21 milioni di migranti legali, esclusi i dati provenienti dal Regno Unito.

¹⁶⁰ Questo piano è stato adottato il 24 novembre 2020, espandendo il periodo fino al 2027. All’interno di questo vengono evidenziate le discriminazioni e le disparità di trattamento che si ritrovano ad affrontare i migranti, comprese le sfide che devono affrontare in ambito di integrazione e apprendimento. Il piano d’azione in questione si basa sui risultati di quello predisposto nel 2016 con un più solido quadro di integrazione ed inclusione e si occupa inoltre di questioni trasversali come il partenariato con i più importanti attori nell’ambito dell’integrazione, la lotta al razzismo e la discriminazione, la promozione della partecipazione attiva dei migranti nella società di accoglienza; inoltre, si propone il sostenimento delle comunità locali attraverso la promozione di programmi di tutoraggio, premi di integrazione per le scuole, comunità locali, organizzazioni artistiche, rendendo in questo modo più visibile il contributo apportato in questi ambiti. Vengono poi evidenziati i progressi compiuti fino a quel momento dall’Unione europea, con particolare menzione del programma Erasmus+ e dell’istituzione, a seguito del piano del 2016, della rete europea sull’integrazione da parte della Commissione. Il Piano d’azione individua come responsabili

mediante il quale vengono definiti gli orientamenti strategici e le azioni concrete per promuovere l'inclusione sociale, riconoscendo un ruolo chiave agli attori regionali e locali.

Nel terzo e ultimo obiettivo, viene ribadita la necessità di trasformare il Patto presente in realtà, al fine di evitare la ripetizione di eventi come quelli che si sono verificati a Moria¹⁶¹ e di istituire un sistema adatto affinché si crei una reciproca fiducia tra cittadini e Unione. E l'istituzione di un sistema del genere richiede strumenti adatti alla situazione, attraverso indicazioni chiare, partenariati con i paesi terzi e integrazione sociale come elementi chiave; per questo, serve un'intesa comune.

14. Le conclusioni del Consiglio Europeo del 9/02/2023: un passo indietro?

Ai fini di questo elaborato, ci si concentrerà sul terzo punto delle conclusioni del Consiglio europeo in questione, che tratta della migrazione¹⁶².

In sede del Consiglio europeo straordinario del 26 gennaio 2023, la Presidente della Commissione europea Von der Leyen ha comunicato, attraverso una lettera ai capi di Stato e di governo dell'Unione, che le migrazioni costituiscono una sfida europea e, in quanto tali, necessitano di una risposta europea¹⁶³; in allegato alla lettera vengono indicate dalla Presidente delle misure operative per affrontare le pressioni migratorie, attraverso le quali vengono poste le basi per l'attuazione del Nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo. Queste di cui sopra vengono divise in quattro aree: rafforzare le frontiere esterne; affrontare i ritardi e le lacune nelle procedure di frontiera e di rimpatrio; affrontare i movimenti secondari e garantire un'effettiva solidarietà tra gli Stati membri; infine, intensificare la cooperazione con i partner per migliorare la gestione della migrazione e dei rimpatri.

dell'integrazione gli Stati membri, con l'apporto di un ruolo fondamentale di sostegno agli stessi da parte dell'Unione e della Commissione attraverso non solo finanziamenti, ma anche lo sviluppo di orientamenti e di strumenti pratici. La necessità dell'inserimento della parità di genere e della lotta alla discriminazione nel processo di integrazione è dovuta al fatto che bisogna sostenere le diverse necessità dei gruppi sociali interessati, dato che si possono subire delle discriminazioni per vari motivi, tra cui la razza e la provenienza. Il Piano si basa non solo sull'integrazione dei cittadini di paesi terzi, ma anche sulle consultazioni pubbliche svolte tra la Commissione e un ampio novero di attori tra giugno e ottobre 2020. Vengono sottolineati i vantaggi di una migrazione regolare all'economia, soprattutto quelli in termini fiscali. Per quanto riguarda le prossime fasi del Patto, la Commissione effettuerà una valutazione intermedia a fine 2024.

¹⁶¹ V. A. CAMILLI, *La paura del coronavirus nel campo profughi più grande d'Europa, Internazionale*, 2020: Moria è l'hotspot per l'identificazione dei migranti situato presso l'omonima città sull'isola di Lesbo, in Grecia. Da un luogo di sosta per qualche giorno per i migranti, si è espanso con recinzioni e mura, all'interno delle quali i migranti privi di documenti regolari vengono sottoposti a regimi di detenzione amministrativa; in aggiunta a ciò, i migranti, nel tempo, hanno costruito le baracche che compongono il campo.

¹⁶² Il primo punto tratta del conflitto in Ucraina, il secondo dell'economia, il quarto di questioni residuali.

¹⁶³ Non è una novità nella dialettica europea: espressioni simili risalgono già al 2009, sempre in tema di migrazione.

All'interno del Parlamento europeo si è successivamente instaurato un dibattito durante il mese di febbraio del 2023; il ministro svedese per gli Affari Europei Roswall ha dichiarato che, in sede del Consiglio europeo straordinario successivo, l'attenzione si sarebbe focalizzata, nell'ambito della migrazione, sulla cooperazione con i paesi terzi, sul controllo delle frontiere esterne, sull'attivazione di procedure di rimpatrio più efficienti e sulla revisione del nuovo Patto per l'asilo e la migrazione.

Inoltre, la presidente della Commissione Von der Leyen ritiene che le attività predisposte all'interno del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dovrebbero concludersi entro la primavera del 2024 e propone che, nel frattempo, si svolgano delle azioni volte al rafforzamento delle frontiere esterne e al garantire rimpatri più rapidi e rispettosi della dignità umana.

Durante il dibattito, gli eurodeputati hanno espresso l'auspicio di arrivare al più presto a dei risultati concreti attraverso l'esame di varie questioni che hanno sottolineato le esigenze più disparate: dalla creazione di barriere per una protezione più efficace delle frontiere esterne europee all'adozione di una politica migratoria europea rispettosa dei diritti umani e basata sul principio di solidarietà.

In questo ambito, appare opportuno esaminare le posizioni olandese e italiana. In vista del Consiglio europeo, il Governo dei Paesi Bassi ha rilasciato una nota dal titolo "*Reinvigorating the European Debate on Migration*", dove viene richiesto di progredire sui dossier legislativi contenuti all'interno del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e del sistema Dublino, come anche una nuova spinta nel partenariato con i paesi terzi.

Il Governo italiano, invece, ha fatto circolare un *non-paper* dal titolo "*Addressing migration with a systemic, circular approach*"¹⁶⁴ che si sofferma sulla dimensione esterna

¹⁶⁴ Nel documento in questione viene sottolineato come la pressione migratoria affrontata dall'Unione europea necessiti di un salto enorme in ambito di politica migratoria. Secondo il *non-paper* la politica migratoria europea basata sulla distinzione artificiale tra flussi migratori primari e secondari è fuorviante, dato che porta a una percezione distorta del problema e stimola un conflitto di interessi artificiale tra gli Stati membri di prima linea e tra gli Stati membri che i migranti vogliono raggiungere; il fenomeno migratorio, dunque, dovrebbe essere considerato come un fenomeno unitario attraverso una strategia coesa e su più fronti.

Il documento si concentra su quattro punti: nel primo, denominato "Fuori dall'Europa: una cooperazione a medio termine con gli Stati terzi", viene evidenziato come la dimensione esterna delle politiche di migrazione costituisce la soluzione più evidente in materia di prevenzione della migrazione irregolare e di stabilizzazione dei flussi; quindi, risulta essenziale un più tangibile coinvolgimento tanto dell'Unione europea, quanto dei suoi Stati membri al fine di garantire delle risorse adeguate e di identificare i settori primari in materia.

Il secondo punto si concentra sulla fase antecedente alla migrazione, sulla causa alla radice del fenomeno. Il terzo obiettivo riguarda l'Unione ed è intitolato "*una miglior coordinazione [sulle operazioni] di ricerca e soccorso*"; è evidente come appaia vitale assicurare la salvezza delle vite umane in mare e un'ordinata gestione delle operazioni di *search and rescue*, cosicché queste non costituiscano un peso eccessivo sugli Stati costieri.

della migrazione e su come prevenire la migrazione irregolare dai paesi terzi; inoltre, guarda anche alla dimensione interna in quanto, secondo la nota in questione, ad ogni meccanismo di solidarietà deve corrispondere un sistema di ricollocamento obbligatorio, definito come uno strumento necessario nel breve periodo per dare alla solidarietà una dimensione concreta. In questo senso, sono necessari dei miglioramenti significativi al meccanismo volontario proposto dalla presidenza francese del Consiglio europeo nel 2022.

In questa prospettiva, il Governo italiano sottolinea inoltre l'importanza di tenere conto dell'impatto delle operazioni di soccorso mare da parte delle ONG, sottolineandone le peculiarità e le sfide poste da queste rispetto agli arrivi presso le frontiere terrestri; in questo senso, viene segnalato l'esame da parte del Parlamento del decreto-legge n.1/2023 (convertito in legge n.15/2023) che reca "Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori"¹⁶⁵.

In questo contesto si inserisce la lettera dei governi di Danimarca, Lituania, Lettonia, Estonia, Slovacchia, Grecia, Malta e Austria il 7 febbraio 2023 ai Presidenti di Commissione e Consiglio all'interno della quale vengono formulate delle proposte nell'ambito della gestione dei flussi migratori, tra cui l'invito alla Commissione a presentare un approccio europeo completo per le rotte migratorie, la richiesta di rafforzamento della protezione delle frontiere esterne (differenziando quelle terrestri da quelle marittime) attraverso anche l'istituzione di infrastrutture e di sistemi di sorveglianza e la proposizione di nuovi partenariati e accordi con i paesi terzi; insomma, un approccio in linea con le precedenti posizioni esposte sopra.

In materia di rafforzamento dell'azione esterna, si può effettuare un richiamo al Consiglio di giustizia e affari interni del 25 novembre 2022, dove qualche giorno prima la Commissione aveva presentato un Piano d'azione dell'Unione per il Mediterraneo centrale¹⁶⁶ all'interno del quale vengono disposte venti misure per affrontare le sfide

Infine, l'ultimo obiettivo del *non-paper* italiano riguarda sempre un punto di vista europeo, però nella ricerca di un bilanciamento tra solidarietà e responsabilità.

In chiusura del *non-paper* è nel comune interesse dell'Unione europea che le responsabilità affidate agli Stati membri di prima linea siano sostenibili e fondate su basi permanenti; quindi, su questa prospettiva, dovrebbe essere assicurata un'effettiva gestione delle frontiere esterne europee tenendo conto delle specificità delle frontiere marittime.

¹⁶⁵ Cfr. Sezione III, par. 18.

¹⁶⁶ All'interno di questo Piano viene specificato come nel 2022 gli arrivi irregolari verso l'Europa siano aumentati su tutti i fronti, rendendo così necessaria l'adozione di una soluzione comune sulla base dell'approccio stabilito all'interno del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, la cui attuazione rimane una priorità. In sede di Consiglio straordinario di Giustizia e Affari interni, la Commissione ha presentato il seguente Piano d'azione, contenenti venti azioni, divisi in tre sezioni, per affrontare il problema.

relative alla rotta migratoria nell'area mediterranea; in particolare, viene proposta dalla Commissione una maggiore cooperazione con i paesi partner e le organizzazioni internazionali, evidenziando lo stanziamento di fondi per il periodo 2021-2023 e di altri strumenti che verranno realizzati mediante la programmazione regionale.

Da questo punto di vista, la Commissione si è impegnata ad intensificare il contrasto al traffico di migranti e a rafforzare gli impegni diplomatici relativi ai rimpatri, prevedendo in aggiunta una strategia maggiormente coordinata in materia di ricerca e soccorso. Per realizzare tale fine, vengono proposte delle misure volte a rafforzare la cooperazione tra Stati membri e attori coinvolti nelle attività di *search and rescue*, anche attraverso il supporto del Gruppo di contatto europeo per la ricerca e il soccorso.

All'interno del Consiglio Giustizia e Affari interni del 8 e 9 dicembre 2022¹⁶⁷ vengono confermate le posizioni riguardanti la dimensione esterna della migrazione e la situazione delle principali rotte migratorie, in particolare della necessità di prendere in considerazione tutte le rotte anche attraverso il compimento di sforzi congiunti. In attesa di questo incontro, il 5 dicembre 2022 la Commissione europea aveva presentato il piano d'azione sulla rotta dei Balcani occidentali.

Per quanto riguarda la cooperazione, viene sottolineata la politica adottata dall'Europa e dagli Stati membri al fine non solo di questa materia, ma anche di transito dei migranti al fine di contrastare le reti di trafficanti, soprattutto grazie a partenariati operativi comuni;

La prima sezione, contenente i primi tredici punti, riguarda il rafforzamento della cooperazione con i paesi partner e le organizzazioni internazionali e affronta diversi argomenti: dal rafforzare le capacità di Turchia, Egitto e Libia (punto 3) al consolidamento della cooperazione con il Niger (punto 8) e all'istituzione di operazioni di ritorno mirate (punto 11).

La seconda sezione, che comprende i punti da 14 a 17, si concentra sulla predisposizione di più ampio approccio coordinato di *search and rescue*, il quale si concentra su vari livelli: dagli Stati membri (punto 14) all'IMO (punto 17).

La terza e ultima sezione riguarda l'attuazione rinforzata del meccanismo di solidarietà volontario e della tabella marcia.

¹⁶⁷ In sede di questo consiglio, è stato illustrato dalla presidenza lo stato dei lavori sui fascicoli in materia di asilo e immigrazione, che si sono basati principalmente sulla ricerca della strada da seguire in materia di solidarietà, responsabilità e risposta alle crisi in questo settore. In questo ambito, i ministri hanno poi illustrato i progressi nell'elaborazione del regolamento volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nella migrazione e nell'asilo, il quale consentirebbe delle deroghe agli Stati membri che affrontano queste situazioni nel caso in cui ciò sia necessario e proporzionato, stabilendo in aggiunta delle norme specifiche relativamente alle misure di sostegno e solidarietà che possono essere adottate.

Inoltre, si è verificato uno scambio di opinioni tra i ministri in materia di dimensione esterna della migrazione e della situazione lungo le rotte migratorie, sottolineando in questo senso la necessità dell'instaurazione di un approccio globale; in questo ambito è stato presentato dalla Commissione il piano d'azione sulla rotta dei Balcani occidentali, che segue quello relativo al Mediterraneo centrale (v. nota precedente).

Infine, si è discusso di come migliorare l'efficacia della politica di rimpatrio dell'Unione europea, evidenziando l'importanza del meccanismo della leva dei visti.

Importante in questo ambito è il c.d. codice visti, ossia il regolamento (CE) n. 810/2009¹⁶⁸, nel quale vengono stabilite procedure e condizioni per il rilascio dei visti per il soggiorno di breve durata e per il transito aeroportuale nell'area Schengen; inoltre, all'interno del regolamento in questione viene fornito un elenco dei paesi terzi i cui cittadini debbano essere in possesso di un visto di transito aeroportuale in caso di attraversamento delle zone internazionali di transito degli aeroporti europei, come anche le condizioni per il rilascio di suddetti visti.

Un altro obiettivo rilevante esplicitato all'interno del codice visti consiste nel miglioramento della cooperazione con i paesi terzi in materia di riammissione dei migranti irregolari, attraverso la c.d. leva dei visti, mediante il quale si pongono due scenari: se il paese terzo non collabora nell'ambito della riammissione, possono essere adottate delle specifiche misure restrittive in materia di visti; se invece il paese terzo collabora, l'Unione può disporre la riduzione o dei diritti per i visti o dei tempi di decisione relativi all'esame delle domande di visto oppure può disporre periodi di validità più lunghi in caso di visti per ingressi multipli.

Viene poi sottolineata l'importanza del rafforzamento della cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione. La politica in materia di rimpatri si basa sulla direttiva 2008/115 CE, nella quale sono previste sia norme che procedure applicabili nei confronti di cittadini terzi il cui soggiorno si rivela essere irregolare; inoltre, all'interno di questa viene evidenziata la necessità di concludere accordi di riammissione con i Paesi terzi, tra cui figura l'accordo di Cotonou¹⁶⁹, il quale include disposizioni sul rimpatrio dei migranti irregolari nei rispettivi paesi d'origine. Una prospettiva di riforma delle norme comuni europee in materia di rimpatrio si è manifestata nel 2018 sotto forma di proposta della Commissione; a susseguirsi, la Commissione nel 2021 ha adottato una prima strategia europea sui rimpatri volontari e la reintegrazione¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. p. 10 di questa sezione.

¹⁶⁹ Un accordo di partenariato, adottato nel 2000 in sostituzione della Convenzione di Lomé del 1975, inteso a ridurre la povertà e contribuire all'integrazione dei paesi ACP nell'ordine mondiale. Questo si basa su tre pilastri: 1) cooperazione allo sviluppo; 2) cooperazione economica e commerciale; 3) dimensione politica.

¹⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – *La strategia dell'UE sui rimpatri volontari e la reintegrazione*, COM (2021) 120 final. L'intento principale di questa Comunicazione è l'instaurazione di un'impostazione condivisa in materia, dato che il punto di partenza consiste in una serie di programmi, iniziative e progetti non armonizzati, creando in questo senso non poche difficoltà.

La strategia (la quale è stata il risultato di un processo di partecipazione aperto tra vari attori cruciali) prevede numerosi obiettivi, dal miglioramento dell'assistenza individuale e a livello di comunità all'accrescimento delle capacità e di implicazione nei paesi terzi con riferimento a queste procedure.

In ambito di controllo delle frontiere esterne europee, è importante focalizzarsi sull’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (c.d. Frontex), fondata nel 2004 al fine di assistere gli Stati membri e i paesi Schengen nella protezione delle frontiere esterne, la cui base giuridica viene attualmente trattata regolamento UE 2019/1896; tra i suoi compiti, si annovera anche quello di rendere maggiormente efficiente la politica di rimpatri. L’Agenzia può avviare operazioni congiunte e inviare personale al di fuori dell’Unione al fine di fornire sostegno alle frontiere. Inoltre, può istituire uffici antenna non solo presso gli Stati membri, ma anche nei Paesi terzi, previ accordi *status*¹⁷¹.

In aggiunta a ciò, viene incorporato dal regolamento 2019/1896 il funzionamento della guardia di frontiera all’interno del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur).

Dal 2022, Frontex gestisce l’ETIAS, l’unità centrale del sistema europeo di informazione e autorizzazione dei viaggi, istituito con il regolamento 2018/1240, utilizzato al fine di svolgere verifiche preventive sui viaggiatori esenti dall’obbligo di visto negando, se necessario, l’autorizzazione ai viaggi¹⁷².

Mediante invece il regolamento 2017/2226 è stato istituito un sistema di ingressi e uscite per la registrazione dei dati di ingresso, di uscita e quelli relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere europee esterne.

Per quanto riguarda invece la lotta alla strumentalizzazione, alla tratta di persone e al traffico di migranti, vengono richiamate le conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021, dove viene sottolineata l’intenzione dell’Unione europea di non accettare alcun tentativo di strumentalizzare i migranti a fini politici. In questo contesto, si può accennare alla proposta di regolamento presentata dalla Commissione il 14 dicembre dello stesso anno¹⁷³, volto ad affrontare queste situazioni di strumentalizzazione, nella quale il ruolo crescente degli attori statali nella creazione di situazioni di migrazione irregolare viene definito come un “fenomeno estremamente preoccupante”.

La tratta di esseri umani viene definita come un reato grave, che consiste nello sfruttamento criminale di una persona vulnerabile al solo scopo di lucro, la cui forma più diffusa consiste nello sfruttamento sessuale (60%), seguito da quello di manodopera

¹⁷¹ Come gli accordi stipulati con Albania, Bosnia-Erzegovina, Macedonia del Nord, Moldova, Montenegro e Serbia.

¹⁷² Si è preso spunto dai sistemi vigenti negli Stati Uniti, in Canada e in Australia.

¹⁷³ COM (2021) 890.

(15%), dalle attività criminali forzate, dalla servitù domestica e dall'accattonaggio forzato.

All'interno dell'articolo 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea viene sancita sia la proibizione della schiavitù, sia quella del lavoro forzato; come conseguenza viene disposto il divieto della tratta di esseri umani. Il principale apporto legislativo europeo in materia viene fornito dalla direttiva 2011/36/UE relativa alla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, come anche la protezione delle vittime. È stata poi presentata una proposta di direttiva di modifica¹⁷⁴ il 19 dicembre 2022 dalla Commissione al fine di affrontare i diversi aspetti problematici non affrontati dal testo del 2011; all'interno di questa proposta viene inclusa anche la strategia per la lotta alla tratta di esseri umani (2021-2025)¹⁷⁵ adottata dalla Commissione durante il 2021.

¹⁷⁴ COM (2022) 732.

¹⁷⁵ In questa strategia viene reso noto il fatto per cui la tratta di esseri umani sia ormai un fenomeno globale, che coinvolge cittadini europei; la repressione di questo fenomeno è dunque divenuta una priorità per l'Unione europea. La tratta, infatti, è un fenomeno criminale complesso, le cui vittime subiscono danni a breve e lungo termine comportando, di conseguenza, una maggiore richiesta di assistenza, sostegno e protezione immediati, come anche una prospettiva di reinserimento nella società delle vittime. Già la direttiva anti-tratta (2011/36) ha costituito la "spina dorsale" degli sforzi europei nella repressione di questo fenomeno; nella relazione di adempimento nel 2016 viene, tuttavia, notato dalla Commissione che sono presenti ancora dei margini di miglioramento relativamente alle varie misure a sostegno delle vittime, fornendo nel frattempo orientamenti, azioni ad hoc e conoscenze.

Uno degli elementi rilevanti di questo fenomeno è il fatto che vi sia alla base una forte domanda che stimola queste attività, tanto ai fini dello sfruttamento sessuale, quanto ai fini dello sfruttamento del lavoro, fruttando profitti annui ingenti. In questo senso, si propone la possibilità di configurare come reato il ricorso consapevole a servizi ottenuti dallo sfruttamento di persone vittime di tratta, ma la decisione finale spetta agli Stati membri.

Nel quarto punto di questa strategia, si fa riferimento ai gruppi della criminalità organizzata, i quali appaiono ben strutturati e professionali anche a livello internazionale. Al fine di smantellare questo insieme di organizzazioni, la Commissione richiede il miglioramento della registrazione e della comunicazione dei dati relativi alla tratta di esseri umani; inoltre richiede l'individuazione di mezzi operativi efficaci per contrastare il fenomeno, un maggior coinvolgimento delle vittime (affinché si sviluppi una risposta penale efficace) e un piano d'azione per contrastare il modello di *business* digitale dei trafficanti che si sono sviluppati durante la pandemia da COVID-19.

Nel quinto punto, viene affrontato il tema della protezione, del sostegno e dell'emancipazione delle vittime di tratta attraverso l'individuazione delle stesse e il fornimento di misure di assistenza, come ad esempio il risarcimento.

In aggiunta a ciò, al fine di affrontare la tratta a livello locale, la Commissione incoraggia la cooperazione tra autorità nazionali e locali, le regioni, le città e i comuni.

In questo senso, si rivela la necessità di assicurare un alloggio adeguato e sicuro alle vittime di tratta attraverso un sostegno finanziario mirato. Inoltre, risultano essenziali misure sociali, economiche ed educative per consentire il reinserimento delle vittime nella società.

All'interno del penultimo punto della strategia in questione, viene evidenziata la natura transnazionale della tratta di esseri umani, richiedendo un'intensificazione degli sforzi dell'Unione al fine di affrontare le varie problematiche connesse al fenomeno.

Un focus interessante riguarda il contesto dei flussi migratori misto, dimostrando un'interconnessione tra la tratta di esseri umani e flussi migratori irregolari verso l'Europa. Da questo punto di vista, risulta evidente l'utilità, secondo la Strategia, del Nuovo Patto sulla migrazione e sull'asilo nel contribuire allo smantellamento delle attività dei trafficanti. In aggiunta a ciò, appare necessaria l'intensificazione della cooperazione e dei partenariati internazionali attraverso i finanziamenti e gli strumenti di cooperazione, soprattutto al fine di promuovere una collaborazione più stretta tra gli Stati membri e i paesi d'origine e di

Vi sono poi numerose iniziative europee riguardanti la lotta all'immigrazione irregolare, tra cui figura il famoso pacchetto sul favoreggiamento, che comprende la direttiva 2002/90/CE, la quale predispone una definizione comune del reato di favoreggiamento all'ingresso, al transito e al soggiorno illegali, la decisione quadro 2002/946/GAI, che stabilisce le sanzioni penali per tali attività, ed infine la direttiva 2004/81/CE relativa al rilascio del titolo di soggiorno alle vittime di tratta o traffico di esseri umani.

All'interno delle conclusioni in esame vengono forniti i dati relativi ai flussi migratori, insieme all'invito del Consiglio europeo a se stesso e alla Commissione, insieme al sostegno delle agenzie europee, a sviluppare una conoscenza comune e al miglioramento del monitoraggio dei dati sulle capacità di accoglienza e sui flussi migratori, come anche all'individuazioni delle prossime tendenze migratorie.

Il punto relativo alla migrazione delle conclusioni in questione si chiude con l'invito ai colegislatori di proseguire i lavori contenuti all'interno del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e del codice frontiere Schengen, affinché al prossimo Consiglio di Giustizia e Affari interni¹⁷⁶ vengano discussi i progressi compiuti nella tabella di marcia di Dubino. Successivamente, il 23 marzo 2023 sono state pubblicate le conclusioni del Consiglio europeo, il quale ha trattato nei suoi punti finali e residuali della migrazione con le seguenti parole: “La presidenza del Consiglio e la Commissione hanno informato il Consiglio europeo in merito ai progressi compiuti nell'attuazione delle sue conclusioni del 9 febbraio 2023 in materia di migrazione. Ricordando che la migrazione è una sfida europea che richiede una risposta europea, il Consiglio europeo chiede la rapida attuazione di tutti i punti concordati. Riesaminerà tale attuazione nel mese di giugno”, quindi rinviando l'esame della questione in un momento successivo.

transito delle vittime, anche attraverso il partenariato con le agenzie delle Nazioni Unite. La cooperazione, inoltre, si realizzerà con la piena attuazione da parte dell'Unione europea della convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

¹⁷⁶ Che si è tenuto il 9 marzo 2023.

Sezione III – Fonti interne

15. Il Decreto-legge 113/2018 (c.d. decreto sicurezza)

Con il decreto-legge 113/2018, convertito in legge n. 132 dello stesso anno, viene introdotto all'articolo 7 un ampliamento dei c.d. reati ostativi al riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

Seppur è vero che tale esclusione venga ammessa nella Convenzione di Ginevra¹⁷⁷ e dalla direttiva 2011/95/UE¹⁷⁸, è ivi prevista solamente in caso di commissione di gravi crimini di diritto internazionale o interno, come i crimini di guerra o i reati previsti all'interno dell'articolo 407, 2° comma del c.p.p.

Invece, l'allargamento dei reati di cui sopra a fattispecie che non paiono un indice di pericolosità del soggetto, solleva non pochi dubbi di legittimità.

In base a questo articolo, accanto a reati indubbiamente gravi (come, ad esempio, le mutilazioni genitali) sono state introdotte fattispecie per le quali appare discutibile il carattere di particolare gravità richiesta dalle normative sovranazionali e internazionali e, soprattutto, contiene il richiamo a un'ipotesi di reato che, in base ai suoi limiti edittali, non può ascrivere alla categoria dei reati particolarmente gravi¹⁷⁹.

Il decreto sicurezza ha inoltre riformato il sistema delle procedure accelerate, rendendo in alcuni casi difficile l'esercizio del diritto di asilo.

Non solo vengono ampliate le ipotesi in cui si può ricorrere alle suddette procedure, ma ne vengono introdotte di nuove, come la c.d. procedura di frontiera.

La sottoposizione a una procedura accelerata comporta non poche compressioni al diritto di difesa. In caso di diniego, i tempi per l'impugnazione sono (quasi sempre) dimezzati e il ricorso perde l'effetto sospensivo automatico. Inoltre, il richiedente asilo si ritrova in una situazione di isolamento sociale, privo di contatti con le organizzazioni e gli operatori sociali che svolgono attività di informazione e di preparazione all'intervista presso la Commissione territoriale.

L'articolo 9 introduce la già citata procedura di frontiera, introducendo due nuovi commi all'articolo 28 *bis* del d.lgs. n. 25/2008, ovvero la norma che si occupa delle procedure accelerate.

Il comma 1-*ter* prevede che tali procedure si applichino anche al richiedente che "presenti la domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera [...] dopo essere stato

¹⁷⁷ Cfr. Sezione I, par. 2.

¹⁷⁸ Cfr. Sezione II, par. 10.

¹⁷⁹ Si tratta della violenza o minaccia a pubblico ufficiale ex art. 366 c.p.

fermato per aver eluso o tentato di eludere i relativi controlli” e “nei casi di cui all’articolo 28, comma 1, lettera *c-ter*” (cioè i casi di cittadino proveniente da un Paese d’origine sicuro).

La disposizione determina, evidentemente, una forte compressione delle garanzie previste per i richiedenti asilo: tempi per l’audizione sì brevi non consentono un’adeguata preparazione e un accesso completo alle informazioni relative alla protezione internazionale e ai suoi contenuti.

Mentre la direttiva 2013/32¹⁸⁰ definisce chiaramente che cosa si intenda per “frontiera”, attraverso l’indicazione di ipotesi tassative e non ampliabili, il decreto sicurezza comprende un caso non incluso in tale lista tassativa.

Inoltre, all’interno nella direttiva viene esclusa l’applicabilità di tali procedure alle persone vulnerabili; diversamente, il decreto in esame non include alcun riferimento a tale categoria di soggetti.

L’articolo 7 *bis* ha inserito all’interno del d.lgs. n. 25/2008 l’articolo 28 *ter*, intitolato “Domanda manifestamente infondata”. Mentre, in precedenza, era previsto che la domanda doveva considerarsi infondata quando il richiedente aveva sollevato questioni non attinenti con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale (articolo 28 *bis*), la disposizione in questione aggiunge delle ipotesi ulteriori, le quali prevedono degli automatismi che non sembrano rientrare nel concetto di manifesta infondatezza.

In caso di rigetto della domanda, il richiedente ha in ogni caso l’obbligo immediato di lasciare il territorio nazionale, anche in pendenza del ricorso contro la decisione della Commissione.

Inoltre, la riforma dell’istituto della domanda reiterata ex art. 9, che ha modificato gli articoli 7, 28, 29 e 29 *bis* del d.lgs. 25/2008, è quella che ha assunto un ruolo di estrema rilevanza nell’effettivo diritto di accesso alla procedura di asilo. Si è trattato di un intervento strutturato e incisivo, tuttavia contrario alla direttiva 2013/32.

La domanda di protezione internazionale può essere reiterata da persone che, a seguito di un mutamento delle condizioni individuali che si è verificato dopo la presentazione della domanda ovvero un mutamento della situazione nel Paese d’origine, abbiano seriamente bisogno di protezione nello Stato di rifugio.

¹⁸⁰ Cfr. Sezione II, par. 11.

In questo senso, si rivela necessaria una valutazione sull'esistenza di rischi di *refoulement* diretto o indiretto, svolta con riferimento alla situazione esistente al momento in cui la domanda viene proposta.

Il decreto-legge in esame prevede che la prima domanda reiterata sia dichiarata automaticamente inammissibile quando sia proposta in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento, poiché si presume che questa possa essere stata presentata allo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di tale provvedimento. In aggiunta, prevede che il ricorso giurisdizionale contro la decisione di inammissibilità di una domanda non abbia mai effetto sospensivo.

Più nello specifico, l'articolo 29, comma 1, lettera *b*) riguarda l'ipotesi che il richiedente il quale, dopo aver ricevuto il rigetto definitivo della propria domanda di asilo, ne presenta una seconda di identico contenuto "senza addurre nuovi elementi" relativamente alle sue condizioni personali o la situazione del proprio Paese di provenienza.

Infine, il decreto-legge 113/2018 contiene delle significative novità relativamente alla limitazione della libertà dello straniero irregolare nei centri di detenzione amministrativa, i c.d. Centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr).

L'articolo 2 è innanzitutto intervenuto sui termini massimi di permanenza, raddoppiandoli da 90 giorni a 180.

L'articolo 4 del decreto-legge, che ha modificato l'articolo 13, comma 5 *bis* del T.U., ha introdotto la possibilità per cui, in caso di indisponibilità di posti nei Cpr, "il giudice di pace, su richiesta del questore, con decreto di fissazione dell'udienza di convalida, autorizzi la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione dell'udienza di convalida, in strutture *diverse ed idonee*¹⁸¹ nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza."

In questo senso, il decreto sicurezza ha introdotto una nuova figura di temporanea detenzione amministrativa. Da questo punto di vista, si pone un primo problema di compatibilità con l'articolo 13 della Costituzione dove viene previsto che la legge non stabilisce solo i casi ma anche i modi di privazione della libertà personale.

Infatti, in questa nuova modalità non soltanto non viene dettata alcuna regolamentazione legislativa delle modalità in cui deve avvenire tale trattamento, ma anche viene lasciata all'autorità amministrativa l'individuazione dei luoghi fisici in cui questa può avvenire.

¹⁸¹ Corsivo aggiunto.

Inoltre, si manifesta un ulteriore contrasto con l'articolo 10 della direttiva 2013/32 nel quale vengono stabilite le condizioni di trattenimento dei richiedenti asilo in luoghi idonei, come ad esempio l'accesso a spazi di aria aperta.

Infine, l'articolo 3 del decreto-legge introduce la figura del trattenimento a scopo identificativo del richiedente asilo dai 30 fino ai 180 giorni presso un centro per il rimpatrio ogniqualvolta si renda necessaria la verifica dell'identità o la determinazione della cittadinanza.

L'ampia formulazione della norma può comportare l'applicazione di questo istituto alla maggior parte dei richiedenti asilo i quali, dopo esser sfuggiti al proprio Paese per motivi persecutori o conflitti, si ritrovano, di regola, sprovvisti di documenti di viaggio.

In questo senso, già le Linee guida dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sulla detenzione dei richiedenti asilo avevano affermato che i termini massimi del trattenimento devono essere estremamente limitati. Inoltre, l'articolo 9 della direttiva 2013/33 stabilisce che un richiedente può essere trattenuto solo per un periodo il più breve possibile. Di conseguenza, appare evidente che la disposizione appare irragionevole nella parte in cui prevede termini più lunghi per l'espletamento dell'attività preliminare di identificazione rispetto a quelli entro i quali dovrebbe essere finalizzata l'intera procedura di rimpatrio dello straniero.

16. Gli accordi con la Libia

In materia di migrazione, è rilevante parlare degli accordi stipulati tra l'Italia e la Libia nel corso degli anni; dopotutto, gli Stati confinanti si sono sempre rivelati dei partner chiave tanto per l'Unione europea, quanto per l'Italia.

Un primo accordo con la Libia, concluso nel 2003, prevedeva apporti economici alla Libia, al fine di contrastare il traffico di esseri umani e l'obbligo, a suo carico, di eseguire le operazioni di salvataggio in mare; in seguito, nel 2004 è stato stipulato un nuovo accordo, sempre al fine di fornire un supporto economico a quest'ultima per addestrare e predisporre ufficiali di frontiera e per costruire tre centri di identificazione di migranti.

A questi primi due accordi sono seguiti quelli firmati nel 2005 relativi al trattenimento dei migranti irregolari in campi di detenzione affinché questi non potessero entrare in Europa.

Infatti, il Parlamento europeo ha poi evidenziato come le pratiche libiche di arresti arbitrari e detenzione non garantissero adeguate condizioni di sopravvivenza e la dignità dei migranti, muovendo in questo senso delle critiche nei confronti della politica italiana; infatti, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che l'Italia avesse violato il

combinato disposto degli articoli 3 e 4 del Protocollo IV e dell'articolo 13 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) in quanto era sorta la preoccupazione che i detenuti venissero esposti a trattamenti inumani e degradanti nei campi di detenzione libici¹⁸².

Successivamente, l'Unione europea è arrivata a concludere accordi con la Libia; ciò è stato confermato dalla stipulazione, nel 2016, di un *migration compact* da estendere alla Libia nel momento in cui sarebbe stato fattibile, ampliando in questo senso l'approccio del *Khartoum Process*, il quale mirava, in teoria, a stabilire un dialogo continuo al fine di predisporre una cooperazione avanzata in materia di migrazione e mobilità al fine di contrastare la tratta e il traffico di esseri umani, dando in questo senso un nuovo impeto alla collaborazione regionale tra Paesi d'origine, di transito e di destinazione riguardo alla rotta tra il Corno d'Africa e l'Unione europea; quindi si tratta di obiettivi focalizzati sul contrasto all'immigrazione irregolare, sullo sviluppo di politiche di rimpatrio e sulla cooperazione con Stati terzi al fine di rafforzare le loro capacità nel campo della gestione dei flussi migratori.

Uno degli accordi più importanti in materia consiste nel Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Libica Popolare Socialista, firmato nel 2008, redatto con l'obiettivo finale di rafforzare la sicurezza e la stabilità, specialmente nell'area mediterranea; un trattato che, inizialmente, ha sottolineato il ruolo sia dell'Unione europea, sia dell'Unione africana nella cooperazione e nell'*integration-building*. All'interno della terza parte del trattato si trova un nuovo accordo bilaterale di *partnership*, esplicito all'interno dell'articolo 19, focalizzato sulla lotta contro il terrorismo, il crimine organizzato, contrabbando di droga e all'immigrazione clandestina; per quanto riguarda quest'ultimo campo, le due parti si ritrovano concordi nel costruire un nuovo sistema di controllo presso le frontiere libiche, da contrarre con le compagnie italiane; solamente l'ultima parte dell'articolo 19 stabilisce un obbligo di cooperazione al fine di definire iniziative bilaterali o regionali per prevenire l'immigrazione clandestina nei Paesi d'origine dei migranti.

In aggiunta a ciò, sembra essere stato firmato un accordo di riammissione¹⁸³ tra Italia e Libia nel 2017. Vi è stata una dichiarazione al riguardo da parte del Presidente del

¹⁸² V. Corte europea dei diritti umani, sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

¹⁸³ Un accordo di riammissione è un accordo bilaterale in tema di immigrazione, conclusi con Stati extra UE, volto al rimpatrio/alla riammissione dei cittadini dei contraenti, i quali risiedono *illegalmente* nei territori interessati dall'accordo, definendo inoltre tempi e modalità di procedura.

Consiglio italiano dell'epoca, secondo la quale una delle parti più importanti dell'accordo consisterebbe nel contrasto all'immigrazione irregolare; in teoria, l'accordo sembrava essere stato stipulato al fine di ridurre il numero delle stragi sul Mediterraneo, ma la pratica si è rivelata ben diversa, in quanto il suo fine è stato quello di prevenire l'arrivo di migranti al Sud Italia e alle coste europee, riconoscendo allo stesso tempo il ruolo del governo di Al-Sarraj.

Da una parte, questo accordo possiede delle implicazioni politiche internazionali; dall'altra, l'idea di prevenire le stragi sul mare si rivolge solo al tratto di navigazione verso l'Italia, mentre massacri di questo genere hanno continuato a verificarsi in Libia.

Seppur non vi sia alcuna prova al riguardo, secondo alcuni questo accordo - definito come "misterioso" - potrebbe essere il Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2 febbraio 2017, attraverso cui viene intensificato il processo di esternalizzazione delle frontiere e mediante il quale è stato inaugurato il sistema di *pull-backs*, tramite cui la Guardia costiera libica si è impegnata ad intercettare i migranti in mare per poi rimandarli in Libia¹⁸⁴, dietro il fornimento di assistenza finanziaria e tecnica da parte dell'Italia che ha portato alla costruzione di ulteriori centri di detenzione di migranti irregolari.

¹⁸⁴ La quale non è definibile come "*place of safety*" per svariate ragioni. Alla luce di uno dei più recenti rapporti dell'UNHCR datato settembre 2020, intitolato *UHNCR Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea*, il quale ha sostituito a sua volta il precedente rapporto del 2018, viene innanzitutto esaminata la situazione corrente all'epoca, caratterizzata da una frammentazione sia dal punto di vista politico, sia dal punto di vista militare.

Per quanto riguarda la situazione dei cittadini stranieri (tra cui vengono ricompresi richiedenti asilo, rifugiati e migranti) la Libia non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, mentre invece ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana che disciplina gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (c.d. Convenzione OUA) del 1969, come anche della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (c.d. Carta di Banjul) del 1981. Seppur il diritto di asilo sia previsto all'interno dell'articolo 10 dell'*Interim Constitutional Declaration* del 2011, la Libia risulta priva di una legislazione in materia di asilo o di una qualsiasi procedura di asilo; ciò comporta la criminalizzazione di qualsiasi entrata, permanenza o uscita irregolare senza la documentazione adeguata o presso dei posti di frontiera non ufficiali, non permettendo in questo senso di distinguere tra richiedenti asilo, rifugiati, migranti o vittime di traffico di esseri umani. La maggior parte dei richiedenti asilo, migranti e rifugiati risulta sprovvista di un permesso di soggiorno o di un regolare accesso ai permessi di residenza, esponendoli così al rischio di arresto e detenzione per entrata o permanenza irregolare. Inoltre, non viene garantito a questi soggetti un accesso ai servizi di base, di collocamento, al sistema scolastico e ai servizi sanitari.

Il rapporto evidenzia come nel 2018, il Ministro dell'Interno libico ha predisposto l'apertura di un nuovo centro di raccolta e permanenza (eng. *Gathering and Departure Facility, GDF*) utilizzandolo come sito di transito per trattenere i rifugiati che erano stati precedentemente identificati. Nel gennaio del 2020, l'UNHCR ha annunciato la sospensione delle operazioni presso il GDF esternando la preoccupazione che potrebbe divenire un obiettivo militare. In questo modo, l'UNHCR ha ricollocato dozzine di rifugiati altamente vulnerabili, già identificati al fine di risistemazione o evacuazione verso Stati terzi, verso un rifugio alternativo temporaneo in attesa dell'espulsione, mentre centinaia di altri sono stati spostati verso i centri urbani.

La tendenza di insicurezza e di assenza di un'autorità statale centrale ha portato alla qualificazione della Libia come paese di transito e di partenza per i rifugiati e i migranti che cercano di raggiungere l'Europa, spesso su barconi sovraffollati e inadatti ad affrontare il viaggio in mare.

Nonostante queste informazioni sul Memorandum, questi non è stato pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale*, né è stato comunicato ai Presidenti delle Camere¹⁸⁵. Però è stato pubblicato nell'archivio *online* dei trattati internazionali, curato dal Ministero degli Affari Esteri.

Per questo, è stato oggetto di quattro ricorsi per conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, i quali sono stati dichiarati inammissibili¹⁸⁶.

Tuttavia, nonostante l'adozione di queste misure, durante il 2020 l'UNHCR ha registrato un aumento delle partenze dalla Libia verso le coste italiane, come conseguenza sia della crescente situazione di conflitto, sia della pandemia da COVID-19, intensificando in questa maniera la cooperazione tra l'Italia e la guardia costiera libica (*LCG*); una collaborazione che il Parlamento europeo ha chiesto più volte di cessare¹⁸⁷.

Persiste, in questo senso, l'incompatibilità con gli strumenti europei e nazionali finalizzati alla protezione dei diritti umani.

17. Il Decreto interministeriale 150/2020 (c.d. porti chiusi)

Attraverso il decreto interministeriale 150/2020 adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute è stato disposto che, per l'intera durata della pandemia da COVID-19, i porti italiani non possono essere considerati un *place of safety* ai sensi delle condizioni previste dalla Convenzione SAR del 1979¹⁸⁸. La *ratio* sottesa al decreto era quella di evitare nuovi ingressi, al fine di non sovraccaricare l'ormai saturo sistema sanitario nazionale.

Per quanto riguarda la situazione umanitaria in Libia, viene evidenziato all'interno del rapporto come il continuo conflitto politico e l'impasse conseguente abbiano causato un deterioramento delle condizioni umanitarie in tutti i settori rilevanti, compresi il danneggiamento e la distruzione di case, ospedali, scuole, sistemi elettrici e acquiferi e di altre strutture critiche. A chiusura del rapporto, viene effettuata una ricognizione generale sulle carenze della Libia, compresa la mancanza, già evidenziata, di un sistema di asilo efficiente; la conclusione è evidente: la Libia non può essere considerata uno Stato terzo sicuro o un *place of safety* sulla base delle disposizioni internazionali.

¹⁸⁵ Come previsto dagli articoli 1, c. 1, lett. f) e 4 della legge n. 839/1984.

¹⁸⁶ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 163 del 2018.

¹⁸⁷ V. *Stop Cooperation with and Funding to the Libyan Coastguard*, MEPs Ask, 27 aprile 2020: “*In a debate in the Civil Liberties Committee with representatives of the Commission, Frontex, UNHCR, the Council of Europe and NGOs, a majority of MEPs insisted that Libya is not a “safe country” for disembarkation of people rescued at sea and demanded that the cooperation with the Libyan coastguard stops. Most of the speakers acknowledged the challenges faced by front line countries receiving most of the migrants and asylum-seekers fleeing Libya, namely Italy and Malta, and underlined that the European common asylum system needs to be reshuffled, with a focus on solidarity among member states and respect of international legislation. Others made clear that member states are entitled to protect their borders, especially in the middle of a health crisis such as the current one. Some instead criticized the closure of ports due to the COVID-19 pandemic and stressed that letting people drown cannot be a solution.*”

¹⁸⁸ V. Capitolo I, sezione I, par. 3.

Ancor prima della pubblicazione del testo in esame, l'UNHCR aveva emanato una nota dove ha sottolineato come le misure volte alla prevenzione del contagio non possano contraddire l'obbligo internazionale di garantire l'accesso al territorio ai potenziali richiedenti asilo¹⁸⁹.

Ciò ha portato il Capo Dipartimento della Protezione civile a considerare, attraverso un decreto, *place of safety* una nave attraverso una scelta non priva di inconvenienti, *in primis* il rischio che i migranti subiscano trattamenti inumani e degradanti.

Il Tar Lazio, chiamato in sede cautelare a verificare la sussistenza di presupposti per sospendere l'efficacia del decreto ha indicato come: "Resta comunque fermo l'obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare"¹⁹⁰. In questo senso, ci si può domandare se l'adozione del decreto sia stata una soluzione proporzionata e correlata alla necessità di contrastare la pandemia ovvero e si tratti di una compressione di diritti che dovevano essere garantiti, anche in una situazione di emergenza.

È stato notato come, ai fini del contenimento dell'epidemia, siano state "congelate" la maggior parte delle libertà fondamentali per garantire il diritto alla salute facendo riemergere, in questo senso, le conclusioni indicate all'interno della sentenza 85 del 2013 della Corte costituzionale secondo le quali tra principi e diritti fondamentali non vi è gerarchia o pretesa di assolutezza.

Invece, in materia di proporzionalità è necessario far riferimento alla teoria del giurista tedesco Alexy¹⁹¹ il quale, nell'ambito dei principi elaborò la tecnica dinamica del bilanciamento, per la quale essi esigono la loro applicazione nella misura massima possibile.

Per quanto riguarda la verifica del *least-restrictive means* sorge il dubbio che l'Esecutivo non abbia valutato che la misura in questione richiedesse i minori sacrifici possibili tra l'espansione della tenuta del servizio sanitario nazionale, da un lato, e la compressione dei diritti alla vita, alla salute, all'asilo, allo sbarco in un posto sicuro e al *non-refoulement*, dall'altro.

¹⁸⁹ Cfr. UNHCR, *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, 16 marzo 2020.

¹⁹⁰ Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. III, decr., 22 aprile 2020, n. 3066.

¹⁹¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012.

Il diritto alla salute, da come è stato formulato, protegge questa in senso in generale come interesse della collettività e solo ragioni connesse alla salute collettiva possono abilitare interventi limitativi alla libertà del singolo¹⁹².

Tuttavia, non si può sostenere che il diritto alla salute del non cittadino sia meno “fondamentale” di quello del cittadino. La Corte costituzionale, nella sentenza 252/2001, aveva individuato un “nucleo irriducibile” oltre il quale non è possibile spingere la compressione del diritto alla salute del non cittadino; di conseguenza, lo scrutinio di ragionevolezza dell’atto passa attraverso una valutazione della tollerabilità del sacrificio imposto alla salute individuale dei migranti a bordo.

Un impedimento degli sbarchi, come quello previsto dal decreto in esame, crea di fatto un *vulnus* di fatto tanto al diritto d’asilo, quanto al principio di *non-refoulement*.

Invece, per quanto riguarda il profilo strettamente emergenziale, la ragionevolezza dei motivi indicati all’interno del testo presenta non poche perplessità, come l’eventuale eccessiva pressione sul SSN e sulle forze di polizia tale da non garantire condizioni di sicurezza per la vita o accesso ai servizi fondamentali alle persone soccorse. Questi costituiscono profili che non riescono a conciliarsi con la definizione di *place of safety* contenuta all’interno della Convenzione SAR.

Inoltre, il principio di temporaneità è stato completamente trascurato. Questo viene indicato nella Convenzione di cui sopra e nelle Linee guida del 2004, che impongono agli Stati specifici obblighi in materia di ricerca e salvataggio nella zona SAR in cui si è verificato il salvataggio e, quando necessario, anche al di fuori di essa.

In ultimo luogo, giova ricordare come la crisi pandemica non abbia messo a tacere i cosiddetti *push and pull factors* dei movimenti di immigrazione, anzi le guerre non sono cessate e vi è stata una continua fuga dei migranti dai propri paesi d’origine al fine di trovare un posto sicuro¹⁹³.

18. Il Decreto-legge 1/2023 (c.d. ONG): un impedimento ai salvataggi in mare

A seguito di un’impennata di salvataggi in mare e di una rinnovata attenzione all’argomento da parte del nuovo governo italiano¹⁹⁴, è stato approvato all’inizio del 2023 il decreto-legge n. 1, convertito in legge n.15, il c.d. decreto ONG.

¹⁹² V. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale: Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 39.

¹⁹³ Cfr. Dichiarazione dell’Alto Commissario ONU per i Rifugiati in merito alla crisi del Covid-19, Ginevra, 19 marzo 2020.

¹⁹⁴ Un’attenzione che già si era manifestata a partire dal 2018, con la c.d. politica dei porti chiusi.

Il testo in questione apporta delle modifiche all'articolo 1 del decreto-legge 130/2020, convertito in legge n. 173 dello stesso anno (Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza)¹⁹⁵, predisponendo innanzitutto la soppressione del secondo e terzo periodo del secondo comma¹⁹⁶.

Vengono aggiunti inoltre dei commi successivi al 2, che vanno fino al *2-septies*: al comma *2-bis*, viene previsto che le disposizioni del secondo comma non si applicano in caso di operazioni di soccorso comunicate immediatamente al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera, le quali si svolgono nel rispetto delle indicazioni fornite dalle suddette autorità, emesse in base al rispetto dei vari obblighi internazionali. Devono dunque essere rispettate congiuntamente una serie di condizioni tra le quali figurano: il fatto che la nave effettui sistematicamente attività di ricerca e soccorso in regola con la certificazione dello Stato di bandiera (lettera a); la possibilità che vengano informate le persone soccorse dell'opportunità di fare richiesta di protezione internazionale¹⁹⁷ (lettera b); del fatto che venga richiesta nell'immediatezza dell'evento l'assegnazione di un porto di sbarco (lettera c) e che questo venga raggiunto senza ritardo al fine di porre termine all'attività di soccorso (lettera d); vengono fornite alle autorità competenti (o quelle di ricerca e soccorso o quelle di pubblica sicurezza) le informazioni necessarie ai fini di una ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso appena svolta (lettera e); che le modalità di ricerca e soccorso effettuate non abbiano causato situazioni di pericolo a bordo o impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco (lettera f).

Al nuovo comma *2-ter* viene predisposto come il transito e la sosta delle navi nel mare territoriale venga garantita ai soli fini di prestare soccorso e assistenza alle persone soccorse, fatta salva però l'applicazione delle sanzioni previste nei commi successivi: il comma *2-quater* prevede che, in caso di violazione del provvedimento adottato ai sensi del secondo comma (tranne nel caso in cui debbano essere applicate delle sanzioni penali

¹⁹⁵ Con il decreto in questione sono state introdotte delle disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale mediante anche delle modifiche ai c.d. decreti sicurezza e sicurezza-bis.

¹⁹⁶ Non trovano comunque applicazione le disposizioni del presente comma nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e soccorso in mare, emesse in base agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare nonché dello statuto dei rifugiati fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria. Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito al periodo precedente, si applica l'articolo 1102 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000.

¹⁹⁷ Su questo punto si è svolto maggiormente il dibattito tra i capitani delle ONG.

in quanto il fatto costituisca reato), viene applicata al comandante una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra i 10.000 e 50.000 euro con inoltre l'applicazione della sanzione accessoria del fermo amministrativo¹⁹⁸ per un termine di due mesi nei confronti della nave che ha commesso la violazione; viene ammesso il ricorso entro sessanta giorni al Prefetto (territorialmente competente, dice il comma *2-septies*) che provvede nei successivi venti giorni.

Il comma *2-quinquies* attiene alla reiterazione della condotta contestata con la medesima nave; in questo caso, si applica la sanzione amministrativa accessoria della confisca della nave mentre l'organo accertatore provvede "immediatamente" al sequestro cautelare.

Il comma *2-sexies* riguarda la possibilità che il comandante della nave o l'armatore non fornisca alle autorità le informazioni richieste, portando così all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria dai 2.000 ai 10.000 euro e, in caso di reiterazione della condotta, conseguirà l'applicazione della confisca accessoria del fermo amministrativo dalla durata di due mesi; in caso di ulteriore reiterazione, si applicheranno le disposizioni previste dal comma *2-quinquies*.

Il decreto 1/2023 si chiude con l'inserimento del comma *2-septies* il quale, oltre a indicare il Prefetto competente, predispone l'osservanza delle disposizioni della legge 689/1981, ovvero quelle relative alle sanzioni amministrative pecuniarie.

Il decreto in questione, ormai convertito in legge, ha riscontrato molte opinioni negative. Una prima obiezione proviene dal Consiglio d'Europa, il quale ha rilevato come il decreto in questione costituisca un *vulnus* sia nei confronti delle persone in difficoltà che vengono soccorse in mare, sia nei confronti dei cittadini europei che svolgono queste attività di ricerca e salvataggio; secondo questo, l'elenco di disposizioni previste all'interno del comma *2-bis* del decreto in esame sarebbero prive di proporzionalità, in quanto priverebbero il Mediterraneo delle uniche operazioni di soccorso rimanenti, cioè l'attività delle ONG.

Di conseguenza, la Commissaria per i diritti umani Mijatovic del Consiglio d'Europa¹⁹⁹ aveva chiesto, in una lettera indirizzata al governo italiano, di considerare la possibilità di ritirare il decreto legge in questione oppure, attraverso il dibattito parlamentare, di adottare tutte le modifiche necessarie affinché il testo possa essere considerato in

¹⁹⁸ Viene specificato, nell'ultimo periodo del comma in esame, come al fermo amministrativo si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 214 del decreto legislativo 285/1992 (codice della strada), il quale prevede a sua volta il fermo amministrativo del veicolo in caso di accertata violazione.

¹⁹⁹ V. ANSA.it *Consiglio d'Europa, Italia ritiri il decreto su ONG*.

conformità con gli obblighi assunti dal Paese in materia di diritti umani e diritto internazionale; infatti, viene sottolineata nell'invito la preoccupazione in merito delle disposizioni contenute all'interno del decreto che comporterebbero un ostacolo alla fornitura di assistenza salvavita da parte delle ONG nel Mediterraneo centrale, attraverso l'impedimento dei salvataggi multipli e l'assegnazione di un porto sicuro lontano dal luogo di salvataggio, prolungando in questo modo le sofferenze patite dalle persone soccorse. Un terzo punto riguarda l'indeterminatezza della nozione di "conformità ai requisiti tecnici" prevista all'interno del decreto, la cui conseguenza più evidente appare essere la sottoposizione delle navi ONG a lunghe e ripetute ispezioni di sicurezza, impedendo in questa maniera l'attività di salvataggio. Gli ultimi due punti sui quali si è soffermata la Commissaria riguardano, da un lato, un invito all'Italia di sospendere la cooperazione con la Libia e, dall'altro, conferme e chiarimenti sulle accuse, mosse da alcuni media, relative alle politiche di rimpatrio operate dalla Grecia e dall'Italia su navi private e in condizioni proibitive per i migranti, senza alcuna possibilità di presentare domanda di asilo.

Il governo italiano, nella lettera di risposta, ha evidenziato come i timori espressi appaiano infondati in quanto, secondo la sua opinione: non si riscontra alcun impedimento ai salvataggi in mare da parte delle ONG; si cerca di evitare la sistematica attività di recupero dei migranti nelle acque antistanti le coste libiche e tunisine al fine di condurli in Italia senza alcun tipo di coordinamento (una condotta che, secondo il governo italiano, si pone al di fuori di qualsiasi previsione delle convenzioni internazionali); l'assegnazione ai porti lontani dal luogo in cui si è verificato il salvataggio è dovuta sia ad una redistribuzione degli oneri organizzativi e logistici tra le regioni, sia perché i porti più lontani sono di grandi dimensioni; appare privo di fondamento il timore per il quale il possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica delle navi possa condurre a complesse e interminabili ispezioni; ed infine, per quanto riguarda la questione dei rimpatri dall'Italia e dalla Grecia, viene definita come "destituita di fondamento".

Proseguendo con le critiche, il decreto in questione appare violare gli articoli 11 e 12 della Carta dei diritti fondamentali, ovvero rispettivamente la libertà di espressione e informazione e la libertà di associazione, in quanto si vieta ai cittadini di svolgere un'attività che si sono autoassegnati, quella di solidarietà. Nei primi commenti sul decreto²⁰⁰, uno in particolare richiama una recente decisione della Corte di giustizia, la

²⁰⁰ V. ASGI *Contro la Costituzione, le organizzazioni umanitarie e i diritti umani: l'insostenibile fragilità del D.L. n. 1/2023*.

quale riunisce due cause (C-14/21 e C-15/21), dove viene chiarito che lo Stato di approdo non può pretendere certificazioni diverse da quelle rilasciate dallo Stato di bandiera della nave o esigere che le navi rispettino prescrizioni tecniche ulteriori diverse da quelle predisposte dalle Convenzioni internazionali; nei casi in questione dunque la Corte ha escluso la legittimità di un eventuale fermo amministrativo delle navi di soccorso per la violazione delle suddette condizioni. Quindi, il decreto in questione presenta una serie di misure che si rivelano essere contrastanti sia con il diritto convenzionale, sia con il diritto sovranazionale, sia con il diritto internazionale.

In particolare, le condizioni prescritte dalle lettere *b)*, *d)* e *f)* vengono rilevate come il vero obiettivo del decreto in esame, ossia l'impedimento dell'approdo in Italia delle persone soccorse in mare e che questa, di conseguenza, divenga lo Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale; infatti, la previsione secondo la quale viene disposto che l'assegnazione del porto di sbarco avvenga celermente e che le modalità di soccorso consentano di raggiungerlo in via tempestiva comporta l'impedimento alla nave di effettuare salvataggi multipli; ma ciò in effetti non potrà mai verificarsi in quanto contrasterebbe con gli obblighi internazionali posti dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio (si fa riferimento all'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare²⁰¹ e al Cap. V Regola 33 della Convenzione SOLAS²⁰²) e dal diritto interno (ovvero agli articoli 1113 e 1158 del codice della navigazione).

Un'altra strategia in materia di sbarchi, abbandonata dal decreto-legge ma applicata in precedenza²⁰³, appare essere quella di voler operare degli sbarchi "selettivi", una politica consistente nel distinguere i migranti vulnerabili, in condizioni sanitarie precarie, da quelli non vulnerabili, la quale si è rivelata fallimentare sin da subito, in quanto la successiva verifica di condizioni di fragilità e alto rischio psicologico ha portato allo sbarco di tutti i migranti presenti sulle navi.

In aggiunta a ciò, appare essere inapplicabile la previsione che vuole collegare il raggiungimento tempestivo del porto sicuro al divieto di trasbordo delle persone da una nave all'altra, in quanto, da una parte, la valutazione delle condizioni di sicurezza della

²⁰¹ Cfr. Sezione I, par. 5.

²⁰² Cfr. Sezione I, par. 3.

²⁰³ Si fa riferimento alla vicenda che ha avuto luogo nel novembre 2022 che ha coinvolto due navi umanitarie destinatarie di provvedimenti di interdizione: la "*Humanity 1*", battente bandiera tedesca e la nave di Medici Senza Frontiere "*Geo Barents*". V. A. FAZZINI, *Le politiche di contrasto alle ONG che operano il soccorso in mare (terzo atto) e la tenuta dello stato di diritto, Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 124-142.

nave che effettuano il trasbordo sono valutabili caso per caso; dall'altra, se il motivo del trasbordo fosse riconducibile all'obbligo di salvare vite in mare, si riscontrerebbe, ancora una volta, l'applicazione dell'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Diverso, invece, sarebbe il caso in cui l'operazione si rendesse necessaria a causa delle condizioni dell'imbarcazione, in quanto questa particolare ipotesi rientrerebbe nelle valutazioni all'interno della sfera di competenza del capitano e, di conseguenza, sarebbe compatibile con il dovere di soccorso in mare.

Inoltre, a livello europeo, viene previsto e imposto al governo italiano il soccorso plurimo nel caso in cui vi sia il concreto pericolo che le persone soccorse vengano consegnate alle autorità di un Paese ove rischiano di essere sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, secondo quanto disposto dall'articolo 4, paragrafo q) del Regolamento UE 656/2014.

In aggiunta a ciò, la normativa in esame sembra contrastare anche con le disposizioni europee in materia di accesso alla protezione internazionale, regolate dalla direttiva 2013/32²⁰⁴, dove l'articolo 4 prevede che ogni Stato membro nomini specifiche autorità competenti all'esame della domanda di protezione internazionale, per la trattazione dei casi soggetti al Regolamento Dublino²⁰⁵ o al fine di rifiutare l'ingresso nell'ambito delle procedure di frontiera. All'interno del decreto legislativo 25/2008, modificato in attuazione della direttiva, l'Italia ha nominato come autorità competente le Commissioni territoriali (distribuite su base regionale), l'Unità Dublino²⁰⁶ (per l'accertamento della competenza dello Stato ai sensi dell'articolo 3 del regolamento 604/2013) ed infine la polizia di frontiera o la questura territorialmente competente (per la ricezione delle domande); si tratta indubbiamente di competenze che operano in caso di presenza del richiedente asilo sul territorio dello Stato italiano e non in altri territori come, ad esempio, quello dello Stato di bandiera.

In aggiunta a ciò, si possono muovere delle obiezioni in merito alla competenza in capo al comandante della nave, delineata dal decreto in questione, di raccogliere le eventuali domande di protezione internazionale. Preme sottolineare in questo caso, la specifica competenza acquisita dalle autorità competenti, che richiede il rispetto di precise procedure amministrative che i comandanti delle navi non possiedono. Si può effettuare in questo ambito un richiamo alla sentenza definitiva sul caso *Hirsi Jamaa c. Italia*²⁰⁷

²⁰⁴ Cfr. Sezione II, par. 11.

²⁰⁵ Cfr. Sezione II, par. 8.

²⁰⁶ Situata presso il Ministero dell'Interno.

²⁰⁷ Cfr. Capitolo II, par. 3.

dove la Grande Camera ha affermato la necessità di esaminare la situazione individuale di ciascuna persona soccorsa e ha ritenuto che il personale delle navi non abbia la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non dispone dell'assistenza di interpreti e consulenti giuridici.

Inoltre, l'obbligo di soccorso delle persone in mare in condizioni di pericolo internazionalmente previsto prescinde oggettivamente dalla loro qualificazione giuridica soggettiva, la quale avverrà solo nel momento in cui queste siano poste in completa sicurezza, ovvero una volta sbarcate presso un porto sicuro; quindi, appare vano il tentativo operato dal decreto in esame di spostare la competenza dell'esame delle domande di protezione internazionale allo Stato della nave di soccorso.

Un'altra questione in materia riguarda lo sbarco da parte delle autorità italiane presso un porto sicuro che sia situato in una zona lontana dall'area in cui è avvenuto il soccorso. Dall'esame della Convenzione SOLAS emerge l'imposizione agli Stati di cooperare affinché i comandanti delle navi che hanno prestato soccorso vengano liberati dal loro impegno con una minima deviazione dalla rotta originariamente prevista; in aggiunta a ciò, la Risoluzione MSC 167 (78) del 20 maggio 2004 (*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*) definisce come "porto sicuro" il luogo in cui le operazioni di salvataggio possono definirsi concluse e dove le persone soccorse hanno, di conseguenza, accesso ai loro bisogni fondamentali²⁰⁸, con la precisazione per cui non si può considerare luogo sicuro la nave, anche se in grado di garantire sicurezza immediata alle persone²⁰⁹. Inoltre, la Risoluzione dispone che la nave non deve essere soggetta a ritardi ingiustificati, oneri finanziari o altre difficoltà in seguito alla prestazione di assistenza alle persone in mare; di conseguenza, gli Stati costieri hanno l'obbligo di sollevare dall'incarico la nave il prima possibile²¹⁰.

Quindi, di conseguenza, l'indicazione di un porto sicuro italiano lontano dalla zona nella quale si è verificato il salvataggio è da considerarsi in contrasto con l'obbligo inderogabile di prestare soccorso a persone in pericolo di vita.

Secondo alcuni commenti, il decreto è stato preceduto da una narrazione politica volta al fine di contrastare l'immigrazione irregolare, però contenendo al suo interno delle disposizioni che non metteranno fine a quei motivi che inducono i migranti a fuggire o alle operazioni di salvataggio previste dal diritto internazionale.

²⁰⁸ Paragrafo 6.12.

²⁰⁹ Paragrafo 6.13.

²¹⁰ Paragrafo 6.3.

CAPITOLO II

IL PLACE OF SAFETY, UNA MODERNA ENEIDE

“Nessuno lascia casa a meno che

La casa non sia la bocca di uno squalo”

(WARDAN SHIRE)

SOMMARIO: 1. *Place of Safety*: l’origine della nozione e definizione – 2. Le modalità di designazione del *Place of Safety* – 3. L’illegalità dei respingimenti verso la Libia: il caso *Hirsi Jamaa c. Italia* – 4. I respingimenti dei migranti alle frontiere terrestri: il caso *N.D. e N.T. c. Spagna* – 5. La pandemia e il *place of safety*: una chiusura forzata, ma evitabile? – 6. La tragedia di Cutro e la dichiarazione dello *status* di emergenza (*No more mutants*).

1. *Place of Safety*: l’origine della nozione e definizione

Dopo aver affrontato mille peripezie, via mare o via terra, il migrante che fugge dalla propria situazione di *distress* dovrebbe trovare un luogo sicuro, in modo tale da poter cominciare una nuova vita, una seconda possibilità.

Un primo ragionamento intorno alla definizione di *place of safety* può ruotare intorno alle nozioni di “asilo” e “rifugio” le quali, *prima facie*, possono apparire distinte dal punto di vista teorico.

Innanzitutto, l’asilo si lega a concezioni di supremazia e di intangibilità del potere statale, mentre il rifugio riguarda valutazioni di carattere legate al valore della dignità umana.

Mentre il primo istituto viene disciplinato dal diritto internazionale in generale, il secondo costituisce una fattispecie fondata sul diritto convenzionale.

Infine, l’asilo ha natura costitutiva, cioè viene concesso al soggetto per volontà dello Stato, mentre il rifugio presenta una natura dichiarativa, ovvero dev’essere accordato a chiunque soddisfi oggettivamente i requisiti predisposti dagli strumenti convenzionali applicabili.

Si potrebbe però affermare come queste distinzioni non consentano di individuare delle differenze significative tra queste due nozioni, dato che l’origine diversa non esclude una successiva coincidenza o equivalenza dei due termini di cui sopra.

La differenza effettiva tra le discipline di asilo e rifugio nei vari diritti interni rileva nelle regole di carattere amministrativo, le quali esauriscono i loro effetti nel rispettivo ordinamento domestico. Invece, l’effetto nell’ordinamento che deriva dall’applicazione delle stesse è sostanzialmente identico, poiché in entrambi i casi viene garantita

all'individuo la protezione dalle persecuzioni, impedendo, in questo senso, la violazione dei suoi diritti fondamentali.

Inoltre, la coincidenza sostanziale tra asilo e rifugiato può presentare anche delle connotazioni positive: da questo punto di vista, il diritto fondamentale è quello di *non-refoulement*. Dopotutto, alcuni strumenti normativi internazionali relativi ai rifugiati prevedono le disposizioni relative a questo principio all'interno delle norme in materia di asilo²¹¹.

Inoltre, anche i presupposti per l'applicazione dei due istituti coincidono, in quanto entrambi vengono qualificati dall'elemento della persecuzione. Tuttavia, tale presupposto presenta delle differenze a seconda che si tratti di asilo o rifugio: se si tratta del primo istituto, la persecuzione dovrebbe provenire direttamente dallo Stato; se invece si parla di rifugio, la natura degli agenti risulta irrilevante.

Seppur la nozione di *place of safety* dal punto di vista semantico possa apparire chiara e di origini antiche, in realtà la sua definizione è piuttosto recente; nonostante da sempre l'essere umano sia in ricerca di un rifugio, la definizione normativa di posto o porto sicuro nasce a seguito dell'incidente che ha coinvolto l'imbarcazione *Tampa*²¹² e delle conseguenze da esso derivate. Da questo evento, hanno avuto origine le modifiche alle Convenzioni SOLAS²¹³ e SAR²¹⁴ che hanno imposto agli Stati contraenti ulteriori obblighi, inclusi quelli di cooperazione e coordinazione al fine di assicurarsi che ai comandanti delle navi sia consentito di sbarcare le persone soccorse in un *place of safety*. Come è stato affermato dall'Organizzazione Marittima Internazionale, l'intento di questi emendamenti è quello di assicurare che questo posto sicuro venga indicato entro tempistiche ragionevoli. La responsabilità di indicare un *place of safety*, o di assicurarsi che venga fornito, spetta al governo responsabile della zona SAR in cui vengono recuperati i sopravvissuti.

Il termine *place of safety* non è stato inizialmente definito né dalla Convenzione SOLAS, né dalla Convenzione SAR. Le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare dell'OMI del 2004 hanno messo fine a questa mancanza, definendo un *place of safety* come “un qualsiasi luogo in cui la sicurezza della vita delle persone soccorse non sia più messa a rischio e dove i loro bisogni essenziali, come cibo, rifugio ed esigenze mediche,

²¹¹ Si veda ad esempio l'articolo 2 della Convenzione africana del 1969.

²¹² Cfr. Capitolo III, par. 2.

²¹³ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 3.

²¹⁴ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 4.

possano essere soddisfatti”. Nonostante queste Linee guida non siano vincolanti, forniscono tuttavia delle indicazioni importanti su come interpretare gli obblighi posti all’interno delle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR dato che queste possono essere considerate delle “pratiche ulteriori” sulla base dell’articolo 31 (3) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969²¹⁵.

Di conseguenza, un posto sicuro non può essere identificato nel territorio di uno Stato in cui la vita delle persone soccorse potrebbe essere minacciata o sottoposta a un serio rischio di persecuzione, tortura o trattamento inumano o degradante.

In questo modo, nella nozione di *place of safety* dovrebbe essere preso in considerazione anche il principio di *non-refoulement* contenuto all’interno dell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra. Questo sarebbe anche compatibile con l’articolo 31 (3) (c) della suddetta Convenzione di Vienna²¹⁶, il quale richiama a un’interpretazione sistematica delle previsioni dei trattati, ma, ancor più importante, questo è dettato anche dalla legislazione europea²¹⁷ e dalla giurisprudenza internazionale²¹⁸.

Una problematica rilevante in questo senso riguarda la possibilità che possa essere definito *place of safety* l’imbarcazione che ha condotto le operazioni di soccorso: seppur sia vero che nell’ambito dell’IMO viene ammesso, anche se teoricamente, che un luogo sicuro possa non trovarsi sulla terraferma²¹⁹, in realtà questa ipotesi viene tendenzialmente esclusa in quanto, è evidente, la nave non dispone delle strutture adatte per affrontare l’emergenza. Infatti, la Corte di Cassazione italiana²²⁰ ha argomentato tale impossibilità della nave di fungere da luogo sicuro per un insieme di fattori, *in primis* l’esposizione di questa a fenomeni meteorologici avversi. Inoltre, la funzione del *place of safety* è tanto quella di assicurare la sicurezza fisica delle persone, quanto quella di presentare domanda di protezione internazionale.

In questo senso, un’ipotesi del genere potrebbe essere concretizzata nell’ambito della gestione di situazioni in cui lo sbarco delle persone tratte in salvo è in grado di comportare

²¹⁵ Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: (...) “Di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l’interpretazione del trattato o l’attuazione delle disposizioni in esso contenute”.

²¹⁶ Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: (...) “Di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti”.

²¹⁷ Cfr. articolo 4 del regolamento 656/2014.

²¹⁸ Cfr. sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. V. par. 3.

²¹⁹ Cfr. Risoluzione MSC. 167 (78), par. 6.14 “*A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination*”.

²²⁰ Cfr. Cassazione (Sezione III penale), sentenza 16 gennaio 2020 n. 6626.

un rischio sanitario per i residenti dovuto alla trasmissione di malattie, come nel periodo della pandemia da COVID-19²²¹.

2. Le modalità di designazione del *Place of Safety*

Secondo alcune fonti, esistono quattro possibili modi di designazione di un *place of safety*²²².

Una prima (probabile) modalità di designazione consiste in una valutazione generale dei paesi costieri sulla base di una serie di elementi come, ad esempio, l'esistenza e la possibilità di accesso ad un adeguato sistema d'asilo.

Dal punto di vista europeo, appare indicativo di questo approccio il Regolamento 656/2014 che, ove applicabile, fa riferimento a una valutazione generale del Paese che tenga conto non solo di una serie di fonti, ma anche degli accordi eventualmente assunti in materia di immigrazione ed asilo²²³.

Sulla base di queste considerazioni, appare ormai evidente come, nonostante alcune posizioni statali discutibili, non sia possibile qualificare la Libia come Stato in grado di fornire un *place of safety*²²⁴. In questo senso, un'eventuale interpretazione della Convenzione SAR che obblighi questo Stato a fornire un porto sicuro apparirebbe paradossale.

Le stesse incertezze possono presentarsi per quanto riguarda altri Stati, come Algeria, Marocco, Tunisia o Turchia²²⁵; tuttavia alcuni paesi, compresa l'Italia, hanno adottato liste di Paesi d'origine sicuri che comprendono alcuni dei suddetti.

Sempre nell'ambito del presente criterio, si può affermare come l'appartenenza al sistema CEDU non garantisca *per se* le condizioni necessarie per designare come *place of safety* un determinato Stato: problematiche di questo genere potrebbero riguardare tanto la Turchia, nella quale si è verificata una crescente violazione del principio di *non-refoulement*, quanto la Grecia, dove si è registrata un'inquietante incapacità del sistema di accoglienza di soddisfare i bisogni primari dei richiedenti asilo e si è verificata una sospensione, seppur temporanea, dell'accesso al sistema di asilo.

²²¹ V. par. 6.

²²² V. C. DANISI, *La nozione di "place of safety" e l'applicazione di garanzie procedurali a tutela dell'individuo soccorso in mare*, *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 395-440.

²²³ Una valutazione simile, sempre in ambito europeo, può essere fatta nel contesto della designazione di un paese come Stato terzo sicuro. In questo senso, v. Capitolo IV, par. 2.

²²⁴ Cfr. nota n. 189.

²²⁵ Per un'attenta analisi delle condizioni dei suddetti Stati v. A. FARAHAT, N. MARKARD, *Place of safety in the Mediterranean: The EU's policy of Outsourcing Responsibility*, Bruxelles, 2020.

Da questi elementi, si può desumere che una valutazione generale del Paese, in alcuni casi, può essere utile al fine di escludere *tout court* degli Stati dalla designazione degli stessi come *place of safety*. Ma, in tutte le altre eventualità, tale designazione non può prescindere dall'apprezzamento della situazione specifica delle persone soccorse affinché queste non vengano sbarcate in violazione dei principi fondamentali.

Una seconda modalità di individuazione del *place of safety* potrebbe consistere nella predisposizione di piattaforme regionali, che si basano sull'eterogeneità dei gruppi di persone salvate in mare, per le quali sarebbero opportuni degli sbarchi *differenziati* a causa della loro condizione specifica. Queste consistono in piani di sbarco concordati mediante accordi regionali e prendono spunto da una proposta avanzata nel contesto euro-mediterraneo.

Si è potuto parlare di queste in un *non-paper* del Consiglio europeo nel 2018²²⁶ al fine di assicurare una gestione controllata e sicura delle operazioni di sbarco e post-sbarco mediante procedure e regole comuni. In uno spirito di condivisione, il Consiglio aveva auspicato all'interno di questo documento il coinvolgimento tanto dell'Unione europea, quanto dei Paesi terzi con i quali sussistono delle forme di cooperazione in materia.

L'Unione, in questo senso, sarebbe intervenuta non solo attraverso lo stanziamento di fondi, ma anche mediante forme di ricollocazione, in Europa e non solo, di soggetti la cui situazione specifica lo avrebbe richiesto. In tal caso, il *non-paper* indica come sia necessaria un'identificazione individualizzata dei bisogni delle persone soccorse, affinché non si realizzi il rischio di *refoulement*, mediante sia il coinvolgimento dell'IOM e dell'UNHCR, sia l'individuazione di soluzioni particolari per determinate categorie (come, ad esempio, i minori non accompagnati).

La potenziale compatibilità di queste piattaforme viene riconosciuta dall'IOM e dall'UNHCR in una *Joint Proposal*²²⁷ poiché basate su una precisa distinzione: innanzitutto, la predisposizione di piattaforme regionali assicura che le persone salvate in acque internazionali vengano sbarcate il prima possibile in luoghi in cui venga rispettato il principio di *non-refoulement* e in cui non vi sia il rischio di subire danni; in secondo luogo: “*responsibile post-disembarkation processing [...] leads to rapid and effective differentiated solutions and reduces onward movement through an effective cooperative arrangement*”.

²²⁶ Cfr. Consiglio europeo, *Non-Paper on Regional Disembarkation Arrangements*, 2018.

²²⁷ V. UNHCR e IOM, *Joint Proposal for a Regional Cooperative Arrangement Ensuring Predictable Disembarkation and Subsequent Processing of Persons Rescued-at-Sea*, 27 giugno 2018.

Da questo punto di vista, pur non negando la necessità di individuazione di un *place of safety*, in questo documento emerge come quest'ultimo debba essere individuato sulla base della tutela della vita delle persone nell'immediato e non per assicurare la realizzazione di una soluzione nel lungo periodo. Sarebbe comunque garantita la tutela dei diritti fondamentali poiché l'istituzione di piattaforme di *screening* iniziale garantirebbe, dopo lo sbarco, l'individuazione dei bisogni individuali, anche in materia di salute e condizioni di vulnerabilità. In questo modo, seppur rimanendo l'assicurazione di livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali, il *place of safety* sembra prescindere dalla garanzia di un esame completa della (eventuale) domanda di protezione internazionale.

Tuttavia, la fattibilità di queste piattaforme si scontra con la loro effettiva collocazione. Da questo punto di vista, il Consiglio europeo faceva riferimento unicamente a piattaforme situate in Paesi terzi il cui consenso non appariva certo²²⁸. Al contrario, l'UNHCR e l'IOM non escludevano l'istituzione di queste nel territorio europeo²²⁹. Si tratta di una diversità di opinioni che emerge anche all'interno del sistema di *screening* e successivo ricollocamento proposto nel Nuovo Patto sull'immigrazione e l'asilo del 2020²³⁰ per coloro che sbarcano a seguito di operazioni SAR. In questo senso, secondo quest'ultimo, le operazioni di *screening* iniziali possono effettuarsi alle frontiere esterne dell'Unione e, in ogni caso, *prima* dell'ingresso nel territorio europeo.

Tuttavia, all'interno della sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna*²³¹, nella quale la Corte europea dei diritti umani fornisce una più recente interpretazione del termine "giurisdizione", non si può affermare che le operazioni di *screening* possano sfuggire alla giurisdizione delle parti pur se svolte al confine o in eventuali piattaforme regionali concordate con l'applicazione delle opportune garanzie procedurali. In questo senso, il secondo criterio per l'individuazione di un *place of safety* appena trasposto appare problematico.

Una terza modalità risiede nella stipulazione di accordi intergovernativi *ad hoc*. È da rilevare come, nonostante tali operazioni rientrino nelle competenze degli Stati membri, dal 2019 la Commissione UE ha ricoperto un ruolo attivo nella designazione celere di un

²²⁸ V. S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Arrangements in the Mediterranean*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2019, p. 23.

²²⁹ Si veda in questo senso, Corte di giustizia (grande sezione), sentenza 17 gennaio 2012, causa C-347/10, *Salemink*, punti 31-36. Sulla base dell'articolo 80 della Convenzione sul diritto del mare si può ragionevolmente sostenere che, nel caso in cui queste piattaforme venissero intese come installazioni marittime e fossero locate nella piattaforma continentale di uno Stato membro, andrebbero applicati gli obblighi internazionali in materia di diritti umani e il diritto dell'Unione europea rilevante in materia.

²³⁰ Cfr. Capitolo I, sezione II, par. 13.

²³¹ V. par. 4.

place of safety. Si è trattato di un coordinamento che ha portato all'elaborazione di linee guida che, seppur non vincolanti, evidenziano un approccio basato tanto sulla distinzione tra obblighi di sbarco e obblighi di diritto internazionale, quanto sul ricollocamento dei *profiles* che gli Stati europei sono stati disposti ad accettare²³². Tuttavia, la prassi degli Stati non consente di verificare come la designazione sia stata raggiunta. Il problema principale in questo senso, al di là dei dati (generici) forniti dalla Commissione, è stata la mancanza di trasparenza attorno alla conclusione di questi accordi, che ha portato all'assenza di una procedura chiara che include un esame delle circostanze in cui si trovano le persone soccorse e individui le loro eventuali esigenze in termini di ricollocamento. Per quanto gli sbarchi di quel periodo siano avvenuti in luoghi che rispettavano nell'immediato la tutela della vita, sono stati comunque denunciati numerosi episodi di detenzione illegittima o misure di accoglienza inadeguate.

In aggiunta a ciò, il loro carattere informale e *ad hoc* rischia di consentire il successivo collocamento delle persone soccorse in Paesi al di là delle loro esigenze specifiche e rispetto ai quali non si può nemmeno ragionevolmente escludere il rischio di *refoulement* indiretto.

Un esempio pratico molto rilevante è quello dello sbarco della *Ocean Viking* nel 2019 dove la designazione di un porto italiano o maltese sono stati raggiunti sulla base di un negoziato politico e non vi sono stati elementi che confermino una valutazione delle esigenze individuali. Inoltre, un'altra lacuna evidente nella considerazione dei bisogni essenziali delle persone soccorse in mare si è verificata nel caso *Diciotti*, sempre con l'adozione di un accordo *ad hoc*. Infatti, è stato deciso *a priori* il ricollocamento in alcuni Paesi europei senza una valutazione preliminare della tutela garantita a talune minoranze nel luogo di destinazione o della loro eventuale esposizione al *refoulement* indiretto.

Le intenzioni degli Stati europei relativamente a questi accordi emergono anche da documenti non vincolanti come la Dichiarazione di Malta del 2019²³³. Questa, anziché cercare di superare le evidenti lacune in merito alla designazione di un *place of safety*, continua a identificarlo come un luogo nel quale non venga assicurata una procedura completa di asilo. Appare evidente l'obiettivo, in questo senso, di realizzare un sistema di ricollocazioni rapide: infatti, non vi è contenuto al suo interno alcun riferimento al capitano della nave come soggetto fondamentale per valutare le circostanze specifiche

²³² V. Consiglio UE, *Guidelines on temporary arrangements for disembarkation*, 12 giugno 2019, doc. WK 7219/2019.

²³³ Cfr. Capitolo I, Sezione II, par. 12.

per la designazione di un posto sicuro. Il suo ruolo emerge solo relativamente al presunto obbligo di obbedienza rispetto alle istruzioni ricevute dal Centro di coordinamento del soccorso marittimo (CCM) “*competente*”²³⁴. A chiusura del terzo punto, si può affermare come questi accordi precedentemente conclusi siano problematici, realizzando il rischio di designare un *place of safety* che non sia conforme alla definizione fornita nel precedente paragrafo.

L’ultima ipotesi di designazione consiste nell’attribuire un ruolo centrale al comandante della nave, sia che questa operi per conto di uno Stato, sia nel caso in cui si tratti di una nave privata. Questa assegnazione va di pari passo con la riconosciuta centralità del giudizio del comandante sull’esistenza di una situazione di *distress*²³⁵ e risulta rafforzato dalle raccomandazioni dell’IMO.

Nonostante le norme internazionali di diritto del mare comprendano solo un obbligo di soccorso e assistenza, non definendo in questo senso le responsabilità del comandante, è anche vero che quest’ultimo sembra condividere il dovere del trasferimento delle persone soccorse in un *place of safety*. Appare indicativo a questo fine il Manuale internazionale di ricerca e soccorso aereo e marittimo (IAMSAR) secondo il quale, quando il comandante di un’imbarcazione ha notizia o interviene in una situazione di pericolo, deve allertare il CCM appropriato dell’area SAR in cui si è verificato l’incidente, in seconda battuta il Centro più vicino e qualsiasi altro interessato all’evento, mantenendo il controllo della situazione fino al momento in cui uno dei soggetti sopracitati non risponda all’appello e assuma il coordinamento dell’operazione. Nel momento in cui ciò avviene, il comandante deve fornire al CCM tutte le informazioni pertinenti (numero delle persone soccorse, età, ogni fattore rilevante per la scelta del luogo di sbarco). Questo vale anche nel caso in cui si tratti di navi private.

Tuttavia, a differenza dei comandanti di navi legate a ONG, la cui attività è ispirata allo scopo di tutelare i diritti fondamentali delle persone soccorse in mare, sarebbe difficile ritenere che tutti i comandanti, nonostante quanto previsto dal diritto del mare in materia di formazione²³⁶, siano in grado di valutare *correttamente* le esigenze delle persone in *distress* e di identificare un *place of safety*. Se, da un lato, ciò sembra richiedere il ricorso a dati e concetti condivisi, dall’altro il giudizio del comandante non sembra mettere in

²³⁴ Cfr. punti 9 e 14 della Dichiarazione di Malta.

²³⁵ Cfr. *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, v. Capitolo I, Sezione I, par. 6.

²³⁶ V. articolo 94, par. 3 della Convenzione sul diritto del mare, in base al quale spetta allo Stato di bandiera l’adozione di tutte le misure necessarie affinché le navi siano adeguatamente equipaggiate e accertarsi che il personale abbia qualifiche appropriate in modo tale da rispettare il diritto internazionale applicabile.

discussione l'obbligo del CCM di assumere il coordinamento e verificare l'eventuale sicurezza del posto sicuro proposto.

Tra i criteri di designazione descritti, appare più ragionevole, secondo l'opinione di chi scrive, affidarsi alla prima e all'ultima modalità: infatti, tanto le piattaforme regionali, quanto gli accordi *ad hoc* che sono stati stipulati negli ultimi tempi sono stati ispirati a ragioni opportunistiche e noncuranti delle situazioni affrontate sia dai comandanti delle navi, sia dalle persone soccorse.

In questo senso, sarebbe più opportuna l'assegnazione di un porto sicuro attraverso una valutazione generale del Paese di destinazione, onde evitare un serio rischio di violazione dei diritti fondamentali delle persone soccorse, e mediante un apprezzamento operato dal comandante della nave, in quanto soggetto maggiormente consapevole della situazione individuale di queste. Ovviamente, ciò comporta anche l'instaurazione di una cooperazione con il CCM competente (stabilito in base ai criteri sopraindicati), così da non lasciare al comandante tutto il peso sulle spalle, come un moderno Atlante.

3. L'illegalità dei respingimenti verso la Libia: il caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*

La strategia di respingere i migranti clandestini quando si trovano in alto mare è stata messa in atto dall'Italia, senza preoccuparsi del pericolo che questi possano subire torture una volta respinti e senza mettere i richiedenti in condizione di fare domanda.

È rilevante da questo punto di vista la sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte europea dei diritti umani *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

Il ricorso in questione era stato proposto da ventiquattro migranti (undici somali e tredici eritrei) che facevano parte di un gruppo di circa duecento migranti intercettati in mare dalle navi di Stato italiane e da queste soccorsi in acque internazionali all'interno della zona SAR di responsabilità maltese, presi a bordo e trasportati forzatamente verso la Libia.

I ricorrenti sostenevano che erano state violate delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in particolare l'articolo 3 (relativo alla tortura) e l'articolo 4 del Protocollo n. 4, ovvero il divieto di espulsione collettiva di stranieri.

La Corte parte dalla premessa secondo la quale la Convenzione trovi applicazione anche in alto mare, che non può essere considerato uno spazio al di fuori della legge: "*the Court*

*has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system [...]*²³⁷.

Quindi, tra le prime affermazioni, la Corte precisa che i fatti avvennero sotto la giurisdizione italiana: seppur sia vero che la giurisdizione di uno Stato sia essenzialmente territoriale, tuttavia ogniqualvolta questi eserciti, attraverso i suoi agenti che operano al di fuori del suo territorio, controllo e autorità su un individuo, si configura un esercizio extra-territoriale della stessa. Se vi è controllo e autorità, deve esservi anche analoga responsabilità. I fatti in questione avvennero in acque internazionali, a bordo di navi militari battenti bandiera italiana, composta da equipaggio esclusivamente italiano e, poiché secondo il diritto del mare (e l'articolo 4 del codice della navigazione italiano) una nave in acque internazionali è soggetta alla giurisdizione dello Stato di cui batte bandiera, si trattava di un caso di esercizio extraterritoriale della giurisdizione italiana.

Di conseguenza, la Corte precisa che le operazioni di intercettazione di migranti clandestini devono essere svolte in conformità con gli obblighi internazionali che derivano dalla Convenzione stessa: “[...] *the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching borders of the State [...] constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol No. 4*”²³⁸.

Viene segnalato, inoltre, che gli obblighi derivanti dalla Convenzione non possono essere violati per dare esecuzione ai trattati bilaterali che l'Italia aveva stipulato con la Libia in relazione alla lotta all'immigrazione clandestina: “[...] *Even if it were to be assumed that those agreements made express provision for the return to Libya of migrants intercepted on the high seas, the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States*”²³⁹.

La Corte continua statuendo che l'Italia era responsabile di una violazione dell'articolo 3 della Convenzione in quanto, respingendo i migranti, li aveva esposti al rischio di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti in Libia ovvero nei loro paesi

²³⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 febbraio 2012, ricorso n. 27795/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 178.

²³⁸ *Ibidem*, par. 180.

²³⁹ *Ibidem*, par. 129.

d'origine, in quanto: *“During the period in question no rule governing the protection of refugees was complied with Lybia. Any person entering the country [...] was deemed to be clandestine [...] Consequently, those persons were systematically arrested and detained in conditions that [...] could only describe as inhuman. Many cases of torture, poor hygiene conditions and lack of appropriate medical care were denounced by [all] the observers. Clandestine migrants were at risk of being turned to their countries of origin [...] and [...] were subjected to particularly precarious living conditions as a result of their irregular situation.”*²⁴⁰

*[...] according to the UNHCR and Human Rights Watch, individuals forcibly repatriated to Eritrea face being tortured and detained in inhuman conditions merely for having left the country irregularly [...]*²⁴¹.

Inoltre, il sistema di violazione dei diritti umani vigente in Libia era noto alle autorità italiane e poteva essere facilmente verificato da queste in base a innumerevoli fonti: *“[...] It therefore considers that when the applicants were removed, the Italian authorities knew or should have known that, as irregular migrants, they would be exposed in Libya to treatment in breach of the Convention and that they would not be given any kind of protection in that country. [...] the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin, having regard in particular to the lack of any asylum procedure and the impossibility of making the Libyan authorities recognize the refugee status granted by UNHCR”*²⁴².

Secondo il giudizio della Corte, indipendentemente dal fatto che i ricorrenti avessero manifestato l'intenzione di chiedere asilo, l'Italia aveva l'obbligo di non respingere i migranti verso la Libia: *“[...] Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3”*²⁴³

In questo senso, la Corte ricorda come le difficoltà che gli Stati incontrano di fronte all'immigrazione irregolare non possono essere invocate al fine di violare il divieto inderogabile posto dall'articolo 3 CEDU, specialmente nel caso in cui molti rapporti di organismi internazionali indichino come nel Paese di rinvio dei migranti (in questo caso

²⁴⁰ *Ibidem*, par. 125.

²⁴¹ *Ibidem*, par. 150.

²⁴² *Ibidem*, par. 131, 156.

²⁴³ *Ibidem*, par. 133.

la Libia) avvengano gravi violazioni ai diritti fondamentali degli stranieri irregolari e manchi un'effettiva tutela dei potenziali rifugiati. Gli Stati non possono derogare a questo specifico obbligo, neppure adducendo che lo Stato verso cui i migranti sono respinti preveda norme interne o abbia ratificato trattati internazionali in materia di diritti umani, che non sono *per se* sufficienti ad assicurare una protezione adeguata contro il pericolo di maltrattamenti, né affermando l'esistenza di accordi bilaterali con lo Stato di rinvio, come i numerosi accordi italo-libici²⁴⁴, i quali non incidono sulle responsabilità degli Stati contraenti della CEDU. Anche perché in una situazione di conclamata e sistematica violazione di diritti umani, oltretutto facile da verificare, le autorità italiane avrebbero dovuto sapere a cosa andassero incontro i migranti rimandati verso la Libia.

Quindi, relativamente alla violazione dell'articolo 3, la Corte rinvia alla sua giurisprudenza in materia di *refoulement* indiretto. Di conseguenza, dalle informazioni generali le autorità italiane avrebbero dovuto presumere o sapere che mancavano garanzie sufficienti circa il rischio che i migranti fossero arbitrariamente rinviiati nei loro Paesi d'origine²⁴⁵ e, inoltre, avrebbero dovuto verificare come le autorità libiche rispettassero i loro obblighi internazionali nei confronti dei rifugiati: dopotutto la situazione dei migranti respinti in suddetti Paesi continua ad essere molto insicura e, in aggiunta a ciò, la Libia non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati né dispone di un qualunque sistema e procedura di asilo.

La Corte conclude all'unanimità che l'Italia è inoltre responsabile della violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 della Convenzione, il quale pone un divieto di espulsione collettiva di stranieri. In questo senso, è la prima volta che la Corte decide che questo si applichi *anche* ai rinvii verso Paesi terzi avvenuti fuori dal territorio nazionale, osservando che la Convenzione è uno strumento "vivo", quindi dev'essere interpretato in base alle condizioni attuali e in modo tale da rendere concrete ed efficaci le sue garanzie. Dato che l'articolo in questione vieta agli Stati di espellere gli stranieri senza esaminare le loro circostanze personali, e che più recentemente gli Stati hanno adottato la strategia di intercettare i migranti in mare e di rinviarli verso i Paesi d'origine o di transito come strumento di controllo dell'immigrazione, se l'articolo 4 del Protocollo n. 4 venisse interpretato come divieto di espulsione collettiva *dal territorio di uno Stato*, ecco che la sua tutela sarebbe inefficace per i nuovi accadimenti sul fronte dell'immigrazione. Perciò, per le modalità con cui si sono svolte le interazioni tra autorità e migranti, la Corte

²⁴⁴ Cfr. Capitolo I, sezione II, par. 9.

²⁴⁵ In questo caso Somalia ed Eritrea.

dichiara che non vi fu alcuna forma di esame delle situazioni individuali dei migranti e, di conseguenza, si verificò un'espulsione collettiva.

In particolare, la Corte respinge l'argomento avanzato dall'Italia secondo cui un'espulsione può avere luogo solamente quando gli stranieri sono già sul territorio nazionale. Dopo aver sottolineato che il suddetto articolo 4 non fa uso della parola "territorio", indicando semplicemente che "*collective expulsion of aliens is prohibited*", la Corte pone un'interpretazione tanto della Convenzione, quanto del Protocollo in modo tale che renda "[...] *the guarantees practical and effective and not theoretical and illusory*"²⁴⁶, mostrando in questo senso una particolare e dovuta attenzione nei confronti dei migranti che rischiano la loro vita in mare: "[...] *the purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 [...] were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties [...] The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land*"²⁴⁷.

La Corte poi conclude rilevando anche una violazione dell'articolo 13 (il diritto a un rimedio effettivo) della Convenzione, in combinato con gli articoli esaminati sopra, poiché i ricorrenti erano stati in questo modo privati di qualsiasi possibilità di presentare un ricorso effettivo a un'autorità competente *prima* che la misura di respingimento venisse eseguita al fine di garantire una giusta riparazione. Per essere considerato "effettivo" tale rimedio deve consistere in uno scrutinio "rigoroso e indipendente" e prevedere la possibilità di sospendere l'applicazione della misura impugnata.

La sentenza condanna, dunque, l'Italia a risarcire i ricorrenti e ad esigere dalle autorità libiche che non siano maltrattati, ma anche a adottare misure generali. In questo senso è stato suggerito un ripensamento di tutta la disciplina dei respingimenti, come anche degli accordi bilaterali di riammissione (sia perché non sono mai stati sottoposti a legge di autorizzazione alla ratifica in violazione dell'articolo 80 Costituzione, sia perché non devono mai comportare dei maltrattamenti nei confronti dei soggetti respinti).

²⁴⁶ *Ibidem*, par. 175.

²⁴⁷ *Ibidem*, par. 177.

Inoltre, il soccorso di migranti in alto mare deve rispettare tanto il diritto di asilo, quanto il diritto a un ricorso effettivo, sicché i migranti soccorsi in alto mare da navi italiane vengano caricati a bordo e portati sulla terraferma italiana, affinché ciascuno di loro venga assistito, identificato e informato della facoltà di presentare domanda di asilo, la quale deve essere poi accolta dalla Questura ed esaminata dalla Commissione territoriale competente sulla base delle norme comunitarie e internazionali sull'esame delle domande di protezione internazionale oppure affinché, anche in mancanza di una domanda di asilo, possa comunque soggiornare regolarmente in Italia quando dalle informazioni generali relative allo Stato di provenienza del migrante risulti che esso non tuteli sufficientemente o effettivamente i diritti fondamentali dei migranti ovvero possa maltrattarli (o espellerli verso Stati in cui verrebbero sottoposti a tali trattamenti).

In aggiunta a ciò, ogni provvedimento di respingimento da eseguirsi con accompagnamento deve essere deciso da un giudice di fronte al quale lo straniero possa presentare le proprie ragioni, in conformità con l'articolo 13 CEDU, con la riserva di giurisdizione sulle misure restrittive della libertà personale prevista dall'articolo 5 CEDU, e dall'articolo 13 Costituzione. Di conseguenza, la disciplina italiana del respingimento risulta incostituzionale per la vaghezza del presupposto del respingimento (per la violazione delle riserve di legge previste dagli articoli 10 e 13 Costituzione), per la mancanza di un intervento del giudice prima che il respingimento venga eseguito e, per l'inesistenza di ricorsi giurisdizionali effettivi.

Sempre in tema di respingimento, anche il rapporto presentato nel 2009 da una delegazione del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), istituito sulla base della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e i trattamenti o le punizioni disumane o degradanti²⁴⁸ evidenzia come la politica di respingimento in mare attuata in Italia sia in contrasto con gli obblighi internazionali assunti dalla stessa.

Il Comitato ha sottolineato come le operazioni di respingimento siano state svolte senza alcuna preoccupazione relativa all'identificazione dei migranti e per il loro diritto di presentare domanda d'asilo: *“The italian authorities have acknowledged officially that they do not proceed with the formal identification of migrants who are intercepted at sea and pushed back. The CPT has, however, been informed by the UNHCR that among the*

²⁴⁸ Firmata a Strasburgo nel 1987.

*migrants pushed back there were persons who were registred with the UNHCR and found immediately to be seeking and possibly qualifying for international protection.*²⁴⁹.

Nel caso specifico, l'Italia insisteva sulla circostanza che i migranti non avevano manifestato l'intenzione di chiedere asilo. Tuttavia, la credibilità di una simile giustificazione dipendeva dalle modalità con le quali le operazioni di intercettazione in mare erano state svolte.

Di conseguenza, ci si può chiedere se i migranti fossero stati in condizione di effettuare tale richiesta. Il Comitato, su questa questione dà una risposta negativa “[...] *Even if what is affirmed were to correspond to reality, it must be borne in mind that persons surviving a sea voyage are often not in a condition in which they should be expected to declare immediately their wish to apply for asylum.*²⁵⁰[...] *This is particularly the case when the circumstances are such that the persons concerned are not in the position to express such a request.*”²⁵¹

Una seconda questione sollevata dal rapporto consiste nello stabilire se gli agenti italiani fossero preparati a trattare con i potenziali richiedenti asilo in lingue diverse dall'italiano. Anche qui, viene data una risposta negativa: “[...] *It should be noted, in this context, that intercepting migrants do not have access to linguistic or legal assistance on board the intercepting vessels, in order to express their needs. [...] representatives of both the Navy and the Coast Guard [...] clearly stated that they are not responsible in any way for the identification of migrants, the provision of information on how to apply for asylum, or the treatment of asylum requests; nor have they been instructed by the Ministry of the Interior in relation to these issues. The information gathered from representatives of the Guardia di Finanza also indicated that it did not proceed to the individual identification of the migrants, though collective interviews may be carried out*”²⁵².

Un'altra risposta negativa può essere fornita alla domanda se una richiesta d'asilo potesse essere presentata in un caso in cui l'unica preoccupazione delle autorità italiane era quella di forzare i migranti a tornare il prima possibile in Libia: “*The delegation was unable to interview the migrants pushed back to Libya or [...] the captains of the Italian vessels involved in the operation. However, reliable information [...] would indicate that [...]*

²⁴⁹ V. Council of Europe, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, Paragrafo 13.

²⁵⁰ Paragrafo 14.

²⁵¹ Paragrafo 32.

²⁵² Paragrafo 13.

*the 74 persons on the Guardia di Finanza vessel were provided insufficient water and no food or blankets; further, physical violence [...] was allegedly used against a number of migrants by Libyan police [...] to force them to disembark from the two Coast Guard vessels*²⁵³. Di conseguenza, si può ravvisare non solo un disinteresse nel raccogliere le eventuali e necessarie domande di asilo da parte dei migranti, ma anche un utilizzo di violenza gratuita nei loro confronti.

Relativamente al divieto di tortura, il Comitato richiama la norma inderogabile di diritto internazionale che vieta a uno Stato di inviare un soggetto in un altro Paese dove esso possa correre il rischio di essere sottoposto a tali trattamenti. In questo senso, il Comitato raccomanda alle parti di valutare singolarmente le varie circostanze, in modo tale *“that they ensure that migrants have already access to an asylum procedure [...] which guarantees both confidentially and an objective and independent analysis of the human rights situation in other countries. That procedure should involve an individual assessment of the risk of ill-treatment in case of expulsion of the person concerned to the country of origin or a third country”*²⁵⁴.

Gli Stati dunque sono obbligati, affinché adempiano all’obbligo di non respingimento, a selezionare i migranti intercettati al fine di identificare chi tra loro risulti bisognoso di protezione, per determinare le loro esigenze e prendere misure appropriate. Sulla base di ciò, l’asserita assenza di richieste d’asilo non poteva servire da giustificazione per respingere i soggetti verso uno Stato in cui la sopracitata norma inderogabile poteva essere violata.

Dato che la Libia non fa parte della Convenzione di Ginevra e che si presenta priva di leggi e procedure in tema di asilo, il Comitato è dell’opinione che: *“there would appear to be a real risk [...] that persons detained in Libya [...] may be subjected to severe ill-treatment and/or be sent to a country where they are at risk of such treatment.”*²⁵⁵

The CPT has not itself been in a position to verify [...] [the] conditions of detention and the treatment afforded to persons detained in Libya. However, [...] overcrowding, absence of beds, poor hygiene, inadequacy of food, lack of health care and sanitation [...] would appear to be commonplace in Libyan detention centers. The UNHCR has

²⁵³ Paragrafo 18.

²⁵⁴ Paragrafo 27.

²⁵⁵ *Ibidem*, paragrafo 47.

*recently described the conditions of detention and treatment in such centers as ‘appalling’.*²⁵⁶”

La conclusione del CPT si orienta nel senso che la politica italiana di respingimento in mare non corrisponde agli obblighi secondo i quali si debba assicurare ai migranti un adeguato trattamento, in modo tale che a questi possa essere data l’opportunità di richiedere asilo e che non vengano mandati in Stati in cui sussista il rischio di subire maltrattamenti.

L’Italia, nel fornire una risposta²⁵⁷ al Comitato, non ha contribuito a migliorare la sua posizione. Oltre a fare insistenza sull’esistenza di Segreti di Stato, l’Italia cerca di avanzare formalismi su chi debba per primo pronunciare la parola “asilo”: *“It is the opinion of the Italian Authorities that, according to international and EU standard, there is no obligation during search and rescue operations to provide information on the possibility to apply for asylum. On the contrary, such information has to be ensured once the migrant expresses his/her willingness to apply for the asylum [...] Italian Authorities recall that when a migrant rescued at sea expresses the intention to apply for asylum or others forms of international protection on board of an Italian vessel, s/he is not returned to the country of departure/transit but [...] brought to Italy. [...]”*²⁵⁸.

Al di là dei formalismi, l’Italia non fornisce alcuna spiegazione se gli interlocutori, migranti da un lato e autorità dall’altro, che parlavano lingue diverse e si trovavano nel mezzo di una situazione di concitazione e pericolo, erano in grado di intendersi. Né viene precisato dallo Stato se, prima dell’operazione, erano state spiegate le norme applicabili ai rifugiati alle autorità stesse dai loro superiori. In sostanza, la risposta italiana si è rivelata un nulla di fatto.

4. I respingimenti dei migranti alle frontiere terrestri: il caso *N.D. e N.T. c. Spagna*

Mediante il caso *N.D. e N.T. c. Spagna*²⁵⁹ viene affrontato nuovamente dalla Grande Camera della Corte EDU l’annoso problema del bilanciamento tra l’esigenza di sicurezza

²⁵⁶ Paragrafo 42. Sulle condizioni dei centri di detenzione libici, V. A. CAMILLI, *La legge del mare*, Rizzoli, 2019. All’interno di questo testo vengono raccolte, oltre alle cronache di salvataggi nel Mediterraneo, varie testimonianze relative ai maltrattamenti e le condizioni disumane a cui vengono sottoposti i migranti segregati nei vari centri di detenzione (ufficiali e non). In questi contesti, bisogna tener conto anche dei punti di vista umani, oltre che giuridici.

²⁵⁷ Cfr. Council of Europe, *Response of the Italian Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*.

²⁵⁸ *Ibidem*, par. A.

²⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi numero 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

invocata dagli Stati e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, in questo caso lo straniero.

Bisogna sottolineare la rilevanza della c.d. sorveglianza di frontiera, un'espressione che indica sia il controllo delle frontiere tra i valichi, sia la vigilanza di tali valichi al di fuori degli orari di apertura stabiliti. Lo scopo di questo istituto, disciplinato dal codice frontiere Schengen²⁶⁰, è quello di impedire alle persone di eludere le verifiche ai valichi di frontiera o di dissuaderle dal farlo. La sorveglianza, in questo senso, viene effettuata dalle guardie di frontiera con unità fisse o mobili che svolgono le proprie incombenze pattugliando o appostandosi in luoghi riconosciuti come sensibili, affinché venga impedito l'attraversamento illegale della frontiera. Inoltre, la sorveglianza può essere effettuata attraverso il ricorso a mezzi tecnici, compresi dispositivi elettronici.

Il codice impone all'autorità nazionale di procedere al fermo e all'allontanamento (o rimpatrio) delle persone prive del diritto di soggiorno.

È necessario rilevare come l'attività di sorveglianza e gli obblighi collegati abbiano il limite del respingimento dei beneficiari o dei richiedenti asilo. Tuttavia, la Grande Camera della Corte EDU ha stabilito in questa sentenza un nuovo principio.

Il caso in questione tratta delle c.d. *devoluciones en caliente* (o *hot returns*), espulsioni immediate di cittadini stranieri dalla frontiera esterna terrestre tra Marocco e l'enclave spagnola di Melilla²⁶¹, dove è situata la *valla*, un valico costituito da tre reticolati successivi e dotato di un complesso sistema di sorveglianza, eretto a difesa dell'Unione nella "guerra" all'immigrazione irregolare. Durante l'estate del 2014 i ricorrenti, di nazionalità malese ed ivoriana rispettivamente, dopo aver soggiornato per vari mesi in Marocco (in un campo sito sul Monte Gourougou), si sono associati a un cospicuo gruppo di migranti dell'Africa subsahariana ed avevano preso parte a un tentativo di superamento irregolare della suddetta barriera.

I ricorrenti hanno poi raggiunto, in momenti diversi, la sommità di una delle ultime recinzioni e, dopo alcune ore, sono riusciti a scendere con l'aiuto delle guardie di frontiera spagnole.

Per questo motivo, dopo essere stati catturati dalla *Guardia Civil* spagnola, sono stati riconsegnati alle autorità marocchine, senza alcuna procedura di identificazione, di

²⁶⁰ Regolamento (UE) 2016/399.

²⁶¹ Che insieme a Ceuta è divenuta durante gli anni '90 una delle tante rotte migratorie verso l'Europa più attrattive, data la minor pericolosità e rischio di mortalità rispetto al Mediterraneo centrale. V. L. IMBERT, *Refoulement sommaires: la CEDH trace la "frontière des droits à Melilla"* in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, p. 2.

assistenza linguistica o sanitaria e senza alcuna possibilità di impugnare tale misura di allontanamento.

Il Governo convenuto ha innanzitutto contestato la sussistenza della giurisdizione spagnola ex art. 1 CEDU (par. 44), sollevando due questioni preliminari circa l'assenza della qualità di vittima dei ricorrenti²⁶² e il mancato esaurimento di ricorsi interni²⁶³.

La prima questione portata all'attenzione della Corte riguarda la possibilità di stabilire la giurisdizione spagnola relativamente ai fatti oggetto di giudizio. Infatti, come accennato sopra, il Governo spagnolo riteneva che non fosse ravvisabile la giurisdizione statale e, di conseguenza, i fatti contestati dovevano considerarsi avvenuti in aree sottratte alla giurisdizione spagnola²⁶⁴. In aggiunta a ciò, il Governo ha inoltre avanzato l'ipotesi per cui, anche supponendo e accettando che il valico di frontiera sia situato nel territorio spagnolo, l'esercizio della giurisdizione potrebbe avere un oggetto e uno scopo "variabili" a seconda del diritto protetto dalla Convenzione. Dall'altra parte, i ricorrenti sostenevano che il valico di frontiera fosse collocato *interamente* sul territorio spagnolo, negando il suddetto carattere variabile della giurisdizione. Infatti, essi sostengono che il rimpatrio immediato da loro subito costituisca, in tutti i sensi, esercizio della giurisdizione spagnola.

La Corte, nel pronunciarsi su questa prima questione, richiama la nozione consolidata di giurisdizione elaborata in relazione all'articolo 1 CEDU; da questo punto di vista, gli Stati parti devono riconoscere, nell'ambito della giurisdizione statale, le libertà e i diritti fondamentali contenuti all'interno della Convenzione²⁶⁵. In aggiunta a ciò, l'esercizio stesso di questa costituisce una condizione necessaria affinché sia configurabile la responsabilità di uno Stato contraente per le condotte o le omissioni a esso imputabili²⁶⁶. La Corte già in precedenza aveva menzionato e riconosciuto il carattere essenzialmente territoriale della giurisdizione ed è presunta di solito all'interno del territorio statale.

Tuttavia, sono state ammesse alcune eccezioni nel tempo, come nel caso in cui gli organi statali operino al di fuori dei confini territoriali esercitando autorità e controllo su un gruppo di individui²⁶⁷, cosicché la Corte ha elaborato, grazie a queste basi, la distinzione

²⁶² V. Corte europea dei diritti umani, sentenza 3 ottobre 2017, ricorsi numero 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 56.

²⁶³ *Ibidem*, par. 62.

²⁶⁴ *Ibidem*, par. 44.

²⁶⁵ Tra i casi rilevanti v. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, *Banković e altri c. Belgio*, par. 66.

²⁶⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 70. V. par. 3.

²⁶⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 49-51.

tra giurisdizione *de iure* e giurisdizione *de facto* negli innumerevoli casi in cui veniva in rilievo l'art. 1 CEDU relativamente a territori occupati o contesi e in aree marittime sottratte alla sovranità dello Stato.

Sulla base di questi principi generali, la Corte non ritiene di essere in grado di stabilire se la *valla* di Melilla sia situata, in tutto o in parte, sul territorio spagnolo e, per confermare questa teoria, richiama la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ribadendo che “*where there is control over another this is de jure control exercised by the State in question over the individuals concerned (see Hirsi Jamaa and Others, cited above, § 77)*”²⁶⁸.

Tuttavia, il riferimento al caso *Hirsi* non pare pertinente, in quanto in quella determinata vicenda la giurisdizione *de iure* (e *de facto*) italiana era senza dubbio stabilita dato che, da un lato, la vicenda si era svolta su navi militari battenti bandiera italiana e, dall'altro, nel periodo fra l'abbordaggio della nave e il trasferimento dei suoi occupanti ai libici i ricorrenti si trovavano *de facto* sotto il controllo pieno, esclusivo e continuo delle autorità italiane²⁶⁹.

I due ricorrenti, dal momento in cui sono scesi dall'ultima barriera del valico, si sono ritrovati sotto il controllo (continuo ed esclusivo) delle autorità spagnole, al di là della loro collocazione spaziale sul territorio dello Stato; quindi, di sicuro sussisteva la giurisdizione *de facto*.

Seppur sia ragionevole ritenere che i ricorrenti si trovassero anche nell'ambito della giurisdizione *de iure* spagnola, la Corte non affronta la questione. Relativamente a ciò la Corte afferma solamente che i confini tra i due Stati non possono essere modificati unilateralmente sulla base dell'interesse statale ad un arretramento del proprio territorio per la gestione dei flussi migratori e, soprattutto, al fine di impedire ai migranti di accedere ad una qualsiasi forma di protezione internazionale²⁷⁰.

La Corte respinge le due eccezioni preliminari sollevate dal Governo spagnolo (rispettivamente l'assenza di qualità di vittima e il mancato esaurimento dei ricorsi interni), poiché, da un lato, il resoconto fornito dai ricorrenti era stato ritenuto credibile e sufficientemente corroborato da evidenze probatorie e, in aggiunta a ciò, l'impossibilità di accertare chiaramente la presenza dei ricorrenti all'interno del gruppo di migranti respinti presso il varco nel 2014 era da attribuire alla mancata identificazione da parte del Governo spagnolo di questi soggetti.

²⁶⁸ *Ibidem*, par. 54.

²⁶⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 81-82.

²⁷⁰ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15., cit., par. 53.

Dall'altro lato, la Corte sottolinea che le vicende avvenute dopo il respingimento immediato a cui erano stati sottoposti i ricorrenti nell'estate del 2014 non erano pertinenti alla verifica della disponibilità di mezzi di ricorso effettivi di diritto interno al fine di dimostrare l'illegittimità del respingimento sommario.

Nel merito il Governo spagnolo contestava i fatti dedotti in giudizio rappresentassero una condotta di espulsione collettiva di stranieri ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. IV. Infatti, secondo lo Stato spagnolo, questo articolo troverebbe applicazione solo in relazione a stranieri che siano effettivamente presenti sul territorio statale e, ha aggiunto, i ricorrenti avevano tentato di compiere un ingresso illegale, nonostante esistesse la possibilità di accedere a una procedura di protezione internazionale e di presentare domanda di asilo presso uno degli Stati di transito. Infine, viene richiamato il regime speciale della *ley orgànica* del 2015 relativamente alle due città di Melilla e Ceuta (che all'epoca dei fatti non era ancora in vigore) per quanto riguarda gli obblighi della Spagna in materia di sorveglianza delle frontiere esterne dell'Unione, nella quale era illustrata la tesi secondo la quale il diritto di accedere a una procedura amministrativa per l'identificazione e l'accertamento nella specifica situazione individuale fosse limitato ai migranti che avessero effettuato l'ingresso, anche irregolare, sul territorio spagnolo²⁷¹.

I ricorrenti, invece, sostenevano che l'espulsione costituisse un chiaro esempio di violazione del Protocollo n. IV CEDU nella parte in cui riguardava un gruppo di stranieri espulso dal territorio dello Stato in assenza di un esame delle specifiche circostanze individuali a causa di una precisa politica statale²⁷².

Contrariamente a quanto sostenuto dal governo spagnolo, all'epoca non era possibile presentare in alcun modo domanda di asilo in Mauritania o Marocco e, in aggiunta a ciò, l'ufficio di protezione internazionale situato presso la frontiera di Beni Enzar era stato attivato solo nel tardo 2014. Quindi, prima di quella data non era stato istituito alcun meccanismo per identificare e aiutare i migranti nelle condizioni per accedere alla protezione internazionale o di formulare una richiesta di asilo. In aggiunta a ciò, tale ufficio non è accessibile a qualunque tipo di migrante, ma solo ai richiedenti asilo siriani. Di conseguenza la Corte, all'unanimità, riconosceva la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. IV CEDU. Secondo la nozione consolidata elaborata dalla Corte, l'espulsione collettiva è una misura che costringe gli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un Paese, tranne nel caso in cui tale strumento sia stato adottato in base a un esame

²⁷¹ *Ibidem*, par. 75-76.

²⁷² *Ibidem*, par. 85.

obiettivo e ragionevole delle particolari condizioni in cui si trovano i singoli individui che compongono il gruppo²⁷³. La *ratio* della disposizione è di evitare che un numero ingente di stranieri venga espulso dallo Stato senza che sia stata compiuta un'indagine su ciascuna situazione individuale e senza consentire a questi di poter far valere le ragioni contrarie all'adozione di una misura di tal genere.

È risaputo come la nozione di espulsione accolta dalla Corte sia piuttosto ampia, tale da ricomprendere al suo interno tanto l'espulsione di stranieri che si trovano sul territorio dello Stato, quanto il respingimento sommario di migranti al di fuori dei confini territoriali dello Stato.

Già in passato la Corte ha chiarito che nulla si oppone a un'applicazione extraterritoriale dell'articolo 4 sulla base del criterio della giurisdizione *de facto*; si tratterebbe di un'interpretazione conforme tanto alla nozione di giurisdizione ex art. 1 CEDU, già illustrata, quanto dei criteri ermeneutici esplicitati all'interno della Convenzione di Vienna del 1969.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte non ha ritenuto necessario stabilire se i ricorrenti siano stati espulsi *dopo* aver fatto ingresso (irregolarmente) nel territorio spagnolo, ovvero se questi siano stati respinti *prima* di accedervi.

Infatti, ha aggiunto la Corte, se l'intercettazione di una nave nel mare territoriale è rientrata nell'applicazione del Protocollo n. IV nel caso *Hirsi*, i respingimenti sommari di migranti irregolari sono ricompresi *a fortiori* nell'ambito di competenza dell'articolo 4.

Il carattere collettivo dell'espulsione era stato riconosciuto sulla base del fatto che i ricorrenti facevano parte di un gruppo numeroso di migranti subsahariani e a ciascuno di essi era stata applicata una misura di carattere generale, ovvero il fermo e l'allontanamento senza alcun tipo di procedura di identificazione; né era stato possibile per i ricorrenti fornire chiarimenti circa la propria situazione individuale, in modo tale da poter differenziare le specifiche esigenze di ciascuno di essi.

Di conseguenza, la tredicesima sezione della Corte ha riconosciuto anche la violazione dell'articolo 13 CEDU, in combinato disposto con il suddetto articolo 4. Secondo la Corte, le circostanze e le modalità dei rimpatri subiti dai ricorrenti evidenziavano il nesso tra l'espulsione collettiva presso la frontiera di Melilla e l'assenza di ogni possibilità concreta di accedere a un mezzo di ricorso interno a carattere effettivo ai fini di contestare la legittimità di una tale misura.

²⁷³ *Ibidem*, par. 98.

La pronuncia della Grande Camera, invece, sconfessa l'esito della precedente decisione fin qui esposta, in cui era stata condannata la Spagna per la violazione del divieto di espulsioni collettive, contenuto all'interno dell'articolo 4 del Protocollo n. IV²⁷⁴, in combinato disposto con il diritto a un ricorso effettivo, previsto dall'articolo 13 della CEDU: infatti, il difetto di una decisione giudiziaria o amministrativa preordinata alla verifica delle circostanze personali dell'individuo e l'impossibilità di poter esporre le proprie argomentazioni per contestare l'inidoneità della misura adottata dalle autorità è stato considerato il fattore decisivo per l'individuazione di un'infrazione della Convenzione.

Invece, la Grande Corte ha legittimato l'operato della *Guardia Civil* in quanto la mancanza di una misura individuale di respingimento è stata giustificata dalla condotta dei ricorrenti, i quali avevano tentato di oltrepassare in maniera non autorizzata la frontiera, sfruttando la forza e il vantaggio numerico in modo da “*to create a clearly disruptive situation which [...] endangers public safety*”²⁷⁵. Viene in questo modo introdotto l'elemento del “comportamento colpevole”, estraneo alla motivazione della Camera, che si rivela determinante per escludere l'operatività dei suddetti articoli.

Appare opportuna, al fine di inquadrare meglio la sentenza in esame, un'analisi del contesto storico e giuridico. La gestione delle frontiere esterne si caratterizza per un approccio securitario, mediante il quale vengono imposti ai rispettivi paesi un dovere di sorveglianza stringente²⁷⁶ al fine della realizzazione di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁷⁷.

Ma, sulla base delle crescenti difficoltà nel far fronte a un flusso di migranti sempre più grande, alcuni Stati hanno adottato politiche di dubbia compatibilità con la Convenzione, come la concezione di “frontiera operativa mobile” adottata dal governo spagnolo in questo caso, secondo la quale l'ambito della giurisdizione nazionale retrocederebbe oltre il valico difensivo realizzato contro l'attraversamento non autorizzato del confine. Ne consegue che da qui deriverebbe l'esclusione selettiva della *conditio* necessaria affinché lo Stato venga riconosciuto come responsabile per le violazioni e le omissioni ad esso imputabili relativamente ai controlli frontalieri.

²⁷⁴ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 1.

²⁷⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza 13 febbraio 2020, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 201.

²⁷⁶ *Ibidem*, parr. 95-97

²⁷⁷ Cfr. Titolo V, capo I, TFUE.

Nonostante la conclusione di un accordo bilaterale tra Spagna e Marocco nel 1992, relativo alla riammissione degli stranieri entrati illegalmente in questi due Stati, che prevede una procedura formale di rimpatrio a seguito dell'identificazione degli stranieri fermati, è stata attuata da tempo una cooperazione informale tra le due nazioni al fine di contrastare l'ingresso irregolare dei migranti. Questo si evince soprattutto dall'attività di polizia svolta in prossimità delle barriere di confine erette a metà degli anni Novanta lungo il perimetro delle suddette città.

Dal 2005, la *Guardia civil* attua le c.d. *devoluciones en caliente* o *hot returns* al fine di respingere i migranti irregolari verso il Marocco e, dal 2013, queste misure costituiscono lo strumento principale per prevenire l'ingresso irregolare²⁷⁸.

Sembra essere inoltre problematica la *ley orgànica* n. 4 del 2000²⁷⁹, come modificata dalla *ley orgànica* n. 4 del 2015²⁸⁰, che regola le modalità di ingresso nel territorio nazionale come anche gli effetti dell'espulsione del non-cittadino.

All'interno di questa normativa viene stabilito come la cattura e l'allontanamento di coloro che tentano di attraversare il confine in modo non autorizzato siano configurabili come atti *legittimi* al fine di prevenire l'ingresso irregolare nel territorio spagnolo.

Una prima problematica della normativa in questione riguarderebbe il mancato rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, indicato dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²⁸¹, di cui la Spagna è parte, e considerazioni del genere emergono dalla Corte nella valutazione di questo caso.

Inoltre, una ricostruzione di questo genere escluderebbe l'applicazione del divieto di espulsione collettiva di cui all'articolo 4 del Protocollo n. IV.

La Corte, nei confronti della posizione sostenuta dall'autorità spagnola, ha ribadito la piena applicabilità della Convenzione, in modo tale da estendere l'ambito della responsabilità internazionale degli Stati: da questo punto di vista, realizzare un muro di

²⁷⁸ *Ibidem*, paragrafi 33-34.

²⁷⁹ V. *Ley orgànica* 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranejeros en España y su integración social.

²⁸⁰ Relativa alla protezione della sicurezza dei cittadini (protección de la seguridad ciudadana). Il primo paragrafo della decima disposizione addizionale stabilisce che “*los extranjeros que sean detectados en línea fronteriza de la demarcación territorial de Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España [...]*”. Seppur il paragrafo successivo precisi come, in ogni caso il rigetto sarà effettuato nel rispetto delle normative internazionali in materia di diritti dell'uomo e alla protezione internazionale di cui la Spagna è parte, non è prevista alcuna garanzia procedurale concreta. V. L. IMBERT, *Refoulement sommaires: la CEDH trace la “frontière des droits à Melilla”* in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, p. 6.

²⁸¹ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 2.

confine non legittima lo Stato a modificare o escludere unilateralmente la propria giurisdizione territoriale e la Convenzione impedisce una qualsiasi limitazione alla sua applicabilità²⁸². Di conseguenza, “*the domestic rules governing border controls*” non possono essere tali da “*render inoperative or ineffective the rights guaranteed by the Convention and the Protocols thereto [...]*”, soprattutto il divieto di cui sopra²⁸³.

Tuttavia, dalla sentenza emerge un altro elemento peculiare, ovvero la concezione dell’individuo come titolare tanto di garanzie e libertà, quanto di doveri, primo fra tutti quello di rispettare la prerogativa statale di controllare l’ingresso, il soggiorno e l’allontanamento dei non residenti. La violazione di questo precetto, secondo la Grande Camera, integra una condotta colpevole e sufficiente ad escludere l’applicabilità della Convenzione stessa.

Questa pronuncia, da questo punto di vista, rappresenta un *unicum* nella giurisprudenza europea in materia dove, di regola, prevalgono i diritti fondamentali dell’individuo.

La Corte, infatti, prende in considerazione anche la condotta dei richiedenti. Già in precedenza²⁸⁴, era stato statuito che non sussiste alcuna violazione dell’articolo 4 del Protocollo n. IV nel caso in cui la mancata adozione di un provvedimento di espulsione individuale sia da attribuire al comportamento del soggetto. Una reazione del genere da parte dello Stato troverebbe applicazione nel caso in cui un gruppo di migranti attraversino in massa un confine terrestre in modo non autorizzato ricorrendo alla forza, affinché venga così realizzata una situazione non facilmente controllabile, tale da mettere a serio rischio la sicurezza pubblica²⁸⁵.

Tuttavia, ribadisce la Corte, la legittimità di un provvedimento adottato dalle autorità in assenza di una procedura di verifica dello *status* dei ricorrenti dipende dal previo ottemperamento del dovere di garantire un accesso effettivo ai canali di ingresso regolare²⁸⁶. Bisogna evidenziare però che la Grande Camera, in questo specifico caso, verifica l’esistenza di tale condizione attraverso una dimostrazione che può essere definita lacunosa, come i numeri minimali di visti per motivi di lavoro rilasciati dalle autorità spagnole²⁸⁷ e quelli relativi alla presentazione delle domande di protezione internazionale

²⁸² V. Corte europea dei diritti umani, sentenza 13 febbraio 2020, ricorsi numero 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, paragrafi 109-110.

²⁸³ *Ibidem*, par. 171.

²⁸⁴ V. Corte europea dei diritti umani, sentenza 15 dicembre 2016, ricorso numero 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 240; Corte europea dei diritti umani, 23 febbraio 2012, ricorso numero 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 184.

²⁸⁵ Cfr. *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 201.

²⁸⁶ *Ibidem*, par. 211.

²⁸⁷ *Ibidem*, par. 115.

presentate presso il *checkpoint* di Beni Ezar,²⁸⁸ i quali sembrano rappresentare un dato poco attendibile per stabilire se esista una concreta fattibilità di ulteriori richieste di ingresso. Gli stessi dubbi possono essere sollevati relativamente all'accessibilità alla procedura di protezione internazionale presso le autorità diplomatiche in terra africana. Inoltre, non vengono considerate le innumerevoli difficoltà di avvicinamento al suddetto posto di blocco di Beni Ezar da parte dei cittadini subsahariani, i quali vengono, di regola, intercettati e allontanati prima che possano raggiungere il confine²⁸⁹. È vero che questa circostanza non è attribuibile alle autorità spagnole, ma si rende così evidente un alto rischio di esternalizzazione delle frontiere europee, ovvero (in questo caso) il meccanismo di delegazione del dovere di sorveglianza a Stati terzi non facenti parte della Convenzione e che, di conseguenza, non possono garantire il rispetto dei diritti e delle garanzie sancite da essa. Quindi, lo Stato che intende effettuare l'espulsione immediata deve aver istituito delle procedure ai valichi di frontiera mediante i quali gli interessati possano, in modo effettivo, rappresentare le proprie esigenze di protezione²⁹⁰.

5. La pandemia²⁹¹ e il *place of safety*: una chiusura forzata, ma evitabile?

Durante la pandemia da COVID-19 il mondo non si è fermato, è solamente rallentato; lo stesso si può dire relativamente agli arrivi via mare.

Nonostante l'annoso problema dell'immigrazione abbia occupato per molto tempo uno spazio predominante all'interno del dibattito politico italiano, durante la pandemia questo settore è stato pressoché ignorato.

Le priorità delle varie autorità nazionali sono state, nell'ottica di ridurre i contagi, la restrizione di varie libertà personali e, ovviamente, la quarantena nelle rispettive abitazioni. Tuttavia, la situazione dei migranti e le loro situazioni abitative sembrano essere state ignorate dalle autorità italiane. Si tratta di un'invisibilità che si connette strettamente con la politica migratoria presente in Italia. Da questo punto di vista, sono esplicative l'adozione di politiche restrittive e il crescente atteggiamento anti-immigrazione, le quali, nel mezzo della pandemia, hanno manifestato i propri limiti e le proprie ripercussioni²⁹².

²⁸⁸ *Ibidem*, par. 213.

²⁸⁹ *Ibidem*, par. 220.

²⁹⁰ *Ibidem*, parr. 199-210.

²⁹¹ In questo paragrafo verranno analizzati i dati tra febbraio e giugno 2020.

²⁹² V. A. GEDDES, A. PETTRACHIN, *Italian migration policy and politics: Exacerbating paradoxes, Contemporary Italian Politics*, 2020.

Al momento dell'approdo il soggetto, come ricordato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale in una delle sue relazioni al Parlamento, acquisisce l'identità di "migrante", la quale non viene considerata, nella percezione comune, una qualità positiva.

Bisogna tenere conto che la politica italiana in ambito migratorio ha prodotto come risultato un ambiente ostile e minaccioso tanto nei confronti dei migranti, quanto dei richiedenti asilo. Come è stato sottolineato dall'Istituto Superiore della Sanità, i trattamenti sanitari e il supporto per la ricerca di abitazioni rappresentano due dei bisogni fondamentali per i migranti durante la pandemia²⁹³; dopotutto, i migranti irregolari vengono esclusi da questi servizi e, di conseguenza, evitano di esporsi alle pubbliche autorità.

Lo *status* di illegalità o irregolarità rappresenta una condizione in cui "*migrants live in a constant fear of detention, deportation, and surveillance by authorities*"²⁹⁴, già documentata in precedenza. Inoltre, la politica migratoria italiana alimenta questo terrore, facilitando la transizione da legale a illegale²⁹⁵.

Sin dallo scoppio della pandemia, si è continuato in Italia a seguire un approccio restrittivo nei confronti dei migranti, già rafforzato a partire dal c.d. Decreto sicurezza (decreto-legge n. 113/2018)²⁹⁶, che ha ristretto l'accesso dei richiedenti asilo al sistema di accoglienza, indebolendo del tutto la fornitura di servizi pubblici ai migranti. Il sistema predisposto dal decreto in questione era quello vigente al momento dell'inizio della pandemia, nonostante nel 2019 il Governo Conte II avesse iniziato il proprio operato dichiarando che una delle sue prime priorità fosse proprio l'abrogazione di questo decreto. Di conseguenza, non venne adottata alcuna misura per facilitare l'accesso al Sistema Sanitario Nazionale o per limitare la diffusione del virus tra i migranti.

In un primo momento, gli arrivi che si sono verificati nel primo semestre del 2020 sono stati gestiti senza particolari difficoltà, permettendo alle autorità di implementare le procedure previste all'interno del decreto-legge n. 18 del 2020 e dalla circolare del Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione n. 3393 del 18 marzo 2020, secondo la quale le persone soccorse devono essere "sottoposte alla sorveglianza sanitaria e

²⁹³ Cfr. F. MARCHETTI, F. ZAMBRI, A. GIUSTI, M. MARCHETTI, M.G. DENTE, M.E. TOSTI, S. DELICH, *Sars-CoV-2 e popolazione migrante*, EpiCentro, 2020.

²⁹⁴ V. P. NYERS, *No One is Illegal Between City and Nation*, *Studies in Social Justice*, 2010, pp. 127 ss.

²⁹⁵ Cfr. G. FABINI, *International bordering in the context of underportability: Border performances in Italy*, *Theoretical Criminology*, 2019.

²⁹⁶ Cfr. Capitolo I, sezione III, par. 15.

all'isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni". Tuttavia, si può registrare un primo cambiamento intorno ai primi di aprile, nel momento in cui sono ripresi gli sbarchi. Il picco di arrivi si è registrato intorno a maggio con un totale di 1.654 arrivi.

Il conseguente aumento del numero di presenze negli *hotspot* ha determinato una situazione sempre più complessa, fino ad attivare le autorità competenti per la ricerca di nuove strutture dove ospitare le persone soccorse arrivate via mare.

Per quanto riguarda i centri di prima accoglienza (i c.d. *hotspot*), continuano a registrarsi nel periodo in esame situazioni sempre più preoccupanti, tra condizioni di vita degradanti, sovraffollamento e impossibilità di predisporre situazioni volte a prevenire il contagio.

A causa della mancanza e inadeguatezza di spazi adeguati, nell'aprile del 2020 si iniziano ad individuare delle strutture *ad hoc* per accogliere le persone arrivate durante l'emergenza sanitaria per svolgere il periodo di quarantena. Queste, insieme ai suddetti *hotspot*, non solo svolgono il compito prefissato, ma anche divengono (esattamente come i centri di prima accoglienza) dei luoghi di limitazione della libertà personale.

L'utilizzo di queste strutture ha sollevato numerose proteste tanto da parte dei cittadini dei comuni in cui sono sorti tali centri, i quali hanno manifestato varie preoccupazioni per la presenza dei migranti e per il possibile pericolo di contagio, quanto delle organizzazioni nazionali che chiedono una sicura regolamentazione di queste aree.

Anche per quanto riguarda i Centri di permanenza per il rimpatrio (i c.d. Cpr) si registra un'attenzione tardiva nei confronti della pandemia. All'inizio di marzo, i Cpr sul territorio erano 9, sparsi su tutto il territorio nazionale; tuttavia, durante la situazione pandemica, sono stati chiusi i centri di Trapani, Caltanissetta e Palazzo San Gervasio.

Sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria, i rischi connessi alla diffusione del Coronavirus nei Centri di permanenza per il rimpatrio sono risultati evidenti a chi, quotidianamente, si dedica alla salvaguardia dei diritti all'interno dei luoghi di privazione della libertà personale, primo fra tutti il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che nella prima metà di marzo aveva avviato un'interlocuzione con il Ministero dell'Interno per facilitare una gestione adeguata del trattenimento ai fini del rimpatrio ai tempi della pandemia e della (conseguente) chiusura delle frontiere.

Allo stesso tempo, la società civile si era attivata per ridurre l'inutile trattenimento dei cittadini stranieri che non potevano essere rimpatriati. Infatti, se già in tempi normali la funzionalità della detenzione amministrativa suscitava non poche perplessità, i dubbi che si sono manifestati durante la situazione emergenziale, in un periodo in cui la mobilità internazionale era pressoché interrotta, erano ancora più forti.

In questo quadro si sono inserite le varie azioni di sensibilizzazione di quei soggetti che hanno giocato un ruolo fondamentale nel decidere la sorte degli stranieri trattenuti presso i Cpr, tra i quali figurano i giudici di pace e i difensori di questi cittadini, rappresentati dai Consigli degli Ordini degli Avvocati.

Per quanto riguarda i primi, le varie realtà della società civile si sono rivolte ai giudici di pace invitandoli a non convalidare o prorogare il trattenimento degli stranieri presso i Centri di permanenza per il rimpatrio, il quale risultava tanto inutile (vista la chiusura delle frontiere) quanto illegittimo ai sensi della direttiva 2008/115 (c.d. direttiva rimpatri), in base alla quale gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio solo per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento.

Con i Consigli degli Ordini degli Avvocati invece sono state condivise delle osservazioni sulle misure adottate dalle autorità per far fronte all'emergenza sanitaria all'interno dei Cpr, con il fine ultimo di monitorare le autorità giudiziarie competenti che hanno preso decisioni sul trattenimento degli stranieri.

Già nei primissimi istanti dell'emergenza sanitaria, le misure istituzionali apparivano insufficienti a prevenire la diffusione del contagio nei centri di detenzione amministrativa. Disposizioni in tale senso sono state emesse solo alla fine di marzo, a partire con una prima circolare del Ministero dell'interno adottata il 26 dello stesso mese²⁹⁷ che appariva solo come un primo (maldestro) tentativo per contenere la diffusione del virus in quei luoghi. In particolare, non è stata istituita una zona di *pre-triage* esterna alle strutture di trattenimento, come invece era stato fatto per gli istituti di pena e, sebbene fosse stato sottolineato il diritto delle persone trattenute a mantenere contatti telefonici, permaneva il divieto di detenere telefoni cellulari.

A partire da aprile 2020 sono stati registrati i primi casi di positività al COVID-19 nei Cpr, alimentando i timori che questi luoghi potessero trasformarsi velocemente in veri e propri focolai. Si è verificato, di conseguenza, un clima di diffidenza e di tensione all'interno di queste strutture, che si sono evolute in molti centri in episodi di lesioni, aggressioni e tentativi di suicidio. Il caso più scioccante è stato quello di un ragazzo del Benin che si è gettato dal muro del centro per protesta, a seguito dell'ennesima proroga

²⁹⁷ V. Circolare 26 marzo 2020 “Decreto-legge 25 marzo 2020 n. 19, recante ‘Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19’”.

della sua permanenza presso il Cpr di Macomer da parte del Giudice di pace²⁹⁸; il 20 giugno, sempre nello stesso centro, si è registrata una rivolta dei migranti relativa alle condizioni di vita disumane, che è culminata quando un uomo marocchino si è cucito le labbra²⁹⁹.

Di conseguenza, l'emergenza sanitaria si è rivelata un'occasione di riflessione sul significato che assumono le misure restrittive della libertà personale. Da questo punto di vista, i tribunali si sono confrontati sulle sorti dei cittadini stranieri detenuti nei Cpr nonostante l'impossibilità materiale di essere rimpatriati.

Tra questi, il Tribunale di Roma, con un decreto adottato il 18 marzo 2020, non ha autorizzato la proroga del trattenimento di un richiedente asilo originario del Bangladesh trattenuto nel Centro di Ponte Galera che il quale aveva presentato, in data 16 gennaio, domanda reiterata di protezione internazionale³⁰⁰. All'interno di questa decisione è stata evidenziata la mancata indicazione, da parte dell'autorità di polizia, della motivazione sulla necessità di prorogare il trattenimento, come anche di un qualsiasi elemento volto a dimostrare la pretestuosità della domanda di asilo. Inoltre, è stata effettuata una valutazione sulla ragionevolezza della permanenza forzata nel contesto emergenziale caratterizzato dalle misure governative al fine di arginare la diffusione del virus³⁰¹.

Un'altra soluzione adoperata per l'arginamento del contagio e il trattenimento dei migranti è stata l'utilizzazione di navi-quarantena. Con il decreto interministeriale n. 150 del 2020 (c.d. decreto porti chiusi)³⁰² è stato disposto che per l'intera durata dell'emergenza sanitaria, i porti italiani non avrebbero assicurato i necessari requisiti per essere definiti *place of safety*.

Da questa affermazione, è partito l'allarme da parte delle ONG, in quanto, anche in tempi di pandemia, il governo dovrebbe garantire gli sbarchi. Gli stessi segnali sono stati manifestati da varie istituzioni, le quali hanno richiesto a questo la revoca immediata del provvedimento di cui sopra.

²⁹⁸ V. Sardiniapost, *Da 90 giorni chiuso nel Cpr di Macomer: un 28enne del Benin tenta il suicidio*, 1 maggio 2020.

²⁹⁹ V. ANSA, *Migranti: rivolta nel Cpr di Macomer, uomo si cuce la bocca*, 19 giugno 2020.

³⁰⁰ Cfr. Tribunale ordinario di Roma, sezione diritti della persona e immigrazione civile, decreto N.R.G. 15892/2020, 18 marzo 2020. V. ASGI, *Le restrizioni alla libertà di movimento ai tempi del Covid-19*, 30 marzo 2020.

³⁰¹ "L'emergenza sanitaria in atto (...) impone di interpretare tutte le norme in materia in termini restrittivi, dovendosi operare un bilanciamento tra tali norme e il diritto alla salute costituzionalmente e convenzionalmente garantito ad ogni persona comunque presente sul territorio. (...) Infine, l'emergenza sanitaria in atto e le disposizioni limitative degli spostamenti dal territorio nazionale, impedirebbero, (...) il rimpatrio del richiedente e l'esecuzione del provvedimento di espulsione."

³⁰² Cfr. Capitolo I, sezione III, par. 17.

Negli stessi giorni, viene rifiutato l'approdo della nave *Alan Kurdi* della *Sea Eye*, il 6 aprile 2020. Una settimana dopo lo stesso accade con la *Aita Mari*.

Il 12 aprile, il Capo della Protezione Civile firma un provvedimento³⁰³ che prevede la possibile ricollocazione dei migranti soccorsi su navi individuate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a bordo delle quali la Croce Rossa viene incaricata di provvedere all'assistenza sanitaria e di ogni altro servizio primario delle persone a bordo. Viene selezionata la nave "*Raffaele Rubattino*" della Compagnia Tirrenia, la quale viene ancorata a un miglio al largo del porto di Palermo con la funzione di *hotspot* galleggiante. Le prime notizie hanno riportato la presenza, a bordo della nave, di più di 180 migranti in una situazione di "limbo" denunciata il 28 aprile 2020 dal Garante nazionale in quanto queste persone, sebbene siano sotto la giurisdizione dello Stato, non possedevano la possibilità di esercitare un insieme di diritti sostenuti e protetti dall'Italia³⁰⁴. Inoltre, questi soggetti erano nell'impossibilità di richiedere asilo, di accedere alle procedure di ricongiungimento familiare o di essere assistite come vittime di tratta. Il 4 maggio si conclude il periodo di isolamento sanitario dei migranti a bordo.

In seguito, viene individuata e messa a disposizione una seconda nave-quarantena dal governo, la *Moby Zazà* del gruppo Onorato. Questa, seppur resa pronta e operativa, rimane per alcuni giorni nel porto di Porto Empedocle. Il 14 maggio viene accolto il primo gruppo di migranti e, successivamente, se ne aggiunge un secondo. Qualche giorno più tardi, un ventiduenne tunisino si è gettato in mare e muore³⁰⁵.

Il 22 maggio, il bollettino del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha sottolineato il paradosso tra l'immagine "giocosa" dipinta sullo scafo e la drammatica realtà delle persone a bordo, inermi e bloccate al suo interno a causa di una quarantena (quasi) infinita. Questa situazione si è prolungata fino al 30 maggio 2020, giorno in cui si è concluso l'isolamento per 106 migranti a bordo su 232. Si è trattata, tuttavia, di una tregua temporanea, in quanto nei giorni successivi si sono aggiunti altri migranti, fino ad arrivare a 193 persone presenti sull'imbarcazione.

Nonostante la scadenza dell'appalto a metà giugno, la nave è rimasta operativa. Alla temporanea situazione di calma, dovuta alla diminuzione degli sbarchi, le persone soccorse vengono seguite e ricevono assistenza. La situazione è peggiorata con la ripresa

³⁰³ Decreto del 12 aprile 2020, n. 1287.

³⁰⁴ V. A. PUGLIA, *Nave Rubattino, il Garante: "Non può essere una situazione di limbo"*, Vita.it, 2 maggio 2020.

³⁰⁵ Cfr. A. PUGLIA, *Bilal, che dalla nave quarantena voleva raggiungere a nuoto l'Europa*, Vita.it, 3 giugno 2020.

delle attività di salvataggio in mare, che hanno apportato all'interno della nave un nuovo pericolo di contagio, a seguito della scoperta di alcuni migranti positivi al Coronavirus. È importante rilevare che, seppur dettata da una situazione di emergenza, la chiusura dei porti prevista dal decreto interministeriale si è rivelata inadatta a fronteggiare gli sbarchi che si sono verificati durante la pandemia. Infatti, il verificarsi di un evento così improvviso non ha, tuttavia, fermato la necessità di scappare da guerre e persecuzioni sentite da molti migranti.

Inoltre, il trattenimento presso in *hotspot*, locali idonei etc. continua ad essere attuato in Italia senza un'opportuna base legale. Anche durante la situazione emergenziale la permanenza in questi luoghi è risultata eccessiva e sprovvista della convalida di un giudice o di un opportuno riesame periodico. Da questo punto di vista, il governo ha continuato a rimanere inadempiente rispetto a quanto previsto dalla sentenza della Corte europea dei diritti umani *Khlaifia e altri c. Italia*.

Per quanto riguarda i Centri di permanenza per il rimpatrio, anche la detenzione al loro interno è da ritenersi priva di basi legali, dato che durante il periodo di emergenza era stata sospesa la mobilità internazionale e, di conseguenza, la possibilità di effettuare rimpatri. Il governo ha scelto di non svuotare completamente i centri, nonostante tale blocco.

Infine, relativamente alla scelta delle navi-quarantena, seppur, in determinate misure, si possa ritenere una soluzione proporzionata alla situazione emergenziale, si è realizzato di trasformarle in *hotspot* galleggianti, come è accaduto per la nave *Moby Zazà*.

6. La tragedia di Cutro e la dichiarazione dello *status* di emergenza (*No more mutants*)

Un'ulteriore e più recente tragedia si è abbattuta sulle nostre coste all'inizio di quest'anno, riaprendo, ancora una volta, il dibattito sugli sbarchi di migranti e sul traffico di esseri umani.

Il 26 febbraio 2023, un'imbarcazione di legno si è spezzata ed è naufragata nei pressi delle coste di Steccato di Cutro, in provincia di Crotone. All'interno dell'imbarcazione, partita circa quattro giorni prima da Imzir (Turchia), si trovavano circa 170 persone.

Sulla base della ricostruzione della vicenda da parte della Guardia di Finanza, l'imbarcazione era stata avvistata da un velivolo di Frontex la sera del 25 febbraio, qualche ora prima del naufragio nella zona SAR italiana. Di conseguenza, secondo quanto disposto dalle convenzioni internazionali precedentemente esaminate, il salvataggio sarebbe stato di competenza delle autorità italiane. Ma la mancata classificazione

dell'evento come "emergenza" non ha portato ad alcuna attivazione da parte di quest'ultime.

In seguito, nella notte erano intervenute due imbarcazioni della Guardia di Finanza, poi rientrate a causa del maltempo.

Per quanto riguarda le dinamiche dell'incidente, è molto probabile che l'imbarcazione abbia preso una secca e, a causa delle onde alte, si sia spezzata. Questo perché nessuno dei sopravvissuti ha riportato segni di ustioni, secondo la squadra di Medici senza Frontiere che li ha assistiti.

Di conseguenza, l'imbarcazione si è rotta a pochi metri dalla spiaggia; viene dato l'allarme da alcuni pescatori a riva. Da qui, sono cominciate le (tardive) operazioni di soccorso.

Sulla base delle dichiarazioni dei naufraghi, questi sono partiti dalla Turchia, attraverso una rotta che si è riattivata da qualche anno³⁰⁶, che parte da quest'ultima e arriva in Calabria.

Il ministro dell'Interno Piantedosi ha visitato la spiaggia in cui è avvenuto l'accaduto e ha tenuto una conferenza stampa, dove ha parlato di "vocazione alla partenza"³⁰⁷.

Si può notare come questa strage sia stata, purtroppo, ampiamente prevedibile in quanto, nonostante il maltempo, le partenze da Turchia, Libia e Tunisia non si sono mai fermate, a discapito dei vari accordi di militarizzazione.

In aggiunta a ciò, mancano i mezzi di soccorso, a causa della campagna di criminalizzazione iniziata nel 2017, peggiorata ulteriormente dal c.d. decreto ONG³⁰⁸.

Il bilancio totale delle vittime, al momento in cui si scrive, è di 94 persone, di cui 35 minori, mentre i sopravvissuti sono circa un'ottantina. Invece, rimangono ancora 12 dispersi.

La ricostruzione della vicenda è complessa, a partire dalle accuse di mancato soccorso da parte della guardia costiera.

Secondo l'opinione di alcuni esponenti della dottrina³⁰⁹, la competenza nel caso specifico spettava alla guardia costiera italiana, le quali avrebbero dovuto verificare la stabilità e la sicurezza dell'imbarcazione e, eventualmente, scortarle in porto.

³⁰⁶ V. A. CAMILLI, *La rotta che arriva in Calabria*, in *L'Essenziale*, 6 novembre 2021.

³⁰⁷ V. A. FRASCHILLA, *Piantedosi non si scusa per le frasi sulla tragedia di Cutro e prepara un'altra stretta sui migranti. Ma ora FdI si smarca*, ne *La Repubblica*, 28 febbraio 2023.

³⁰⁸ Cfr. Capitolo I, sezione III, par. 4.

³⁰⁹ Nello specifico, VASSALLO PALEOLOGO.

Questo sulla base di molteplici elementi: dalla condizione di sovraccarico della nave, all'assenza a bordo della stessa di dispositivi di salvataggio.

Successivamente, il comandante della capitaneria di porto di Crotona ha rivelato come il mancato intervento non fosse stato dettato dalle condizioni del mare, ma dalla catena di comando della guardia costiera, che “non dipende solo dal ministero dei trasporti [...] ma anche dal ministero dell'interno”³¹⁰.

È stato poi presentato, in data 9 marzo, un esposto collettivo alla Procura di Crotona da quaranta organizzazioni della società civile italiana ed europea, in cui viene richiesto di chiarire gli avvenimenti dietro il naufragio.

Gli autori dell'esposto escludono, infatti, che le condizioni meteorologiche e marine fossero tanto gravi da impedire le ricerche ed eventuali soccorsi.

La vicenda ha smosso tanto la macchina mediatica, quanto quella politica.

Qualche giorno dopo la tragedia, è stato presentato nel marzo 2023 il decreto-legge n. 20 del 2023, altresì noto come Decreto Cutro, convertito in legge il 7 maggio scorso.

All'interno di questo, vengono disciplinati una serie di aspetti rilevanti che vanno dall'accesso al sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e rifugiati alle procedure di espulsione e detenzione amministrativa.

Da qui, si sono sollevate numerose critiche in merito³¹¹: i migranti continueranno a morire, continuerà ad aumentare lo sfruttamento di coloro che riescono ad arrivare e a sopravvivere a queste traversate pericolose.

Sarebbe invece preferibile la riattivazione dei corridoi umanitari e l'introduzione di canali di integrazione adeguati.

³¹⁰ V. A. CANDITO, D. DEL PORTO, *Strage di migranti, il comandante della Guardia costiera: “C'erano le condizioni per salvarli”*, ne *La Repubblica*, 1 marzo 2023.

³¹¹ Tra cui G. CAPITANI, *Col decreto Cutro ad essere ‘diffusa’ non è più l'accoglienza, ma la detenzione*, in *Il Fatto Quotidiano*, 7 maggio 2023.

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI DEL COMANDANTE DELLA NAVE: IL DOVERE DI SEGUIRE LA *STELLA MARIS*

“Ma è la legge, non la morale, che
obbliga a salvare chi è in pericolo.”
(ANNALISA CAMILLI, *La legge del
mare*)

SOMMARIO: 1. L’individuazione di un porto sicuro e gli obblighi del comandante previsti da fonti internazionali, consuetudinarie e pattizie – 2. Le operazioni di salvataggio nel Mediterraneo centrale e il ruolo delle ONG – 3. Il caso *Tampa*: l’origine delle modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS. – 4. Il caso *Cap Anamur* e il reato di favoreggiamento all’immigrazione clandestina. – 5. Il caso *Rackete*: quando un dovere diventa una caccia alle streghe.

1. L’individuazione di un porto sicuro e gli obblighi del comandante previsti da fonti internazionali, consuetudinarie e pattizie

La posizione del comandante della nave è di fondamentale importanza quando si tratta di individuare, a seguito dello svolgimento delle operazioni di soccorso, un porto, che viene qualificato come luogo sicuro. Questo, di solito, viene designato anche contro la volontà dello Stato designato dal comandante, soprattutto nel caso in cui nessuno degli Stati SAR coinvolti nella vicenda si siano operati nell’assegnazione di un *place of safety*.

Quindi, al comandante spetterà la scelta tra lo Stato nella cui zona di ricerca è avvenuto l’evento di *distress*; lo Stato di bandiera dell’imbarcazione soccorritrice; quello che per primo ha ricevuto la richiesta di soccorso; ed infine, il Paese più facilmente raggiungibile dai soccorritori³¹².

Tutto questo è facilmente riconducibile all’obbligo del comandante della nave di fornire soccorso alle persone in pericolo di vita in mare, il quale include tanto il dovere di questi di condurre i soggetti tratti in salvo in un luogo sicuro, quanto quello di fare ingresso in un porto, a prescindere dalla volontà dello Stato costiero coinvolto.

Più raramente, invece, può essere invocato l’obbligo consuetudinario degli Stati di concedere rifugio a una nave in *distress*.

³¹² Si veda, in questo senso, DE VITTOR, STARITA, *Distributing Responsibility between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 82.

Questo primordiale bisogno di proteggere la vita dei naviganti in mare ha prodotto due norme internazionali, diverse per destinatari e contenuto, però accomunate dall'intento di salvare vite umane: l'obbligo di concedere rifugio e quello di soccorso.

Per quanto riguarda la prima, questa ha origini consuetudinarie internazionali e prevede che gli Stati debbano fornire rifugio alle navi che si trovino in condizione di estremo pericolo. Questa regola è stata enunciata la prima volta nel 1853, all'interno della sentenza arbitrale del caso *The Creole*³¹³, come eccezione alla regola che riconosce ad ogni Stato il diritto di vietare l'ingresso nei propri porti.

Questa norma, già contenuta all'interno di molti accordi bilaterali di amicizia, commercio e navigazione, ha sempre avuto la *ratio* di salvare l'imbarcazione e il suo carico oltre, al tempo stesso, le vite dei membri dell'equipaggio e dei passeggeri a bordo affinché questi, una volta cessato l'estremo pericolo, possano riprendere il viaggio verso la destinazione prestabilita.

Di conseguenza, l'ingresso e la permanenza presso uno Stato possono essere consentiti in via temporanea.

Da questo punto di vista, in un primo momento il titolare del diritto al rifugio era lo Stato di bandiera dell'imbarcazione in pericolo; successivamente, con l'assunzione di una progressiva finalità umanitaria dello stesso, i protagonisti di questo diritto consuetudinario sono divenuti i membri della comunità navale a bordo dell'imbarcazione in pericolo.

La rilevanza della condizione di estremo pericolo è stata poi individuata dalla *High Court of Admiralty* britannica nel caso *Eleanor*³¹⁴, dove questa viene definita: “*a grave necessity, such as [...] when a ship is said to be driven in the stress of weather*”. Quindi, potrebbe anche trattarsi di una situazione di pericolo potenziale, che potrebbe creare apprensione al giudizio di “*an honest and firm man*” per la vita delle persone a bordo. Inoltre, sembra inutile anche solo indicarlo, la situazione di pericolo non dev'essere causata intenzionalmente dal comandante.

Invece, la seconda norma ammette che la nave straniera in transito nel mare territoriale possa fermarsi per prestare soccorso a persone e navi in difficoltà, derogando la norma secondo cui il passaggio deve essere continuo.

³¹³ Sentenza 23 dicembre 1854, *The Creole v. Great Britain*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, p. 53.

³¹⁴ Cfr. *High Court of Admiralty, The Eleanor*, sentenza 22 novembre 1809, 165 E.R. 1058.

Bisogna sottolineare come la protezione della vita umana in mare sia nata dalle prassi dei comandanti delle navi di soccorrere le persone in pericolo di vita. Si deve, dunque, dare per scontato come la condotta eroica di questi individui sia stata decisiva per la formazione di queste regole consuetudinarie. In aggiunta a ciò, si tratta tanto di un comportamento doveroso, quanto obbligatorio³¹⁵.

Nel corso del XX secolo, con l'espansione sia dei trasporti commerciali, sia di quelli di linea, l'obbligo del comandante di soccorrere è stato codificato per la prima volta in due accordi, entrambi firmati a Bruxelles il 23 settembre 1910: la Convenzione per l'unificazione di alcune regole in materia di salvataggio e la Convenzione per l'unificazione di alcune regole in materia di urto fra navi.

Con la prima Convenzione, sono stati armonizzati i diversi regimi previsti all'interno dei sistemi di *common law* e *civil law*. Questa si applica nel caso in cui il soccorso venga operato da una nave ad un'altra di diversa nazionalità, nel caso in cui una delle due appartenga a uno Stato contraente, viene tenuta distinta la posizione del salvatore di vite umane da quella del conduttore delle operazioni di salvataggio della proprietà. In questo senso, l'articolo 9 di questo testo non prevede alcun obbligo per gli Stati di assegnare una ricompensa ai soccorritori di esseri umani³¹⁶; tuttavia, i contraenti si impegnano a riconoscere ai salvatori un'equa parte del compenso, il quale non può essere fornito, per nessuna ragione, dalle persone salvate³¹⁷.

Infatti, l'articolo 11 di questa prima Convenzione, prevede l'obbligo per il comandante di “*render assistance to everybody, even though as enemy, found at sea in danger of being lost*”.

La seconda Convenzione di Bruxelles del 1910 prevede una disposizione sul soccorso nell'ambito degli incidenti di navigazione, vincolando il comandante “*to render assistance to other vessel, her crew and her passenger*” e “*to make known to the other vessel the name of his vessel and the port to which she belongs, and [...] the name of the ports from which she comes and to which she is bound*” (articolo 8).

³¹⁵ Per una più precisa ricostruzione cronologica V. M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 5-47.

³¹⁶ C.d. *pure life salvors*.

³¹⁷ Questo è dettato soprattutto da ragioni morali, dovute, in particolare, alla difficoltà di monetizzare la vita umana.

In seguito, venne firmata a Londra nel 1912 la Convenzione radiotelegrafica internazionale, mediante la quale è stata istituito il primo sistema obbligatorio di radiocomunicazioni tra stazioni costiere e quelle a bordo delle navi.

Se nelle due Convenzioni precedenti era stato sancito il dovere del comandante di assistere il naufrago trovato *durante* la navigazione³¹⁸, mediante questo testo viene abbandonato il precedente argomento letterale. Di conseguenza, l'espressione "*trouvéé en mer*" poteva essere interpretata nel senso che il capitano può prestare assistenza nel caso in cui riceva dei segnali di pericolo attraverso il sistema di radiocomunicazione³¹⁹.

Successivamente, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare firmata a Londra nel 1914³²⁰ ha previsto una disciplina divisa in due fasi: nella prima, che si apre con la richiesta di soccorso, scatta per i comandanti che l'hanno ricevuta l'obbligo di rispondere e procedere al soccorso; nella seconda fase, sorge per il comandante della nave in pericolo il diritto di "*réquisitionner*", fra le navi che hanno risposto alla richiesta di aiuto, l'imbarcazione che ritiene più adatta a effettuare il soccorso, anche a seguito di un'eventuale consultazione tra i vari comandanti. Da qui, il comandante prescelto ha l'obbligo di dirigersi, a tutta velocità, verso il pericolo, liberando così gli altri capitani dal dovere di soccorso.

Attraverso questo quadro normativo che si è affermato in questo lasso temporale, al comandante della nave privata vengono imposti due gruppi di norme: il primo, prevede un insieme di regole che, per ragioni tanto strettamente umanitarie quanto consuetudinarie, gli impongono di prestare soccorso in caso di naufragio *in qualunque modo* ne venga a conoscenza (avvistamento diretto o ricevimento di un segnale di pericolo). Il secondo insieme riguarda norme che, per le stesse ragioni di cui sopra, non prevedono ricompense per il servizio reso.

Tuttavia, un conto è parlare di ricompense, un altro è affrontare il problema delle spese affrontate per effettuare le operazioni di soccorso. In questo senso, è intervenuta la Convenzione di Bruxelles sull'unificazione di certe regole in materia di polizza di carico del 1924. L'articolo 4, par. 2 del presente testo dispone che tanto la nave quanto il vettore non saranno responsabili per le perdite o i danni subiti durante le attività di salvataggio (ovvero i tentativi dello stesso); inoltre, il paragrafo 4 dello stesso articolo predispone

³¹⁸ Eng. *Found at sea*; Fr. *trouvéé en mer*.

³¹⁹ V. I. H. WILDEBOER, *The Brussels Salvage Convention. Its Unifying effect in the Netherlands, France, Belgium, Germany and England*, A. W. Sythoff, 1965, p. 269.

³²⁰ La prima versione della Convenzione SOLAS.

come qualsiasi deviazione effettuata per salvare (o tentare di salvare) vite o beni in mare non possa essere considerata un'infrazione o una violazione della Convenzione o del contratto di trasporto, esonerando il vettore da qualsiasi danno o perdita che possano derivare da queste attività.

La disposizione contenuta all'interno della prima Convenzione SOLAS viene successivamente rielaborata altre due volte, rimanendo però sostanzialmente identica.

Innanzitutto, la versione del 1929 anticipa l'obbligo di procedere verso la nave in pericolo al momento del ricevimento del messaggio di soccorso; quella del 1948 dispone delle modifiche per ricomprendere, tra i possibili destinatari della richiesta di aiuto, anche lo Stato costiero. Viene dunque previsto, per la prima volta, l'obbligo per quest'ultimo di dotarsi di un sistema di ricerca e salvataggio, cosicché il dovere del comandante scatti nel momento in cui questi riceva un messaggio "*from any source*"³²¹. Inoltre, viene destinato al capitano un ulteriore obbligo, quello di informare le persone in pericolo della sua azione di soccorso.

Nel 1950, la Commissione di diritto internazionale, all'interno dei lavori sul regime giuridico dell'alto mare, risultava unanime nel voler inserire nel suo progetto di articoli una disposizione corrispondente all'articolo 11 della Convenzione di Bruxelles sul salvataggio. Da qui è emersa la volontà di inserire una norma sul dovere di soccorso, data la presenza di un principio in materia. Quest'ultimo verrà collocato all'articolo 11 del testo dei *Provisional Articles Concerning the Régime of the High Seas* nel 1955³²², il quale si rivolgeva *direttamente* al comandante, obbligandolo ad operare il soccorso. Tra i commenti degli Stati ai rapporti del relatore François non sono presenti opinioni contrarie alla qualificazione di questo dovere come principio generale di diritto internazionale; si può ritenere, dunque, che gli Stati ritenessero come certa l'esistenza di un principio di questi genere, tale per cui non fossero necessarie delle obiezioni al riguardo³²³.

Infine, un anno più tardi, l'obbligo del comandante viene sostituito, da un punto di vista formale, da quello dello Stato di bandiera³²⁴.

³²¹ V. Regola 15, Capitolo V.

³²² V. Commissione di diritto internazionale, *Report covering the work of its seventh session (2 May to 8 July 1955)*, UN Doc. A/CN.4/94.

³²³ Cfr. *Comments by Governments on the Provisional Articles Concerning the Régime of the High Seas and the Draft Articles on the Regime of Territorial Seas Adopted by the International Law Commission at its Seventh Session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, p. 37 ss.

³²⁴ "Every State shall require the master of a ship sailing under its flag [...] to render assistance".

Una versione simile al dovere di soccorso in alto mare proposta dalla Commissione di diritto internazionale di cui sopra viene accolta all'interno del testo finale dell'articolo 12 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958³²⁵, la quale confluisce a sua volta nell'articolo 98, paragrafo 1 della Convenzione di Montego Bay del 1982³²⁶.

Quest'ultima ricopre un ruolo centrale relativamente a questo dovere, il quale viene specificato, da una parte, all'interno del primo paragrafo, secondo cui ogni Stato parte deve assicurarsi che il comandante della nave che batte la sua bandiera, debba innanzitutto prestare assistenza a qualunque persona in pericolo di perdersi, in secondo luogo di procedere (alla massima velocità possibile) al salvataggio di questi soggetti e, infine, a seguito di un'eventuale collisione, di prestare assistenza alla nave e a i suoi passeggeri, e di fornire loro ogni possibile informazione sulla nave che ha operato il salvataggio, compresa la denominazione, il porto di provenienza e il porto più vicino che contatterà per portare a termine l'operazione.

Dall'altro lato, il secondo paragrafo predispone il dovere agli Stati costieri di promuovere lo stabilimento, l'operatività e la manutenzione di servizi di *search and rescue adeguati e sufficienti*.

Nonostante questo articolo sia ricompreso all'interno della Parte VII della Convenzione UNCLOS, dedicata all'"alto mare", risulta chiaro come l'applicazione di questi precetti vada *oltre* questo concetto, comprendendo anche le zone che rientrano sotto la giurisdizione e il controllo degli Stati costieri.

È ormai giurisprudenza conforme che questo dovere abbia raggiunto uno *status* consolidato, tanto da essere applicabile anche a Stati che non fanno parte della Convenzione.

Questo soprattutto sulla base del grado di attenzione che questo dovere ha ricevuto dalla comunità internazionale in maniera sempre più esponenziale.

Successivamente, le capacità tecniche degli Stati di individuare le navi in pericolo in alto mare e di portarle in salvo vengono individuate dalla Convenzione SAR del 1979³²⁷, attraverso la quale ciascun Stato contraente si impegna a istituire dei centri di ricerca e soccorso competenti al fine di coordinare le operazioni SAR, talvolta con l'ausilio di privati; e questo prescinde dal luogo dell'incidente marittimo. Anche se questa

³²⁵ "Every State shall require the master of a ship sailing under its flag [...] a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; b) To proceed at all possible speed to the rescue [...] c) After a collision, to render assistance to the other ship, her crew and her passengers [...]".

³²⁶ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 5.

³²⁷ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 3.

Convenzione prevede obblighi esclusivamente a carico degli Stati, tuttavia presuppone il dovere di un comandante privato, la cui collaborazione risulta - quasi sempre - indispensabile per la buona riuscita delle operazioni di salvataggio.

Infatti, all'interno della procedura di emergenza descritta dal Capitolo V dell'Annesso a questo testo, viene previsto che il "*rescue co-ordination centre*" dello Stato costiero competente richiederà, quando opportuno, "*at an early stage any help which might be available from aircraft, vessels, or services not specifically included in the search and rescue organization, considering that, in the majority of distress situation in ocean areas, other vessels in the vicinity are important elements for search and rescue operations*".³²⁸ Attraverso questa Convenzione, entrata in vigore nel 1985 attraverso 113 strumenti di ratifica, il *Maritime Safety Committee* dell'*International Maritime Organization* (IMO) ha diviso le acque internazionali in 13 aree SAR, le quali devono essere delimitate dagli Stati costieri per quanto riguarda tanto la delimitazione di queste zone, quanto lo Stato responsabile in caso di verifica di situazioni di *distress*.

Un'altra Convenzione rilevante in questo ambito è quella di Londra del 1989 (c.d. *Salvage*), la quale ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1910 relativa all'assistenza e al salvataggio marittimi. Tanto questa, quanto la precedente hanno esercitato un'influenza decisiva sull'ordinamento interno italiano, in quanto il codice della navigazione, negli articoli da 489 a 500, si è ispirato a entrambe, al fine di creare un regime dell'istituto sostanzialmente unitario.

La Convenzione di Londra ha inciso profondamente sull'istituto del soccorso (il quale comprende le attività di assistenza e salvataggio), data la sua applicazione ad ogni ipotesi di soccorso in mare o in altre acque, effettuato con o *senza* (a differenza della Convenzione di Bruxelles del 1910) mezzi nautici.

Di conseguenza, l'applicazione della Convenzione di Londra, rispetto alla disciplina precedente, comporta la sostituzione del presupposto unitario della natura del soccorritore³²⁹.

L'articolo 2 della Convenzione prevede l'applicazione *erga omnes* in tutti i procedimenti arbitrari o giurisdizionali in materia di soccorso che svolgano in uno Stato contraente, indipendentemente dalla nazionalità delle navi coinvolte. Questo articolo risulta rilevante sotto due aspetti: innanzitutto, le disposizioni contenute nella Convenzione si applicano a tutti i procedimenti iniziati in uno Stato parte successivamente alla sua entrata in vigore,

³²⁸ Cfr. Annesso della Convenzione di Amburgo, par. 5.3.3.5.

³²⁹ Questo solo per quanto riguarda il soccorso marittimo, non per quello aeronautico.

prescindendo dalla nazionalità dei soggetti coinvolti. In secondo luogo, la disposizione fissa il campo di applicazione della disciplina uniforme in modo inderogabile e con portata *erga omnes*, facendo in modo che la controversia venga portata di fronte alle autorità giudiziarie o ai fori arbitrari di uno Stato contraente. Ciò, da un lato, semplifica l'accertamento relativamente l'applicabilità o meno della normativa uniforme e, dall'altro, esclude l'applicazione di ogni norma di *lex fori* dello di quest'ultimo, se non nei limiti in cui questo utilizzo viene consentito sulla base delle norme della Convenzione³³⁰.

Infatti, all'interno di quest'ultima, è prevista la possibilità per gli Stati di prevedere riserve all'applicazione di quest'ultima in alcune ipotesi specifiche³³¹.

Ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione *Salvage*, per "operazione di soccorso" si intende qualsiasi azione o attività intesa ad assistere una nave³³² o qualsiasi altro bene³³³ in pericolo in acque navigabili o altre acque³³⁴. Di conseguenza, la disciplina del soccorso non trova applicazione nel caso in cui i beni si trovino sulla terraferma³³⁵.

Il soccorso marittimo opera nel caso in cui una nave si trovi "in pericolo di perdersi"³³⁶ (c.d. grado di pericolosità) che sussiste nel momento in cui è prestato il soccorso (c.d. attualità del pericolo)³³⁷.

È stato indicato dalla giurisprudenza che, per la sussistenza del soccorso, non sia necessario che il pericolo in cui incorre la nave raggiunga un'intensità tale da presupporre

³³⁰ V. Corte di Cassazione, sent. 13 marzo 2020, ricorso n. 7149.

³³¹ V. Articolo 30 Convenzione *Salvage*. Tra queste rilevano: il caso in cui le operazioni di soccorso abbiano luogo all'interno delle acque territoriali e tutte le navi interessate siano destinate alla navigazione interna; qualora le operazioni si svolgano in acque territoriali e non sia implicato alcun tipo di imbarcazione e qualora tutte le parti interessate appartengano allo stesso Stato. È interessante rilevare come l'Italia non si sia avvalsa di tali riserve.

³³² Per "nave" si intende qualsiasi costruzione atta a navigare (art. 1, lett. b) Convenzione di Londra). Viene espressamente esclusa l'applicabilità della Convenzione: a) alle piattaforme fisse o galleggianti e agli impianti mobili di trivellazione situati al largo della costa se tali piattaforme o impianti, in quel determinato luogo, servono all'esplorazione, allo sfruttamento o all'estrazione di risorse minerali dal fondo marino (articolo 3) b) alle navi da guerra o altre navi appartenenti a uno Stato o al suo servizio, che non servono a scopi commerciali e che, al momento delle operazioni di assistenza, godono dell'immunità ai sensi dei principi generalmente riconosciuti dal diritto internazionale.

³³³ Per "bene" si intende qualsiasi bene che non sia assicurato in maniera permanente e intenzionale al litorale e comprende anche il carico a bordo della nave salvata (art. 1, lett. c) Convenzione di Londra).

³³⁴ È importante notare come, attraverso una nozione sì ampia di soccorso, si imponga la necessità di un coordinamento con altre convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione di Parigi sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo (2001), la Convenzione di Nairobi sulla rimozione dei relitti (2007) e la Convenzione di Londra sulla responsabilità per danni da inquinamento all'ambiente marino (1969).

³³⁵ V. Corte di cassazione, sent. 28 marzo 2008, ricorso n. 8092.

³³⁶ V. articoli 981 e 982 cod. nav.

³³⁷ La sussistenza del pericolo del momento in cui opera il soccorso permette di operare una distinzione tra soccorso e ricupero. Quest'ultimo mira ad annullare le conseguenze dannose già verificatesi del pericolo. V. D'OVIDIO, PESCATORE, TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, 16 ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pag. 683.

come possibile la perdita dell'imbarcazione³³⁸, bensì vi debba essere una situazione per la quale sia ragionevolmente prevedibile, e non solo possibile, il verificarsi di un evento dannoso grave per la nave e il carico³³⁹.

Dunque, nell'assistenza e salvataggio disciplinati in sede di normativa della navigazione marittima, la Convenzione di Londra del 1989 modifica l'assetto antecedente, ponendo una distinzione tra il soccorso aeronautico (ovvero il soccorso aeronautico operato da un aeromobile, in un ambiente diverso da quello acqueo)³⁴⁰ e quello marittimo (il quale comprende tanto il soccorso effettuato in mare, quanto quello che si è verificato in altre acque).

Quando si tratta di vite umane, l'assistenza e il salvataggio sono obbligatori (c.d. soccorso obbligatorio), e le fonti di questi obblighi possono derivare o da un ordine dell'autorità marittima³⁴¹ o dalla legge: nel primo caso, i diritti del soccorritore vengono ripartiti in base alle norme della Convenzione *Salvage* e del codice della navigazione; nella seconda ipotesi, l'obbligo legale è a carico del comandante³⁴² dall'articolo 10 della suddetta Convenzione in favore di ogni persona che si trovi in pericolo di perdersi in mare.

In aggiunta a ciò, in caso di urto fra navi³⁴³, il comandante di *ciascuna* nave deve prestare soccorso alle imbarcazioni danneggiate, ai passeggeri e al loro equipaggio³⁴⁴.

Bisogna evidenziare come questo obbligo sia subordinato alla possibilità di prestare soccorso senza grave rischio della nave soccorritrice e dei soggetti sopraccitati.

³³⁸ V., tra i casi rilevanti, Tribunale di Genova, sentenza 27 marzo 2012.

³³⁹ Cfr. Corte d'Appello di Genova, sent. 17 dicembre 2018 e Corte di cassazione, sentenza 27 maggio 1989, ricorso n. 2571 "La situazione di pericolo deve essere tale da rendere 'ragionevolmente' possibile il verificarsi di un sinistro. E la ragionevolezza [...] deve essere vagliata, nel giudizio a posteriori del giudice, secondo le regole dell'esperienza le nozioni della tecnica marinaresca e tenendo presente [...] la particolare esigenza di prontezza che [...] possa condurre il comandante a valorizzare [...] le condizioni oggettive meno favorevoli alla prospettiva che la nave possa realmente affrontare l'emergenza utilizzando soltanto le proprie risorse".

Inoltre, i presupposti del soccorso devono essere valutati, secondo una parte della giurisprudenza, anche quando questo venga prestato su ordine dell'Autorità, cfr. lodo arbitrale 24 dicembre 1993.

³⁴⁰ V. LA TORRE, *Assistenza di aeromobile ad aeromobile*, in *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione*, Milano, Rizzo-Ingratoci, 2014.

³⁴¹ Cfr. articoli 69 e 70 del codice della navigazione. Questi, secondo l'interpretazione prevalente, estendono l'operatività del soccorso obbligatorio anche ad ipotesi ulteriori a quelle del pericolo per la vita umana. V. lodo 26 giugno 1992, in *Dir. mar.* 1993, p. 147 "[appare] inconfutabile che queste espressioni *escludano* che presupposto dell'obbligo di prestare soccorso in mare sia *sempre e solo* la presenza di persone a bordo. [...] ha indubbiamente un oggetto ben più ampio. Si pensi [a] un disastro ecologico. Si pensi al caso [...] di una nave incagliata o arenata all'imboccatura di un porto [...]" (corsivo aggiunto).

³⁴² Con espressa esclusione dell'armatore.

³⁴³ Ipotesi prevista dalla Convenzione di Bruxelles del 1910.

³⁴⁴ Art. 485 cod. nav.

Al di fuori delle ipotesi obbligatorie, il soccorso può essere o convenuto fra il soccorritore e i soccorsi (c.d. contrattuale) ovvero verificarsi spontaneamente per volontà del primo soggetto (c.d. spontaneo).

Nel primo caso, attraverso il contratto di soccorso³⁴⁵, il soccorritore si impegna all'esecuzione di un insieme di atti volti al conseguimento di quel determinato risultato utile, qualificando, di conseguenza, queste azioni come contratto d'opera (o d'appalto).³⁴⁶

La Convenzione di Londra ha tipizzato il contratto di soccorso, fornendone una disciplina essenziale, che si applica come *integrazione* del regolamento contrattuale. Inoltre, questa attribuisce la possibilità per i giudici di modificare *ex officio* i termini dell'accordo, qualora questi contrastino con l'equità o nel caso in cui la remunerazione prevista sia troppo alta o troppo bassa rispetto ai servizi resi³⁴⁷.

Il contratto può essere concluso o fuori dall'ambiente in cui il soccorso dev'essere prestato, oppure nella situazione di soccorso tra i comandanti dei veicoli (i quali agiscono per conto del preponente e per i proprietari delle cose a bordo).

Nel caso in cui l'assistenza e il salvataggio non siano obbligatori per legge o contrattualmente dovuti, questi sono spontanei, come, ad esempio, nel caso del soccorso prestato contro la volontà del comandante della nave³⁴⁸ che l'abbia ricevuto. In questo caso, il soccorso spontaneo viene inquadrato, secondo alcuni³⁴⁹, nello schema della *negotiorum gestio*.

Per quanto riguarda gli obblighi legali nell'assistenza e salvataggio di persone, se, dal punto di vista dei soggetti soccorsi, vale il principio della gratuità, i diritti del soccorritore variano a seconda della situazione giuridica che fa capo al soggetto passivo (ovvero dal caso in cui questi siano coperti o meno da assicurazione³⁵⁰).

³⁴⁵ Che presuppone sempre una situazione di pericolo per la nave o il suo carico.

³⁴⁶ V. FERRARINI, *Sulla prestazione del soccorritore nel soccorso contrattuale*, in *Studi per G. Berlingieri*, Genova, 1964.

³⁴⁷ V. Convenzione di Londra, articolo 7.

³⁴⁸ O dell'aeromobile.

³⁴⁹ Per l'opinione favorevole V. D'OVIDIO, PESCATORE, TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, 16 ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pag. 687, che rimanda a VOLLI, *Assistenza e salvataggio*, Padova, Cedam, 1957. Invece, in S. M. CARBONE, P. CELLE, M. LOPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, 6 ed., Torino, Giappichelli, 2020, pag. 318, si ritiene che tale classificazione impinge solo sui profili marginali dell'istituto, poiché questo trova la propria disciplina sostanziale (ed esaustiva) nelle norme sul soccorso in generale. Infatti, talvolta le operazioni di soccorso spontanee vengono ricondotte allo schema del soccorso contrattuale, dato che spesso, le parti in seguito stipulano un negozio *ad hoc*.

³⁵⁰ In caso di risposta positiva, il soccorritore ha diritto di ricevere dall'assicuratore, nei limiti della copertura e in caso di risultato utile, un compenso determinato in ragione dei rischi corsi, degli sforzi compiuti e del tempo impiegato. Nel caso contrario, il soccorritore ha diritto a un compenso, nell'ipotesi di un risultato utile. Negli altri casi, il soccorritore non ha alcun diritto.

Durante il XX secolo incomincia a manifestarsi, da parte degli Stati, una tendenza volta a *negare* l'ingresso nei propri porti a navi che avevano chiesto riparo. Questo atteggiamento è poi continuato nel XXI secolo, soprattutto a causa dell'aumento degli scambi commerciali marittimi e del conseguente incremento degli incidenti marittimi collegati.

Si può sottolineare come, in tempi più o meno recenti, il dovere di soccorso in mare del comandante della nave privata sia stato oggetto di un'evoluzione significativa, affinché questo potesse adeguarsi agli sviluppi tanto in materia di diritto del mare, quanto a quelli del contesto storico-politico e del progresso tecnologico.

Per quanto riguarda il diritto del mare, rileva sicuramente la ripartizione degli oceani e dei mari in zone di competenza statali in materia di ricerca e soccorso, come risultato dell'applicazione progressiva della Convenzione SAR del 1979.

Invece, relativamente al secondo tema, l'aumento dei naufragi (e, conseguentemente delle vittime) hanno portato a una crescente consapevolezza del problema, la quale è alla base delle modifiche delle Convenzioni SAR e SOLAS del 2004, operate dalle Linee guida per il trattamento delle persone salvate in mare³⁵¹.

Infine, il progresso tecnologico si è rivelato fondamentale in materia di localizzazione, soprattutto mediante la diffusione di mezzi satellitari di questo genere.

Al fine di trovare un compromesso tra queste esigenze, nel 2003 l'Organizzazione marittima internazionale (OMI) ha adottato le Linee guida sui luoghi di rifugio per navi che necessitano di assistenza, le quali trovano applicazione nel caso in cui le persone a bordo delle imbarcazioni, che risultano comunque bisognose di assistenza, non si trovino in pericolo di vita ovvero, nel caso in cui si sia verificata una situazione di *distress*, siano già state tratte in salvo. In quest'ultimo caso, le Linee guida di cui sopra raccomandano l'applicazione della Convenzione SAR. Queste prevedono che lo Stato può non concedere rifugio e negare l'accesso alla nave nel caso in cui l'ingresso dell'imbarcazione sul territorio potrebbe causare danni ambientali alle acque interne e al mare territoriale.

Attraverso questa ricostruzione, ci si può chiedere se il comandante della nave privata possa essere destinatario di norme internazionali.

Da questo punto di vista, le norme in materia sono suddivisibili in due classi: la prima, comprende disposizioni che si riferiscono alla nave privata intesa come *unità*, a cui fanno

³⁵¹ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 6.

riferimento gli articoli 17 (diritto di passaggio inoffensivo)³⁵², 38 (diritto di passaggio in transito)³⁵³, e 53, par. 2 (diritto di passaggio nei corridoi di traffico arcipelagici)³⁵⁴ della Convenzione di Montego Bay. L'utilizzo del termine “*nave*” indica come l'insieme di privati a cui fanno riferimento queste norme sia ampio, comprendendo qualsiasi persona – fisica o giuridica – interessata, dal punto di vista commerciale, alla spedizione dell'imbarcazione come lo spedizioniere, il proprietario e il comandante.

Il secondo gruppo di disposizioni invece “rompe” l'unità della prima classe, rivolgendosi esclusivamente al comandante. Un esempio in questo senso può essere fornito dall'Accordo delle Nazioni Unite del 1995, sulla conservazione e la gestione degli stock ittici transnazionali e di quelli altamente migratori³⁵⁵, in cui viene consentito agli Stati, diversi da quello di bandiera, di compiere delle ispezioni a bordo dei pescherecci, seppur nel rispetto di una serie di regole procedurali volte a garantire non solo i diritti di quest'ultimo, ma anche le garanzie procedurali del comandante.

Da queste osservazioni, sulla base dell'impostazione della prima classe di norme, ci si potrebbe chiedere se il comandante della nave sia un titolare di diritti reale o apparente. In questo senso si sono sviluppate due tesi: la prima, più tradizionalista, presuppone una visione stato-centrica dell'ordinamento internazionale, nel senso che le norme interazionali non possono creare diritti per gli individui; la seconda ipotesi, più progressista, ammette il caso contrario.

In entrambi i casi, ambo le tesi ammettono che la nave privata possa godere di determinati diritti solo sulla base del collegamento con lo Stato bandiera attraverso la registrazione e che il diritto internazionale del mare tuteli interessi privati, oltre che statali.

Tra queste due visioni, appare più ragionevole appoggiare la tesi progressista, soprattutto sulla base del ragionamento operato dal giudice Wolfrum nella *Separate Opinion* del caso *M/V Saiga (No. 2)*³⁵⁶: attraverso argomenti letterali, logico-sistematici e teleologici, questi afferma che le disposizioni convenzionali tutelano sia i diritti degli Stati, sia quelli dei privati.

³⁵² “Subject to this Convention, ships of all States, wheter coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through territorial sea”.

³⁵³ “In straits referred to in article 37, all ships and aircraft enjoy the right of transit passage, which shall not be impeded”.

³⁵⁴ “All ships and aircraft enjoy the right of archipelagic sea lanes passage in such sea lanes and air routes”.

³⁵⁵ *Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, New York, 24 luglio – 4 agosto 1995, UN Doc A/CONF. 164/37, 8 settembre 1995.

³⁵⁶ Tribunale internazionale per il diritto del mare, sentenza del 1° luglio 1999, *M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, *Separate Opinion of Vice-President Wolfrum*.

Sulla base di queste considerazioni, si può ragionevolmente affermare che il comandante della nave risulti destinatario di norme internazionali che gli conferiscono dei diritti. Questi possono essere esercitati tanto nell'ordinamento interno (attraverso le forme e i modi previsti da quest'ultimo), quanto nell'ordinamento internazionale, mediante la tutela fornita dallo Stato di cittadinanza mediante il meccanismo della protezione diplomatica.

Diversamente, il discorso in materia di norme convenzionali riguardanti obblighi a carico di privati (e, conseguentemente, dei comandanti) viene formulato in termini differenti.

Da un lato, il diritto internazionale del mare cerca di orientare il comportamento e il contegno degli individui attraverso norme che si rivolgono agli Stati, come ha sottolineato il Tribunale internazionale di diritto del mare nel 2011³⁵⁷ relativamente al concetto di “*responsibility to ensure*”, utilizzato dagli articoli 139, paragrafo 1, 153, par. 4 della Convenzione UNCLOS e nell'articolo 4, paragrafo 4 dell'Annesso III a tale Convenzione. Sulla base di queste disposizioni, agli Stati sponsor di attività condotte da privati nell'Area sui fondi marini viene imposta la responsabilità (che, per il Tribunale, equivale a *obbligo*) di assicurare che tali azioni siano conformi alla disciplina dello sfruttamento delle risorse del fondo e del sottosuolo del mare internazionale.

Di conseguenza, le convenzioni possono prevedere obblighi specifici a carico del comandante, attraverso la predisposizione di clausole di esecuzioni o di obblighi strumentali o di accompagnamento a carico degli Stati di bandiera.

Si può, poi avanzare una seconda osservazione al riguardo: questo ambito è *condizionato* dall'esigenza di rispettare il principio di legalità in materia penale, avvertita tanto nelle costituzioni statali, quanto nelle convenzioni internazionali in materia di diritti umani.

Però, diversamente dai diritti, il diritto internazionale del mare non prevede in maniera diretta degli obblighi a carico degli individui.

All'interno del dovere di soccorso da parte del comandante, viene compreso il diritto dello stesso a non essere intralciato dagli Stati o dai privati nello svolgimento delle attività di salvataggio. Questo sia per ragioni storiche (dove queste azioni vengono ricomprese all'interno di un dovere morale, avvertito dalla gente di mare), sia per motivi funzionali

³⁵⁷ ITOLS, *Responsibility and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion*, 1 febbraio 2011, p. 10.

(secondo i quali tanto la Convenzione UNCLOS³⁵⁸, quanto la Convenzione SOLAS³⁵⁹ esprimono un legame funzionale tra il dovere e il diritto di soccorso).

Dal punto di vista casistico, la regola che impone allo Stato di offrire assistenza a una nave in pericolo viene richiamata all'interno del caso *Tampa*³⁶⁰.

In Italia, la norma consuetudinaria sul rifugio precedentemente esposta è stata applicata da due tribunali italiani.

Innanzitutto, il Tribunale di Palermo nella sentenza relativa alla richiesta di archiviazione del procedimento penale a carico di ignoti per i reati di cui agli articoli 416, 6° comma c.p. e 12 del d.lgs. n. 286/1998 sul salvataggio di migranti effettuato in acque internazionali da imbarcazioni ONG, *Golfo Azzurro* e *Sea-Watch*, condotte nel territorio italiano³⁶¹. All'interno di questa richiesta, il Tribunale afferma come sia “un obbligo umanitario di tutti gli Stati costieri consentire alle navi in difficoltà di cercare riparo nelle loro acque”³⁶².

In seguito, anche il Tribunale di Agrigento, nell'ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare relativamente al caso *Rackete*³⁶³, richiama l'obbligo di concedere rifugio. Infatti, l'ordinanza afferma la sussistenza del “principio della libertà degli Stati di regolare i flussi migratori di ingresso nel [proprio] territorio nazionale [...] con i limiti [...] previsti dal diritto consuetudinario”, tra cui figura il dovere di soccorso³⁶⁴.

Tuttavia, a queste pronunce si contrappone la condotta del Parlamento e del Governo italiani, i quali hanno modificato l'articolo 11 del Testo Unico sull'immigrazione, attraverso l'introduzione con il decreto-legge 130 del 2020 (convertito nella legge 173 dello stesso anno) del comma 1 *ter*³⁶⁵, confermando la prassi già iniziata nel 2017, con il rifiuto governativo di concedere l'ingresso nei porti italiani della nave *Aquarius*.

³⁵⁸ V. Articolo 18, par. 2.

³⁵⁹ Cfr. Regola 34, Capitolo V.

³⁶⁰ V. par. 2.

³⁶¹ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *Richiesta di archiviazione*, 13 giugno 2018.

³⁶² V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *Richiesta di archiviazione*, cit., p. 5.

³⁶³ Cfr. par. 4.

³⁶⁴ Tribunale di Agrigento, ordinanza 2 luglio 2019, p. 4.

³⁶⁵ “Il Ministro dell'Interno [...] può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale [...] per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g [...] della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare [...]. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti [...]”.

Giova però ricordare che la prassi di uno solo Stato non è sufficiente a confermare l'introduzione di un'eccezione ulteriore (la prima riguarda il pericolo di disastro ambientale) all'obbligo di concedere rifugio.

Inoltre, l'introduzione di una regola del genere comporterebbe un grave pregiudizio alla protezione della vita delle persone in pericolo di vita in mare.

2. Le operazioni di salvataggio nel Mediterraneo centrale e il ruolo delle ONG

Seppur il sistema normativo delineato dalle Convenzioni precedentemente descritte sembri funzionare perfettamente in teoria, la realtà è ben diversa, e questo risulta evidente soprattutto nell'area del Mediterraneo centrale.

Ai sensi della Convenzione SAR del 1979³⁶⁶, come accennato in precedenza³⁶⁷, le acque internazionali sono state divise in 13 aree di *search and rescue*.

Divisione che ha creato non pochi problemi, soprattutto per quanto riguarda Malta: in primo luogo, questo Stato dispone di un'area SAR molto più ampia rispetto alle sue dimensioni effettive e, in secondo luogo, questo Stato sostiene una nozione differente di *place of safety* rispetto a quelle precedentemente accennate³⁶⁸, in base alla quale il porto sicuro non può coincidere con quello della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso.

Da questo assetto, appare opportuno descrivere le operazioni italiane, europee e non governative che hanno interessato il Mediterraneo centrale negli ultimi anni.

Nell'ottobre 2013, è stata istituita in Italia l'operazione *Mare Nostrum*, come conseguenza ai due naufragi avvenuti nello stesso mese che hanno causato la morte di molte persone. Si è trattato di un evento che ha avuto un notevole riscontro da parte dei *media* e della politica³⁶⁹, ma che non ha portato un cambiamento immediato a livello di politica e legislazione europea.

Attraverso questa operazione, è stata rafforzata la presenza militare nel Mediterraneo centrale mediante la predisposizione di assetti aerei e marittimi e il potenziamento dei dispositivi di controllo dei flussi migratori, già attivati nella missione *Constant Vigilance*, che la Marina Militare ha svolto sin dal 2004³⁷⁰.

Il principale obiettivo di questa campagna era volto tanto a garantire la sicurezza della vita in mare, quanto di assicurare alla giustizia i trafficanti di esseri umani.

³⁶⁶ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 3.

³⁶⁷ Cfr. Paragrafo 1.

³⁶⁸ V. Capitolo II, par. 2.

³⁶⁹ Tra cui figurano tanto i leader europei, quanto il Papa.

³⁷⁰ V. difesa.it, Marina Militare, *Mare Nostrum*.

L'operazione *Mare Nostrum* si è conclusa nell'ottobre 2014, sostituita dall'Operazione *Triton*³⁷¹, concepita come un'operazione congiunta coordinata da Frontex.

La sua mansione principale era quella di riunire due operazioni minori (*Hermes* e *Aeneas*), come reazione alla discontinuità di *Mare Nostrum*. Inoltre, *Triton* aveva il compito di fornire un supporto all'Italia in materia di sorveglianza, controllo delle frontiere e *search and rescue* nell'area del Mediterraneo centrale tanto nelle acque territoriali italiane, quanto nelle aree SAR italiane e maltesi “[...] *stretching 138 nautical miles south of Sicily.*”³⁷²

Tuttavia, il “punto dolente” di questa operazione prevedeva lo sbarco dei migranti soccorsi in Italia, modificato attraverso l'istituzione dell'Operazione *Themis* del 2018 la quale dispone di “*an enhanced law enforcement focus, while continuing to include search and rescue as a crucial component*”³⁷³.

Attraverso questa, il luogo di sbarco diventa il porto sicuro più vicino³⁷⁴ il quale, da un punto di vista geografico, prevede un'area molto estesa, includendo Stati come Egitto, Turchia e Albania. In aggiunta a ciò, viene predisposta una componente di *intelligence* per l'individuazione di terroristi e minacce simili e al fine di impedire loro l'attraversamento delle frontiere europee.

Tuttavia, nonostante questo nuovo approccio in materia di luogo di sbarco, l'*Annual Report on the implementation of Regulation (EU) 656/2014* del 2019 rileva che “[a]ll migrants intercepted or rescued by Frontex assets were [...] disembarked in Italy”³⁷⁵.

Inoltre, per comprendere al meglio queste operazioni e le loro istituzioni, è opportuno far riferimento a tre eventi avvenuti nel 2015.

Innanzitutto, l'operazione navale italiana *Mare Sicuro* è stata istituita per assicurare una maggiore sorveglianza delle aree del Mediterraneo centrale e dello Stretto di Sicilia, come risposta tanto all'inadeguatezza europea, quanto alla crisi libica. Da quest'ultimo punto di vista, a seguito di una richiesta avanzata dal Governo di Unità nazionale libico, il governo italiano dell'epoca decise, attraverso una decisione parlamentare, di espandere l'operazione *Mare Sicuro* in modo tale da comprendere le acque territoriali libiche dal 2

³⁷¹ V. Dossier del Senato n. 210 della XVII legislatura, *Da Mare Nostrum a Triton*, www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/912705/index.

³⁷² Commissione europea, *EU Operations in the Mediterranean Sea*, 16 settembre 2016.

³⁷³ Regolamento 2013/604/UE.

³⁷⁴ C. TASSINARI, *Operazione “Themis”*: i migranti non sbarcheranno solo in Italia, *Euronews*, 1 febbraio 2018.

³⁷⁵ FRONTEX, *2019 Annual Report on the Implementation of Regulation (EU) 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Establishing Rules for the Surveillance of the External Sea Borders in the Context of Operational Cooperation Coordinated by Frontex* (2020).

agosto 2017³⁷⁶, al fine di supportare la Guardia Costiera libica nel contrastare le attività illecite che si verificavano all'interno di quest'area. Successivamente, l'ambito di questa operazione venne allargato ulteriormente attraverso la delibera del Consiglio dei ministri, datata 28 dicembre 2017, mediante la quale venivano fornite attività di supporto alla Guardia Costiera libica volta a ostacolare immigrazione irregolare e traffico di esseri umani³⁷⁷. Attraverso questa, venivano assegnati all'operazione fino a sei mezzi navali per l'attività di presenza e sorveglianza in queste aree e un'unità navale ausiliaria per supportare la Guardia Costiera e la Marina Militare libiche.

Infine, in conformità con la direttiva del Ministro della Difesa sulla “Strategia di Sicurezza e Difesa per il Mediterraneo” del maggio 2022, è stato deciso dal Maggiore della Difesa l'ampliamento operativo, tattico e spaziale dell'Operazione *Mare Sicuro*, la quale cambia nome in *Mediterraneo Sicuro*³⁷⁸.

Il secondo avvenimento del 2015 consiste nel capovolgimento e naufragio di un peschereccio che si era allontanato dalle coste libiche ed era diretto verso le coste maltesi e italiane; durante questo tragitto, è entrato in collisione con un container, che era diretto in quell'area a seguito di una *distress call* captata dal MRCC di Roma.

Ancora oggi, il numero delle vittime rimane sconosciuto, stimato tra le 700 e 800. Da qui la nomea di questo evento come “*the deadliest disaster in the Mediterranean to date*”³⁷⁹.

Il terzo e ultimo evento rilevante del 2015 riguarda il lancio dell'Operazione Sophia EUNAVFOR MED, nel contesto della politica comune di Difesa e Sicurezza, con l'intento di “*identify, capture and dispose of vessels and enabling assets used or suspect of being used by migrants smugglers or trafficking, in order to contribute to wider EU efforts to disrupt the business model of human smuggling and trafficking networks in the Southern Central Mediterranean and prevent the further loss of life at sea*”³⁸⁰.

Da questo punto di vista, mancano dei riferimenti *espliciti* alle attività SAR, fatta eccezione per il richiamo al rispetto delle norme di diritto internazionale.

Inizialmente, l'operazione avrebbe dovuto concludersi nel 2016 (anno successivo alla sua istituzione), ma il 20 giugno dello stesso anno la Commissione europea ha esteso il suo

³⁷⁶ V. Dossier n. 45, legislatura 17. Dispositivo aeronavale nazionale, www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/1063826/index.

³⁷⁷V. www.marina.difesa.it.

³⁷⁸ www.marina.difesa.it.

³⁷⁹ *The Guardian, UN Says 800 Migrants Dead in Boat Disaster as Italy Launches Rescue of Two More Vessels*, 2015. *Internazionale, Ritrovato il relitto del peschereccio naufragato con 800 persone a bordo*, 7 maggio 2015.

³⁸⁰ V. operationsophia.eu.

mandato fino all'anno successivo. In seguito, il limite temporale di questa missione è stato prolungato al dicembre 2018, fino ad arrivare al 31 marzo 2020, data della sua conclusione.

L'Operazione *Sophia* è stata dunque sostituita dalla successiva, *Irini*, il cui compito principale è quello di attuare l'embargo delle Nazioni Unite dal 2011 sulle armi in Libia mediante l'utilizzo di risorse aeree, satellitari e marittime, incluse le ispezioni delle navi in alto mare al largo delle coste libiche, qualora sia sorto il sospetto di trasporto di armi (o simili) verso o dalla Libia³⁸¹.

Tra i vari obiettivi dell'operazione figurano l'addestramento delle unità della Guardia Costiera libica e lo smantellamento delle organizzazioni criminali dedicate al traffico di esseri umani.

Dopo aver illustrato le operazioni statali, appare opportuno un *focus* sugli altri attori, ormai protagonisti, della salvaguardia della vita in mare, ovvero le ONG che, a partire dal 2014, hanno cominciato a svolgere attività di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale.

Queste attività hanno avuto origine tanto dal fallimento delle azioni delle istituzioni europee e degli Stati membri, quanto dalla costante strage di esseri umani lungo le tratte migratorie.

Tra le prime ONG che hanno intrapreso operazioni SAR rileva il *Migrant Offshore Aid Station* (MOAS), attraverso l'attivazione della *Phoenix* nel 2014 e della *Responder* l'anno successivo (la quale è stata utilizzata dapprima nell'area egea e dal 2016 opera nel Mediterraneo).

In seguito, *Medici Senza Frontiere*³⁸², dopo una prima cooperazione con il MOAS attraverso il fornimento di personale medico a bordo della *Phoenix*, nel 2015 comincia ad operare in via indipendente, mediante l'utilizzo dell'*Argos* e della *Dignity I*, sotto la responsabilità dei centri operativi di MSF in Belgio e Spagna rispettivamente.

Sempre nello stesso lasso temporale le tedesche *Sea Watch* e *Sea-Eye* e la spagnola *Pro-Activa Open Arms* avviano le proprie operazioni SAR nel Mediterraneo centrale attraverso i propri assetti navali. Le loro attività, tuttavia, non si focalizzano tanto sul

³⁸¹ V www.difesa.it, *Operazioni militari, Operazione Irini*.

³⁸² Un'organizzazione umanitaria focalizzata sull'assistenza e il supporto medico. Per un'analisi delle motivazioni che hanno spinto MSF a intraprendere l'attività di *search and rescue* in via autonoma V. H. DEL VALLE, *Search and Rescue in the Mediterranean Sea: Negotiating Political Difficulties*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, pp. 22-40.

caricare a bordo i migranti, ma sul fornimento di equipaggiamento salvavita (i.e. salvagenti, acqua, medicinali).

Nello stesso periodo, incominciano ad emergere nuove ONG coinvolte nelle attività SAR (*SOS Méditerranée, Save the Children, Mission Lifeline...*).

Queste organizzazioni si distinguono dalle dimensioni (grandi o piccole), dagli obiettivi perseguiti (specifici o a largo raggio), e dalla base pubblica o privata.

Giova ricordare come le attività di salvataggio compiute dalle ONG nel tempo sono state prima lodate dalla politica (denominandole “*angels of the sea*”) e poi penalizzate dalla stessa, arrivando fino ad accusarle di essere complici dei trafficanti di esseri umani, e ad essere denominate “taxi del mare”³⁸³.

Da queste accuse è derivata un’inchiesta del Senato italiano del 2017, nella quale è stata evidenziata l’esigenza sottolineato tanto l’esigenza di una razionalizzazione della presenza delle ONG nel Mediterraneo centrale, quanto i sospetti di un collegamento tra quest’ultime e i trafficanti di esseri umani. Ciò ha portato all’adozione, il 7 agosto 2017, del Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare³⁸⁴, il quale prevede una serie di premesse (che descrivono la pressione migratoria subita dall’Italia), volte ad assicurare un maggior coordinamento tra quest’ultime e il MRCC di Roma, l’instaurazione della collaborazione con le autorità competenti nel contrasto al traffico di esseri umani e le conseguenze in caso di mancata adesione e in caso di inadempimento.

Ciononostante, si può ragionevolmente escludere che possano derivare delle conseguenze legali dal mancato adempimento o dalla mancata adesione poiché, da un lato, il codice non ha forza di legge e, dall’altro, per quanto riguarda la costituzione di obblighi per le ONG, il carattere unilaterale degli impegni e della predisposizione di obblighi per quest’ultime appaiono incompatibili con uno strumento contrattuale.

Tuttavia, la qualificazione del Codice come strumento non vincolante non riduce l’importanza della valutazione del suo contenuto sostanziale. Infatti, tra gli impegni ivi previsti, rilevano maggiormente quelli relativi all’interferenza delle attività di *search and rescue*; tra questi viene ricompreso tanto il divieto di ingresso alle acque territoriali libiche

³⁸³ Questa espressione è stata utilizzata durante la campagna elettorale del MoVimento 5 stelle, dall’ex Ministro Luigi Di Maio. Per un’indagine più approfondita V. CUSUMANO, VILLA, *From “angels” to “Vice Smugglers”: the Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy*, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2020.

³⁸⁴ V. nota 134, per un commento più completo V. F. FERRI, *Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pag 189-198.

(ad eccezione dei casi di immediato pericolo), quanto l'invito a non ostacolare le attività di *search and rescue* operate dalla guardia costiera libica.

Secondo autorevole dottrina³⁸⁵ si possono fare due osservazioni (condivisibili) relativamente a queste disposizioni: in primo luogo, è dubbio che possa spettare all'Italia, sulla base del diritto internazionale, proibire a un'organizzazione privata, situata in un altro Stato e che utilizza una nave non battente bandiera italiana, di entrare nelle acque territoriali di un altro Stato. Secondariamente, non convince l'utilizzo di un criterio, diverso dalla salvaguardia della vita in mare, per determinare l'intervento o meno di *search and rescue* di migranti in stato di *distress*.

Nel contesto di questo clima di diffidenza nei confronti delle ONG si colloca la c.d. politica dei "porti chiusi"³⁸⁶ del 2017, anche come reazione all'impossibilità, da parte dell'Italia, di gestire un flusso ingente di migranti, che venne formalizzata dal Governo Conte I del 2018.

L'anno successivo sono state adottate numerose direttive ministeriali³⁸⁷ dall'allora Ministro dell'interno per autorizzare le autorità competenti nella sorveglianza dei confini marittimi a negare l'ingresso ai porti a imbarcazioni che avevano svolto attività di *search and rescue* attraverso modalità inadeguate, poiché violative del diritto internazionale e – di conseguenza – dell'ordine e sicurezza pubblica dello Stato. Questo approccio è stato successivamente formalizzato all'interno di un decreto-legge n. 53 del 2019 (c.d. decreto sicurezza bis), convertito nella legge n. 77 dello stesso anno.

Attraverso l'articolo 1, viene modificato l'articolo 11 del decreto legislativo 286 del 1998, aggiungendo il comma 1-ter, che consente al Ministro dell'interno, in concerto con il Ministro della difesa e il Ministro dei trasporti di adottare un provvedimento volto a limitare o proibire l'entrata, il transito o la permanenza di imbarcazioni³⁸⁸ sul mare territoriale per ragioni di ordine o sicurezza pubblica, in conformità con l'articolo 19, comma 2, lettera g della Convenzione di Montego Bay sulla base della violazione delle disposizioni in materia di immigrazione.

L'articolo 2 prevede le conseguenze sanzionatorie in caso di violazione del divieto di entrata, transito o permanenza nelle acque territoriali sopra descritto; questa viene

³⁸⁵ V. SCHIANO DI PEPE, *Search and Rescue in the Central Mediterranean Sea: A Legal Analysis of the Recent Italian Practice*, *German Yearbook of International Law*, 2020, p. 136.

³⁸⁶ V. DE SENA, DE VITTOR, *La 'minaccia' italiana di 'bloccare' gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, *SiDi Blog*, 2017.

³⁸⁷ Datate 18 marzo, 4 aprile, 15 aprile e 15 maggio.

³⁸⁸ Tranne nei casi di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale.

notificata al comandante e – se possibile – al proprietario della nave e all’armatore imponendo loro una sanzione amministrativa tra i 10.000 e i 50.000 euro. In caso di reiterazione di queste condotte, viene comminata la sanzione accessoria di arresto delle attività della nave, insieme al sequestro provvisorio.

Questa politica dei porti chiusi nella casistica è emersa soprattutto in alcuni casi rilevanti, tra i quali spicca il caso *Rackete*, capitano della *Sea-Watch 3*, del giugno del 2019³⁸⁹, che verrà esplicito successivamente.

3. Il caso *Tampa*: l’origine delle modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS

L’incidente della nave norvegese *Tampa*, avvenuto nell’agosto del 2001 ha evidenziato, ancora una volta, i pericoli dell’immigrazione via mare.

Il comandante della nave, in questa data, aveva compiuto il salvataggio dall’annegamento in acque internazionali di circa 430 richiedenti asilo³⁹⁰ tra l’Isola di Natale australiana e l’Indonesia. Inizialmente, il comandante aveva intenzione di far sbarcare i naufraghi presso quest’ultima, dato che si trovava, tecnicamente, nella zona SAR indonesiana e che non aveva ricevuto alcuna indicazione dalla Guardia costiera australiana su dove condurre i soggetti soccorsi; tuttavia, a seguito di varie minacce da parte dei migranti, che insistevano a essere sbarcati sull’Isola di Natale, si avvicinò alle acque territoriali australiane.

Secondo il governo australiano la questione relativa all’accoglienza dei profughi non spettava all’Australia, ma doveva essere risolta tra la Norvegia (Stato di bandiera della nave che aveva effettuato il salvataggio) e l’Indonesia (Stato di partenza dei naufraghi). Nel momento in cui il capitano si preparava ad entrare nella suddetta zona, l’*Australian Special Air Services* ha intercettato la nave ed è salita a bordo, assumendo il controllo della nave e fornendo l’assistenza medica richiesta, affinché potessero essere eliminate le cause della permanenza sul *Tampa* presso le acque territoriali australiane e in modo tale da poter ripartire.

È importante ribadire come le vicende relative al “*rescue*” comprendano tanto il problema del completamento delle operazioni di soccorso, quanto lo sbarco dei sopravvissuti in un porto sicuro, spesso identificato nel “*first port of call*”, affinché venga rispettato il principio di non-respingimento.

³⁸⁹ V. par. 5.

³⁹⁰ Di nazionalità afghana, pakistana, irachena, indonesiana e cingalese.

Si è trattato di un accadimento che ha sollevato una complessa vicenda politico-internazionale.

Il governo australiano ha dichiarato che le strutture portuali sull'Isola di Natale non potessero accogliere un'imbarcazione delle dimensioni del *Tampa*. Di conseguenza, l'UNHCR aveva richiesto agli Stati coinvolti di condividere gli oneri; mentre la reazione del governo norvegese si è dimostrata positiva in questo senso, non si può dire lo stesso di quello australiano, il quale ha contattato Nauru, Nuova Zelanda e Papua Nuova Guinea, le quali hanno accettato di accogliere un certo numero di migranti ciascuno.

Il fatto che ci siano volute settimane per tutte le nazioni coinvolte nella vicenda a trovare un accordo dimostra pienamente l'inefficienza del quadro normativo internazionale vigente in quel momento.

Infatti, in passato gli sbarchi sono avvenuti sulla base dell'impegno dello Stato costiero al fine di garantire il reinsediamento in altri Stati, attraverso una moltitudine di schemi variamente denominati³⁹¹.

Si trattava di schemi basati sulla possibilità dello Stato costiero di permettere lo sbarco e di fornire un rifugio temporaneo ai richiedenti asilo. Nonostante la loro esigua utilità, queste strategie sono state ritenute dall'UNHCR inadeguate a gestire i flussi migratori che si sono verificati in seguito. Questo perché la composizione dei gruppi di richiedenti asilo è variamente complessa e richiede accurate procedure di identificazione.

All'interno della Risoluzione A.920 (22) del novembre 2001³⁹², l'Assemblea generale dell'IMO ha chiesto al *Maritime Safety Committee* (MSC), al *Legal Committee* (LEG) e al *FAL Committee* di revisionare l'assetto normativo esistente e di eliminare, eventualmente, ogni contrasto, ambiguità o lacuna inerente al salvataggio di persone in alto mare, sotto la supervisione del Segretario Generale dell'IMO³⁹³. Questi ha ribadito che il semplice aggiornamento delle disposizioni esistenti non sarebbe stato sufficiente, in quanto il problema dei migranti in mare non è da considerarsi esclusivamente un problema marittimo. Infatti, nel caso di situazioni che coinvolgono richiedenti asilo, devono essere rispettati i principi fondamentali del diritto dei rifugiati e dei diritti umani.

³⁹¹ Tra i quali i DISERO (*Disembarkation Resettlement Offers*) e i RASRO (*Rescue-at-Sea Resettlement Offers Scheme*).

³⁹² All'interno di questa risoluzione viene ribadito "the duty to render assistance".

³⁹³ "To review on a priority basis the international conventions [...] for the purpose of identifying any existing gaps, inconsistencies, ambiguities vagueness or other inadequacies and [...] to take action as appropriate, so that [...] ships which have retrieved persons in distress at sea are able to deliver the survivors to a place of safety".

È stato istituito, di conseguenza, un gruppo interagenziale nel luglio del 2002 al fine di affrontare il problema dei migranti in mare³⁹⁴. In base alle competenze di ciascun componente di questo gruppo, si è cercato di estendere tanto i doveri di *search and rescue*, quanto di dare una nozione di *place of safety*. In aggiunta a ciò, gli ambiti di operatività di questi gruppi vengono considerati multidisciplinari e globali, dato che si occupano di molteplici tematiche, che vanno dal crimine organizzato transnazionale al traffico di esseri umani.

Gli emendamenti in questione cercano, dunque, di evitare che ai richiedenti asilo venga negato lo sbarco sulla terraferma e che i comandanti delle navi vengano ritenuti responsabili delle leggi sull'immigrazione.

Si pone, di conseguenza, il problema se l'identificazione degli individui tratti in salvo ricada sullo Stato costiero ovvero allo Stato di bandiera della nave soccorritrice.

Per quanto riguarda quest'ultimo, si può notare come il principio della "*flag State responsibility*" non sia stato ancora cristallizzato in una norma di diritto internazionale consuetudinario³⁹⁵.

Invece, la responsabilità dello Stato costiero si interseca con la presenza del rifugiato sul suo territorio³⁹⁶.

Questa soluzione di cooperazione è stata accolta di buon grado dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, tanto che negli anni successivi sono stati istituiti ulteriori gruppi di cooperazione.

In seguito al caso *Tampa*, sono stati definiti inoltre i doveri del comandante della nave, attraverso gli emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS operate dalle Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare del 20 maggio 2004³⁹⁷.

Il capitano deve, dunque, operare il salvataggio dei naufraghi quando ritenga che ciò non metta in pericolo tanto la sicurezza della propria nave, quanto quella delle persone a bordo della stessa.

Le due Convenzioni di cui sopra, dopo gli emendamenti, hanno introdotto disposizioni identiche, specificando come anche gli Stati delle parti coinvolte nell'operazione di

³⁹⁴ Ne facevano parte l'IMO, l'UNHCR, la Divisione per gli affari marittimi e il diritto del mare delle Nazioni Unite (UNDOALOS), l'Organizzazione internazionale per la migrazione, l'UNDOC e l'Ufficio delle Nazioni Unite dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani (OHCHR).

³⁹⁵ Cfr. G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Cambridge, 3^a ed., 2007, p. 280.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Maritime Safety Committee*, risoluzioni MSC. 155 (78) e MSC. 153 (78), 20 maggio 2004.

soccorso debbano assicurare che le navi soccorritrici portino a termine l'operazione e garantire che i sopravvissuti vengano fatti sbarcare o consegnati in un luogo sicuro.

Questo si ricava non solo dalla Convenzione SOLAS, la quale prevede un dovere individuale di soccorso, ma anche dalla Convenzione SAR, che fornisce la nozione di *rescue*³⁹⁸ al fine di utilizzarla per interpretare la Convenzione per la salvaguardia della sicurezza in mare.

L'altra faccia della medaglia dell'interpretazione dell'obbligo del comandante di condurre i naufraghi presso un *place of safety* sarebbe il corollario al diritto di quest'ultimo ad entrare nel porto dello Stato designato anche *contro* la sua volontà per adempiere a questo dovere.

Questo al fine di evitare la situazione (paradossale) per la quale il capitano, obbligato ad effettuare il salvataggio, si trovi nella condizione di vedersi negare dagli Stati, individuati come *place of safety*, l'ingresso nei propri porti, impedendo di fatto lo sbarco sulla terraferma. Ciò si rivela essere un corollario dell'obbligo di soccorso, poiché funzionale alla sua realizzazione.

Tuttavia, bisogna tener conto del fatto che la Convenzione SOLAS (alla regola 33, paragrafo 1.1 del Capitolo V) obblighi gli Stati parte ad individuare il porto sicuro dove si concluderanno le operazioni di soccorso, senza però prevedere cosa possa fare il comandante nel caso in cui il *place of safety* non venga assegnato. Sempre attraverso le Linee guida, è stato introdotto un identico emendamento all'interno della Convenzione SAR, mediante l'introduzione dell'articolo 3.1.9 nell'allegato.

Si tratta di due disposizioni che regolano, in maniera specifica, l'ipotesi in cui un'imbarcazione privata abbia effettuato un salvataggio e debba individuare un porto di sbarco.

Queste due norme obbligano, dunque, gli Stati a cooperare e coordinarsi affinché le imbarcazioni che hanno compiuto il salvataggio lo possano portare a termine, in modo tale da riprendere subito dopo la rotta, verificandosi in questo senso una deviazione minima dal loro programma di viaggio.

Viene disposto, inoltre, che lo Stato della zona SAR in cui si è verificato il soccorso abbia la responsabilità primaria di assicurarsi che i sopravvissuti vengano consegnati, dalla nave che ha operato il salvataggio, in un *place of safety*. Queste norme concludono prevedendo

³⁹⁸ “[a]n operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety” (art. 1.3.2. dell'allegato alla Convenzione SAR).

l'obbligo per le parti coinvolte di organizzare lo sbarco non appena ragionevolmente realizzabile.

Da questo punto di vista, si può affermare come quest'ultimo principio sia stato introdotto al fine di rimarcare la responsabilità primaria degli Stati, responsabili della zona SAR in cui è avvenuto il soccorso, di coordinare il soccorso (regola 33, par. 1.1 del Capitolo V della Convenzione SOLAS); nella vicenda del *Tampa*, questo corrisponde al comportamento dell'Indonesia, la quale si era sottratta a tale obbligo.

Da qui, si può notare come questa responsabilità di cooperazione e coordinamento sia stata introdotta per far fronte a situazioni patologiche, come, nel caso di specie, l'assunzione del coordinamento da parte dell'Indonesia, la quale aveva messo a disposizione il porto di Maersk. Però, il comandante del mercantile si è rifiutato di dirigersi (a causa anche delle minacce dei sopravvissuti), chiedendo invece l'autorizzazione ad entrare in Australia, ricevendo, tuttavia, un diniego dalle sue autorità. In questo modo, la Convenzione SOLAS, affinché non si verificino più situazioni del genere, obbliga tutte le parti coinvolte a trovare un accordo sul *place of safety*, sulla base di una logica di corresponsabilità e solidarietà.

È rilevante come la Convenzione stabilisca che questa scelta ricada sugli Stati e non sul comandante; tuttavia, tenendo a mente le modalità di designazione del *place of safety* precedentemente delineate³⁹⁹, il capitano si rileva *centrale* in queste situazioni. Di conseguenza, sarebbe auspicabile una maggiore considerazione di questo soggetto all'interno di questa tematica.

4. Il caso *Cap Anamur* e il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina

La fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, regolata dal decreto legislativo n. 286 del 1998⁴⁰⁰ (come modificata dalla legge n. 189 del 2002, la c.d. Bossi-Fini) prevede che il reato in questione si realizzi ogniqualvolta chiunque compia "atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente"⁴⁰¹. Le aggravanti del reato in questione riguardano il trarne profitto, anche indiretto, come anche la commissione da parte di tre o più persone in concorso tra loro oppure mediante l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto, di

³⁹⁹ Cfr. Capitolo II, p. 2.

⁴⁰⁰ C.d. T.U. sull'immigrazione.

⁴⁰¹ Articolo 12 del d.lgs. n. 286/1998 e articolo 11 della legge n. 189/2002.

documenti contraffatti o comunque illegalmente ottenuti⁴⁰². Inoltre, viene previsto un aumento di pena nei casi in cui “il fatto riguarda l’ingresso o la permanenza illegale dello Stato di cinque o più persone”⁴⁰³.

In relazione al caso *Cap Anamur* rileva il secondo comma della norma incriminatrice, all’interno del quale si prevede che “fermo restando quanto previsto dall’articolo 54 del codice penale, 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”.

La configurazione più tipica del reato di immigrazione clandestina si riferisce alla conduzione illegale, effettuata a scopo di lucro da parte di scafisti, di barconi carichi di migranti clandestini, fino al margine delle acque territoriali italiane. Spesso questi soggetti, dopo aver abbandonato l’imbarcazione condotta in precedenza per darsi alla fuga, vengono intercettati dalle unità navali dell’autorità marittima o dalle forze di polizia e condotti a terra, dove, frequentemente, vengono riconosciuti come componenti dell’equipaggio da parte dei migranti⁴⁰⁴. In occasioni del genere, è stato sottolineato che, in generale, le attività criminose finalizzate al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina vengono realizzate mediante il coinvolgimento di una c.d. nave madre⁴⁰⁵, proveniente dall’alto mare e alla quale vengono affiancate in seguito piccole imbarcazioni mediante le quali verrà realizzato lo sbarco finale vero e proprio sulle coste italiane.

Il caso *Cap Anamur* si riferisce al soccorso⁴⁰⁶, prestato in acque internazionali, il 20 giugno 2004 da parte dell’omonima nave, battente bandiera tedesca⁴⁰⁷ e alla stessa organizzazione umanitaria della medesima nazionalità, nei confronti di trentasette migranti provenienti dall’Africa sub-sahariana⁴⁰⁸ mentre si trovavano a bordo di un gommone in avaria diretto verso le coste italiane. A seguito dell’avvistamento di tale

⁴⁰² Articolo 11, commi 3 e 3 bis della legge n. 189/2002.

⁴⁰³ Articolo 12, comma 3, lettera a).

⁴⁰⁴ Cfr., tra i vari eventi, la tragedia di Cutro (26 febbraio 2023). V. Capitolo IV, par. 4.

⁴⁰⁵ V. Naufragio del 24 aprile 2023, *Migranti, raffica di arrivi a Lampedusa: la Guardia costiera salva i naufraghi finiti in acqua*, Il Messaggero, 25 aprile 2023.

⁴⁰⁶ Sulla base dei dati del Voyage Data Recorder (VDR) e del diario di bordo, il soccorso in questione era stato prestato in un tratto di mare situato in acque internazionali che distava a 46 miglia dalle coste libiche, 90 dall’isola di Lampedusa e 160 da Malta.

⁴⁰⁷ Dagli atti giudiziari emerge come la nave era stata registrata presso il registro navale di Lubecca sotto la categoria “grandi navi”. Inizialmente qualificata come *cargo ship*, è stata poi riadattata a scopi umanitari attraverso l’installazione a bordo di strutture ospedaliere e servizi sanitari.

⁴⁰⁸ Durante il procedimento è emerso che il comandante della nave aveva appurato che le persone tratte in salvo risultavano sprovviste di documenti di identità. Inoltre, la maggior parte di esse avevano dichiarato di provenire dal Sudan, dove in quel periodo era in atto un genocidio. I restanti naufraghi affermavano di provenire dalla Sierra Leone e dalla Nigeria.

imbarcazione in difficoltà⁴⁰⁹ in acque internazionali, il comandante aveva ordinato l'accosto e il trasbordo sulla nave dei soggetti soccorsi.

Successivamente, la *Cap Anamur* aveva proceduto ad informare del salvataggio il presidente del comitato, col quale il comandante della nave si era consultato al fine di individuare la località più adatta allo sbarco dei naufraghi, ovvero il *place of safety* dove vi fosse la garanzia del rispetto dei diritti dell'uomo, dell'assistenza medica e delle condizioni legali per il trattamento dei migranti⁴¹⁰.

In seguito all'avvio dell'*iter* burocratico necessario per l'ottenimento dell'autorizzazione all'ormeggio e al conseguente sbarco, alla nave (che nel frattempo si era avvicinata alle coste italiane) era stato comunicato il diniego all'attracco. Il raccomandatario marittimo venuto a conoscenza del fatto che le autorità marittime italiane non avrebbero concesso l'autorizzazione all'ormeggio aveva sollecitato il comandante della nave a fornire maggiori informazioni sul soccorso. Tuttavia, nonostante ulteriori contatti e scambi di informazioni, non era pervenuta alcuna notizia favorevole allo sbarco. Tra i vari motivi emergono delle incongruenze che avevano indotto il personale incaricato di esaminare la richiesta di approdo a dubitare della veridicità delle circostanze riferite dal comandante, soprattutto quelle relative alla data effettiva del soccorso e al diniego, da parte delle autorità maltesi, circa la sussistenza di notizie sulla presenza a bordo dei migranti o la ricezione di richieste d'aiuto.

Di conseguenza, la *Cap Anamur* rimase in sosta per ventuno giorni a circa diciassette miglia da Porto Empedocle, al limite delle acque territoriali italiane, in attesa di ricevere la suddetta autorizzazione.

Durante i numerosi contatti a livello politico-diplomatico tra le autorità competenti italiane, tedesche e maltesi, la nave (sottoposta a un attento monitoraggio da parte delle motovedette italiane) ricevette a bordo diverse visite e divenne oggetto di interesse mediatico da parte dell'opinione pubblica nazionale e internazionale.

Tuttavia, nell'attesa di un epilogo ragionevole della vicenda, la situazione a bordo divenne problematica: infatti, come emerge dagli atti, si temevano numerose insubordinazioni anche in considerazione del fatto che l'equipaggio della nave era numericamente inferiore al numero di migranti. Inoltre, il comandante della nave aveva

⁴⁰⁹ Negli atti veniva evidenziato che il gommone "si trovava in una situazione di obiettiva difficoltà e che, pertanto, le numerose persone a bordo correvano un grave ed evidente pericolo."

⁴¹⁰ In questa fase di valutazione, vennero scartate alcune località (come Lampedusa e Porto Pozzallo) per motivi tecnici legati alla carenza di strutture adeguate all'ormeggio di una nave di grandi dimensioni, come la *Cap Anamur*. Alla fine, venne ritenuto più idoneo Porto Empedocle.

comunicato alle autorità italiane della scarsa disponibilità di acqua potabile a bordo e dalla manifestazione di gravi problemi psicologici da parte dei migranti.

La crescente difficoltà da parte dell'equipaggio nella gestione dei profughi, oltre che di una situazione di emergenza sanitaria e di una carenza di risorse, indusse – finalmente – le autorità italiane a concedere alla nave l'autorizzazione ad attraccare nel porto di Porto Empedocle, dove il comandante, il primo ufficiale e il responsabile dell'organizzazione umanitaria vennero sottoposti a procedimento penale in cui vennero accusati del reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina. Venne dunque contestato agli imputati in concorso il reato di cui agli articoli 110 c.p. e 12, commi 1, 2, e 3 *bis* del d. lgs. n. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/2002. In particolare, venne sottolineato che i tre imputati avevano agito al fine di procurarsi un profitto, sia diretto che indiretto (inteso anche come pubblicità e risonanza internazionale) e che, prospettando falsamente alle autorità competenti una situazione di emergenza a bordo, avevano compiuto atti volti a favorire l'ingresso clandestino di migranti nel territorio nazionale. Inoltre, venne aggiunta l'aggravante di aver agito in più di tre persone riunite e di aver introdotto clandestinamente più di cinque cittadini extracomunitari nel territorio nazionale.

Ancora, la nave venne sottoposta a sequestro, mentre i migranti furono trasferiti in un centro di permanenza temporanea (CPT) e, in seguito, rimpatriati.

Il procedimento penale si concluse con la sentenza del 7 ottobre 2009 resa dal Tribunale di Agrigento⁴¹¹, con la quale è stata pronunciata l'assoluzione dei tre imputati “perché il fatto non costituisce reato ai sensi dell'art. 530 c.p.p.” e “per non aver commesso il fatto ai sensi dell'art. 530 c.p.p.” Nella motivazione viene puntualizzato che “il Tribunale ritiene di dover pervenire alla dichiarazione di assoluzione degli imputati essendo emerso che la condotta materiale [...]” è stata commessa in presenza della causa di giustificazione ex art. 51 c.p., nella specie di adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale.

Il caso in questione ripropone l'annoso problema del soccorso e del trattamento da riservare a tutti quei soggetti che versino in una condizione di clandestinità e di pericolo di perdersi in mare.

Il punto dolente verte nell'affermazione della competenza del soggetto (in questo caso lo Stato) chiamato ad occuparsi del destino dei migranti soccorsi, considerando soprattutto i riflessi ipotizzabili in questo tipo di vicende, che ormai non costituiscono più un caso

⁴¹¹ V. Tribunale di Agrigento, I Sez. penale, 7 ottobre 2009, n. 954

isolato⁴¹². L’auspicio, in questo senso, è di evitare “abdicazioni più o meno striscianti dall’esercizio dei poteri in materia di soccorso in mare”⁴¹³, soprattutto in relazione alle zone di competenza previste all’interno della Convenzione SAR del 1979⁴¹⁴, mediante un coordinamento più efficiente e ripartizione di oneri e risorse tra gli Stati interessati dal fenomeno.

Relativamente ai profili penalistici di questa vicenda, appare opportuno soffermarsi sulla causa di giustificazione indicata dal collegio giudicante come elemento fondante della sentenza di assoluzione, indicata nell’articolo 51 c.p. (e, come sottolineato nella motivazione, nell’“adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale”). Secondo il Tribunale, l’operatività di questa scriminante muove dal riconoscimento del dato oggettivo del soccorso compiuto ed è fondata, dal punto di vista normativo, da una lettura costituzionalmente orientata della locuzione “dovere imposto da una norma giuridica”⁴¹⁵.

In questo specifico caso, non sussistono dubbi relativamente all’obbligatorietà della disposizione, dato che si tratta di precetti codificati non solo nella normativa nazionale, ma anche in quella internazionale (alla quale il nostro ordinamento è tenuto a conformarsi in base all’articolo 117 della Costituzione).

Per quanto riguarda i profili di diritto della navigazione, sono da approfondire le questioni relative all’obbligo di prestare soccorso e all’individuazione di un porto sicuro in cui condurre i soggetti salvati, che ormai costituiscono delle facce familiari all’interno di questa ricerca.

Relativamente al primo obbligo, una premessa è doverosa: il presupposto essenziale per l’applicazione di questa disciplina è la ricorrenza dell’elemento del “pericolo” (c.d. *distress*). È proprio questa situazione in cui versa la nave che, sulla base della valutazione di un certo grado di pericolosità e di attualità, si pone come scriminante rispetto ad altre fattispecie. In base a questo aspetto, la normativa precisa che il soggetto che riceve il

⁴¹² V. la recente dichiarazione dello *status* di emergenza.

⁴¹³ Cfr. COMENALE PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita in mare*, *Rivista di diritto della navigazione* 2011, p. 614.

⁴¹⁴ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 4.

⁴¹⁵ V. in questo senso F. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2008, p. 270. Secondo autorevole dottrina, la *ratio* della norma va ravvisata nell’esigenza di rispettare il principio di non contraddizione all’interno dell’ordinamento. Inoltre, nel caso in cui tale obbligo derivi da legge o da atto normativo equiparato, la locuzione “dovere imposto da una norma giuridica” (ex art. 51, comma 1 c.p.) deve essere intesa nel senso lato, ovvero comprensiva di un qualsiasi precetto giuridico, al di là del fatto che venga emanato dal potere legislativo o esecutivo. In aggiunta a ciò, in conformità con l’articolo 10 Costituzione, il dovere di scriminante può trovare la sua fonte anche in un ordinamento straniero, purché il diritto internazionale esiga che tale dovere sia riconosciuto come valido anche dallo Stato italiano.

soccorso incorra in “*danger of being lost at the sea*”⁴¹⁶. Allo stesso modo, il grado di pericolosità deve corrispondere all’attualità del pericolo, che deve sussistere al momento in cui viene richiesto il soccorso.

Invece, per quanto riguarda l’obbligo di prestare soccorso, all’interno del panorama giuridico pluriordinamentale viene in rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. UNCLOS)⁴¹⁷, firmata a Montego Bay nel 1982, il cui articolo 98 impone ai comandanti delle navi l’obbligo di prestare assistenza a *chiunque* si trovi in pericolo in mare e, allo stesso tempo, prescrive agli Stati costieri la promozione di un sistema di *search and rescue* adeguato ed efficiente, anche attraverso la collaborazione di altri Stati mediante la stipulazione di accordi regionali.

Quindi, da questa disposizione si deduce che il titolare di questo obbligo non è solamente il comandante, ma anche lo Stato parte della Convenzione.

A supportare questa tesi interviene, inoltre, il combinato disposto delle disposizioni contenute in altre norme internazionali rilevanti in materia, come la Convenzione di Londra del 1989 sul soccorso in mare, gli emendamenti della Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. SOLAS)⁴¹⁸ e la Convenzione SAR, le quali disciplinano (seppur da diverse angolazioni) la fattispecie del soccorso.

Da un punto di vista privatistico, la Convenzione *Salvage* tratta negli articoli 10 e 16 del soccorso di persone.

Il primo articolo, il quale prevede una forma di soccorso obbligatorio *ex lege*, fa riferimento al dovere di prestare soccorso alle persone in pericolo di perdersi in mare, a condizione che il salvataggio non metta in serio pericolo la nave soccorritrice e le persone a bordo. Il secondo comma, nel lasciare liberi gli Stati contraenti nell’adozione di ulteriori misure più appropriate in materia, prevede la possibilità che le singole normative nazionali dispongano norme più stringenti relativamente all’obbligo in esame.

L’articolo 16, invece, si occupa dei principi che appaiono solo parzialmente applicabili nel caso di soccorso di naufraghi extracomunitari a bordo di imbarcazioni in procinto di affondare. Il secondo comma, prevede un diritto di remunerazione in ambito di salvataggio, ma nel caso in cui questo sia avvenuto in un più ampio contesto di operazioni di soccorso; da questo punto di vista, questo comma sembra difficilmente applicabile al caso di migranti soccorsi a bordo di imbarcazioni malandate.

⁴¹⁶ V. Convenzione di Londra del 1989 (*Salvage*) dove l’articolo 10 utilizza questa espressione.

⁴¹⁷ Cfr. Capitolo I, Sezione I, par. 5.

⁴¹⁸ Cfr. Capitolo I, Sezione I, par. 3.

Per quanto riguarda la titolarità dell'obbligo di soccorso, sempre sulla base della Convenzione di Londra del 1989, viene osservato come, secondo il tenore letterale di questo testo, tale dovere ricada sulle spalle del comandante⁴¹⁹.

Dal punto di vista organizzativo, rileva la Convenzione SAR del 1979. In base a questa, per quanto riguarda l'Italia, la titolarità e la responsabilità delle operazioni di soccorso e ricerca in mare vengono attribuite al Comando Generale del Corpo della capitaneria di porto, attraverso il d.P.R. n. 662/1994.

La Convenzione SOLAS al Capitolo V (intitolato "*safety of navigation*") Regola 33, nella versione precedente al 2004, imponeva al comandante, che si trovasse nella posizione di dover prestare soccorso a dei soggetti in mare, di provvedere alle operazioni di salvataggio e di informare il servizio SAR competente. Nel caso, invece, dell'impossibilità di prestare soccorso, sul comandante gravava comunque l'obbligo di indicare le motivazioni specifiche di tale impedimento.

Con gli emendamenti del 2004⁴²⁰, i quali – tuttavia – non erano in vigore ai tempi del caso *Cap Anamur*, sono state introdotte regole più specifiche al fine di garantire, da una parte, l'*effettività* dei servizi SAR e, dall'altra, la riduzione degli inconvenienti per la nave che presta assistenza. Inoltre, viene, finalmente, fornita una definizione di *place of safety*⁴²¹.

Dall'esame di queste normative, risulta evidente come la Convenzione SAR, come emendata dalle Linee guida del 2004, imponga obblighi più rilevanti nel campo delle *humanitarian obligation*. Infatti, attraverso queste modifiche, è stato integrato il quadro delle obbligazioni generali imposte tanto al comandante della nave, quanto agli Stati parte.

Invece, per quanto riguarda il profilo normativo nazionale, gli articoli 69 e 70 del codice della navigazione si occupano del soccorso per ordine dell'autorità, mentre gli articoli 489 e 490 dello stesso codice riguardano il soccorso obbligatorio vero e proprio.

La prima disposizione indica come l'assistenza a una nave che si trovi in mare o in acque interne e che sia in pericolo di perdersi sia obbligatoria quando sia possibile "senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri [...]". L'articolo 490, in maniera simmetrica, prevede che "quando la nave [...] in pericolo [è] del tutto

⁴¹⁹ Giova ricordare che il comandante della nave risulta una delle figure più complesse per i suoi aspetti tecnici, privatistici e amministrativi, oltre che per la varietà e la vastità dei settori che investe.

⁴²⁰ Cfr. Capitolo I, sezione I, par. 6.

⁴²¹ Cfr. Capitolo II, par. 1.

incapac[e] [...] di manovrare [...], il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicati dall'articolo precedente, a tentarne il salvataggio ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo. È del pari obbligatorio [...] il tentativo di salvare persone che siano in mare o acque interne in pericolo di perdersi". Come conferma dell'obbligatorietà di questo dovere, l'articolo 1158 del codice della navigazione dispone che l'omissione di soccorso da parte del comandante, quando questo risulti obbligatorio, viene sanzionato penalmente con la reclusione dai due fino a otto anni (sei mesi se si tratta di reato colposo).

Inoltre, rileva l'articolo 12, comma 2 del d.lgs. n. 286/1998 (come modificato dalla legge n.189/2002), il quale statuisce che: "fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del cod. pen., 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".

Di conseguenza, la ragione umanitaria rappresenta un valido supporto all'ipotesi secondo cui il soccorso (sia umanitario che non) rappresenta un *obbligo* imposto dall'ordinamento stesso.

Per quanto riguarda invece la seconda questione, ovvero quella relativa all'individuazione di un place of safety, è necessario rimandare alla Convenzione SOLAS (come emendata dalle Linee guida del 2004), nel punto in cui viene data una definizione del *place of safety* come luogo in cui non solo abbiano avuto termine le operazioni di soccorso, ma anche un punto in cui i bisogni umani essenziali (come nutrimento, assistenza medico-sanitaria e alloggio) vengono soddisfatti e dal quale possa essere programmato il viaggio dei sopravvissuti verso la destinazione finale.

All'interno dei motivi della decisione in esame, infatti, si fa un espresso riferimento alle disposizioni delle Linee guida IMO del 2004. Seppur queste siano entrate in vigore due anni più tardi, la Corte le ha ritenute implicitamente applicabili alla fattispecie in oggetto attraverso un'interpretazione logico-sistematica della normativa internazionale.

Dopotutto, queste norme chiariscono - in via definitiva - come la nave soccorritrice sia un luogo di ricevimento temporaneo dei naufraghi e che spetti allo Stato costiero il compito di liberarla dal peso di gestire a bordo, in un luogo sì ristretto, le persone soccorse.

Quindi, la sentenza *Cap Anamur* afferma il principio fondamentale secondo cui l'intervento del soccorso non finisce accogliendo i naufraghi, bensì si realizza solo nel momento in cui questi siano stati trasportati e fatti sbarcare in un luogo sicuro, dove

l' idoneità e la titolarità della decisione relativamente alla designazione di questo posto spetta al solo comandante, confermando in questo senso una delle modalità di designazione del *place of safety* sostenute all'interno di questa ricerca⁴²².

Nella valutazione della condotta posta in essere dagli imputati, il collegio ha concluso che questa si è svolta nel rispetto dei protocolli previsti dalla normativa pertinente.

In aggiunta a ciò, è emerso chiaramente dalla pronuncia come la questione relativa alla titolarità del soggetto competente ad esaminare le richieste di asilo operi su un piano nettamente separato rispetto al dovere giuridico che spetta al solo comandante, relativo all'individuazione di un porto sicuro.

Dopo aver stabilito che lo sbarco nel luogo in questione si ponga come momento conclusivo delle operazioni di soccorso, spetta di conseguenza allo Stato costiero, destinatario dell'obbligazione residuale, prendersi carico delle persone soccorse.

La normativa nazionale italiana in materia di respingimento indica poi come le attività connesse a questo “non si applicano nei casi [...] che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari” (articolo 10, comma 4 del d.lgs. n. 286/1998) e che “in nessun caso può disporsi il respingimento [...] verso uno Stato in cui [...] possa essere oggetto di persecuzione [...] ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”.

5. Il caso *Rackete*: quando un dovere diventa una caccia alle streghe

Appare essere sempre più evidente come il Mediterraneo, nell'ambito del soccorso di migranti in mare, sia diventato il terreno di una battaglia - non più - silenziosa tra gli Stati costieri, i quali hanno predisposto una serie di strumenti di contenimento e di repressione del fenomeno migratorio, e le ONG, che hanno assunto su di sé la responsabilità dei salvataggi di migranti che salpano alla volta dell'Europa.

In questo contesto, si inserisce la vicenda di Carola Rackete, comandante della *Sea Watch 3*, avvenuta nel 2019.

Oltre i profili penalistici-processuali⁴²³, che valorizzano la tutela dei diritti fondamentali come limite alla repressione penale, interessa sicuramente la prospettiva dei rapporti tra diritto penale e i diritti di cui sopra. Da questo punto di vista, sembra opportuno guardare

⁴²² Cfr. Capitolo II, par. 2, parte finale. V. inoltre VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2010, p. 95.

⁴²³ Cfr. F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 189 e ss.

tanto alla libertà fondamentale del soccorritore, quanto all'insieme dei diritti fondamentali dei soggetti soccorsi, soprattutto relativamente al sindacato sulla legittimità della condotta del soccorritore.

Per quanto riguarda i fatti, il 12 giugno 2019, la *Sea Watch 3* (battente bandiera olandese) trae in salvo una cinquantina di migranti, intercettati nella porzione di acque adiacenti al mare territoriale libico. Nonostante la Guardia costiera libica avesse assunto formalmente il coordinamento del soccorso, la nave era giunta per prima sul luogo e aveva avviato le operazioni di soccorso dei naufraghi.

Questi, infatti, si trovavano all'interno di un gommone in condizioni precarie, sprovvisto di carburante sufficiente per raggiungere la terraferma. Inoltre, le persone a bordo risultavano sfornite di un giubbotto di salvataggio.

Una volta concluse le operazioni di recupero, la comandante Rackete aveva fatto richiesta di assegnazione di un *place of safety*. È stato indicato dai centri di coordinamento competenti il porto di Tripoli, ma, ritenendo che la Libia non soddisfacesse tali condizioni, era stata fatta richiesta di designazione di una destinazione alternativa.

Il 15 giugno, il Ministro dell'interno italiano disponeva nei confronti della nave il primo divieto di ingresso, in attuazione del decreto sicurezza bis⁴²⁴, appena entrato in vigore.

Successivamente, mentre la nave stazionava di fronte alle acque territoriali italiane, le autorità procedevano all'evacuazione delle persone a bordo necessitanti di cure mediche indifferibili. Secondo alcuni⁴²⁵, si può affermare che uno Stato possa mantenere il divieto di ingresso al porto, purché questi garantisca comunque un'adeguata assistenza medica a chi ne abbia la necessità; tuttavia, questa teoria non sembra plausibile nell'ottica dei diritti umani.

Nel frattempo, non era ancora stata fornita una risposta da parte delle autorità competenti circa l'autorizzazione allo sbarco.

Di conseguenza, durante la notte del 29 giugno, la comandante aveva avviato i motori e si dirigeva verso la banchina commerciale del porto di Lampedusa, dove ha attraccato. Nella manovra, veniva urtata una motovedetta della Guardia di finanza, interposta al fine di impedire l'attracco.

⁴²⁴ D. l. n. 53 del 2019, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", convertito con modifiche dalla l. n. 77 dello stesso anno.

⁴²⁵ V. P. ROSSI, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, pp. 48- 70.

Sulla base di queste azioni, *Rackete* viene arrestata per i reati di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza e violenza a nave da guerra (art. 1100 cod. nav.). Tuttavia, il GIP di Agrigento non ha convalidato l'arresto e ha rigettato la richiesta di applicazione della misura cautelare (divieto di dimora nella provincia)⁴²⁶.

Successivamente, la Corte di cassazione ha respinto il ricorso presentato dal Pubblico ministero avverso l'ordinanza del GIP⁴²⁷.

Relativamente all'articolo 1100 del codice della navigazione, la Cassazione ha negato che la motovedetta urtata possa considerarsi "nave da guerra". In particolare, i giudici si sono soffermati sull'articolo 239 del Codice dell'ordinamento militare⁴²⁸, il quale ha recepito l'articolo 29 della Convenzione UNCLOS, i quali affermano che "le navi della Guardia di finanza sono certamente navi militari, ma non possono essere automaticamente ritenute anche navi da guerra"⁴²⁹.

La Corte di Cassazione ha dunque ritenuto che la comandante *Rackete* non dovesse essere tratta in arresto. Infatti, seppur la condotta appaia astrattamente riconducibile a una fattispecie di reato suscettibile di arresto in flagranza, era stata compiuta "nell'adempimento di un dovere". Il GIP di Agrigento, infatti, non aveva convalidato l'arresto in quanto riteneva che la polizia giudiziaria avesse trasgredito questo divieto.

Secondo la Procura di Agrigento, il fatto che il gommone, con a bordo i migranti, non apparisse in immediato pericolo di affondamento, non escluderebbe il fatto che questi si trovasse in un'evidente situazione di pericolo⁴³⁰. Si tratta, sempre secondo questa, di una condizione che non poteva considerarsi integrata nel caso di specie: la complessità del quadro normativo (nazionale e internazionale) relativo all'attività di *search and rescue*, avrebbe dovuto precludere al GIP di predicare la percepibilità *ictu oculi* della scriminante. Quindi, la mancata convalida dell'arresto da parte del GIP avrebbe oltrepassato i limiti del sindacato sui presupposti della misura cautelare.

La Corte di Cassazione, invece, arriva a una conclusione di segno opposto, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata di arresto in flagranza sulla base dell'articolo 13 Costituzione⁴³¹.

⁴²⁶ Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, *Rackete*, ordinanza del 2 luglio 2019 (convalida dell'arresto e applicazione della misura cautelare).

⁴²⁷ Corte di Cassazione (sezione III penale), *Rackete*, sentenza del 16 gennaio 2020, ricorso n. 6626/2020.

⁴²⁸ D. lgs. n. 66 del 2010.

⁴²⁹ Il comma secondo dell'articolo 239 stabilisce come "per 'nave da guerra' si intenda una nave che appartiene alle Forze armate di uno Stato, che porta i segni distintivi esteriori delle navi militari della sua nazionalità ed è posta sotto il comando di un ufficiale di marina al servizio dello Stato [...]".

⁴³⁰ Procura della Repubblica di Agrigento, Richiesta di Archiviazione, 29 ottobre 2021, p. 5.

⁴³¹ Corte di Cassazione, III sezione penale, sentenza 16 gennaio 2020, ricorso n. 6626.

Di conseguenza, viene confermata la valutazione compiuta dal GIP relativamente al giudizio *ex ante* di verosimile sussistenza dell'adempimento del dovere, sottolineando come il diritto internazionale del mare definisca in maniera univoca l'estensione degli obblighi di soccorso e come questi si concludano solo con lo sbarco delle persone soccorse in un *place of safety*.

La questione centrale del presente caso è se, sulla base delle circostanze concrete, gravasse sulla comandante l'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro sulla terraferma (in questa vicenda, il porto di Lampedusa).

Dopotutto, la condotta contestata a Carola Rackete, che ha dato luogo all'arresto, riguarda il segmento finale della stessa, ovvero l'ingresso forzato nel porto. Quindi, affinché operi la scriminante, l'obbligo di soccorso deve ricomprendere lo sbarco dei soggetti soccorsi sulla terraferma.

La sentenza attribuisce così alle norme di diritto internazionale un ruolo *decisivo* nell'*iter* motivazionale e una rilevanza diretta nel regolare la condotta della comandante. Si tratta di un'impostazione simile a quella delineata dal Tribunale di Agrigento nel caso della *Cap Anamur*⁴³².

Viene operata dalla Corte di cassazione una ricostruzione dell'obbligo del comandante della nave di effettuare le operazioni di soccorso, secondo la quale tale dovere deriva da una norma di diritto internazionale direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'articolo 10, comma 1 Costituzione.

Viene individuata, quindi, l'idoneità astratta della norma internazionale a disporre direttamente obblighi in capo agli individui, senza la necessità della mediazione dell'ordinamento interno.

In questo senso, questa disposizione sembra soddisfare le condizioni per cui si può considerare che una norma internazionale disponga degli obblighi direttamente ai singoli. La prima condizione riguarda la necessità della previsione diretta di questi obblighi, nel caso in cui la loro imposizione in via indiretta da parte degli Stati non sia sufficiente a garantire l'effettività delle norme poste a tutela di "*important concerns of the international community*"⁴³³.

La seconda condizione prevede il rispetto di un principio di legalità *sui generis*, inteso nel senso di una prevedibilità di tali obblighi.

⁴³² Cfr. par. 3.

⁴³³ V. A. PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, 2016, pp. 76-77.

Bisogna riconoscere, da questo punto di vista, che l'obbligo in questione non risulta rivolto a ciascun membro della collettività, ma a una stretta cerchia di professionisti.

Viene evocata all'interno della sentenza in esame la diretta applicabilità dell'obbligo internazionale di soccorso, anziché la considerazione di un'interpretazione conforme della norma incriminatrice interna.

Questo perché si tratta di un'applicazione finalizzata all'esclusione della responsabilità penale dell'individuo; quindi, il riconoscimento dell'efficacia diretta consente un'interpretazione estensiva senza un corrispondente ampliamento della fattispecie incriminatrice.

Per quanto riguarda l'idoneità di questa norma internazionale a giustificare la condotta della comandante Rackete, è opportuno indagarne il contenuto. Dal punto di vista dell'interpretazione dei trattati, la Corte adotta un approccio che privilegia lo scopo umanitario che perseguono queste norme e cerca di ricostruire la coerenza tra le varie fonti pattizie di *soft law*. Da qui traspare l'applicazione del principio secondo cui le "*elementary considerations of humanity*" devono guidare l'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto del mare.

Quindi, la norma di diritto internazionale relativa all'obbligo di soccorso in mare presenta i caratteri di principio generale.

Inoltre, la decisione della Cassazione risulta in linea con quanto era stato precedentemente affermato nel caso *Cap Anamur*, accreditando le varie tesi secondo cui la condizione dei sopravvissuti in un *place of safety* comporta, di regola, lo sbarco sulla terraferma.

Già la Convenzione SAR, a seguito degli emendamenti del 2004, prevede che la conduzione dei sopravvissuti in un posto sicuro costituisce il momento finale delle operazioni di soccorso⁴³⁴, le quali devono svolgersi nel più breve tempo possibile.

Ciò che sembra più paradossale è che gli Stati non neghino l'esistenza di questo obbligo di individuazione, ma che affermino *costantemente* che tale *place of safety* debba trovarsi *altrove*.

La Corte, dunque, utilizza come parametro interpretativo le Linee guida del 2004, le quali danno la definizione di *place of safety*. Da questo punto di vista, ci si potrebbe chiedere se possa considerarsi conclusa l'operazione di soccorso attraverso il trasbordo di una nave. Seppur questa possibilità sia astrattamente possibile, né le Linee guida, né la Cassazione la considerano un'ipotesi plausibile. Quest'ultima costituiva la tesi principale

⁴³⁴ V. S. TREVISANUT, *Search and Rescue in the Mediterranean: Factors of Cooperation or Conflict?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010.

della Procura della Repubblica, secondo la quale, in assenza di un immediato pericolo per la vita delle persone a bordo, la nave soccorritrice possa, in questo senso, considerarsi in posto sicuro, non configurandosi – conseguentemente – la necessità dello sbarco. Tuttavia, questa ricostruzione stride con la nozione, più volte ricordata all'interno di questo elaborato, di *place of safety*.

La Convenzione SAR non prevede, in modo astratto e rigido, l'individuazione di un luogo sicuro, ma impone agli Stati coinvolti di cooperare, affinché questo venga individuato caso per caso, attribuendo una responsabilità primaria, non esclusiva, in capo allo Stato responsabile per la regione SAR interessata ai fini del coordinamento necessario. Questa cooperazione viene prevista affinché il peso della gestione dei flussi migratori non ricada sulle spalle di un unico Stato. Tuttavia, il mancato raggiungimento di un accordo non giustifica, in alcun modo, il rifiuto di consentire lo sbarco quando questo sia *concretamente* dovuto.

Non si intende affermare che l'obbligo di consentire lo sbarco sul proprio territorio prevalga sul diritto dello Stato stesso, ma solamente che la negazione a consentire l'approdo e l'adozione di provvedimenti o condotte tese ad impedirlo costituirebbero un illecito internazionale.

Inoltre, la doverosità della condotta della comandante dev'essere inquadrata alla luce degli eventi precedenti: infatti, dopo che gli Stati competenti si sono dimostrati restii ad indicare un *place of safety* alternativo, i giudici hanno ritenuto che gravasse sulla comandante stessa l'obbligo di condurre i sopravvissuti in un posto sicuro, compiendo, tutto sommato, una valutazione ragionevole.

Da un primo punto di vista, la decisione in esame fornisce un riconoscimento implicito della legittimità dell'attività sistematica di "*private enforcement*" dell'interesse collettivo, tramite il pattugliamento dei mari ai fini di ricerca e soccorso svolta dalle ONG. Viene rigettata dalla Corte la tesi volta ad escludere lo sbarco sulla terraferma di migranti sulla base delle attività effettuata dalle organizzazioni non governative.

In aggiunta a ciò, questa decisione riporta una corretta applicazione dei doveri dello Stato responsabile per la regione SAR, degli altri Stati e della comandante stessa, alla quale viene riconosciuta la competenza necessaria per la condurre in porto l'operazione di soccorso.

Sulla base delle disposizioni delle Linee guida SAR alla comandante spetterebbe tanto di assicurare che l'operazione di salvataggio giunga a termine, quanto di collaborare con le

autorità statali interessate, in particolar modo quelle della zona SAR in cui si è verificato l'evento.

Quando, secondo il comandante, le indicazioni di queste ultime si rivelano inidonee a realizzare tale salvataggio e le altre autorità statali interpellate vengano meno all'obbligo di agire in via sussidiaria, verrà imposta al capitano della nave la realizzazione della condotta di salvataggio.

Si tratta, dunque, di applicare il criterio di ragionevolezza, da apprezzare tanto alla luce delle circostanze del caso, quanto sulla base dei criteri individuati dalla prassi e dalle norme rilevanti.

Quindi, la decisione della Cassazione recepisce l'essenza della Convenzione SAR, ovvero di istituire un sistema "gradato" di responsabilità degli Stati nel coordinamento delle operazioni e, di conseguenza, nell'indicazione del *place of safety*.

L'epilogo della vicenda si ha nel dicembre 2021, mediante il decreto di archiviazione del procedimento penale del giudice per le indagini preliminari di Agrigento.

Per quanto riguarda il delitto di favoreggiamento aggravato, il GIP ha ritenuto che dovesse essere applicata la scriminante dell'adempimento di un dovere ex articolo 51 del codice penale.

Infatti, la Procura nella richiesta di archiviazione aveva rilevato "l'esistenza di un obbligo di salvataggio in mare della vita umana [...] che [...] riguarda sia i comandanti delle navi sia gli stessi Stati contraenti"⁴³⁵. Quindi, "ai sensi del primo comma dell'art. 51 c.p., di conseguenza, non potrà essere chiamato a rispondere del reato di immigrazione clandestina il comandante dell'imbarcazione che adempia ai doveri di salvataggio [...] e il successivo trasporto dei naufraghi" sulla terraferma.

Di conseguenza, chiarisce il GIP, all'interno del decreto di archiviazione, come la condotta compiuta dalla comandante costituisca un elemento essenziale dell'adempimento dei suoi doveri.

Da qui, la Procura effettua una disamina dei papabili posti sicuri⁴³⁶, escludendoli uno ad uno.

⁴³⁵ Procura della Repubblica di Agrigento, *Richiesta di archiviazione*, 29 ottobre 2021.

⁴³⁶ Ovvero il porto di Tripoli, la nave soccorritrice, Malta e la Tunisia.

Infatti, la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel 2019⁴³⁷ aveva attribuito al capitano della nave un ruolo cruciale nell'individuazione del *place of safety*⁴³⁸.

Per quanto riguarda invece il reato di cui al 1100 cod. nav., la cui contestazione si basava sulla trasgressione del divieto di ingresso impartito dalla Guardia di Finanza sulla base del d.l. n. 53 del 2019, il giudice per le indagini preliminari ha indicato come questo provvedimento fosse carente relativamente all'“individuazione di specifiche ed individualizzanti situazioni di ordine e sicurezza pubblica che avrebbero potuto far ritenere pericoloso lo sbarco in Italia dei naufraghi”. Inoltre, il carattere offensivo del passaggio non poteva, in alcun modo, essere desunto “in assenza di una specifica attività istruttoria, sul solo presupposto che i naufraghi fossero tutti stranieri senza documento”. Il caso in esame si è rivelato decisivo non soltanto per le vicende, ormai familiari e ripetute nel tempo, ma anche per l'indagine mediatica approfondita sulla comandante della nave stessa.

Dai primi attimi della vicenda, i *media* hanno svolto un *profiling* approfondito su Carola Rackete, dal *background* familiare alla tesi di laurea⁴³⁹. Seppur queste informazioni siano state fornite con un tono neutrale, ciò non ha impedito parole di disprezzo nei confronti della comandante sui *social*.

La domanda da porsi è: perché l'adempimento di un dovere, con il conseguente salvataggio di diverse vite umane, ha comportato come conseguenza un'inchiesta sulla vita privata di una persona?

⁴³⁷ V. Commissaria per i diritti umani, *Raccomandazione “Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo”*, 2019, p. 29.

⁴³⁸ Cfr. *Ibidem* “[...] anche i capitani delle navi hanno un ruolo cruciale durante le fasi decisionali dell'intera operazione di salvataggio: sono loro [...] ad avere una visione d'insieme della situazione a bordo [e] godono pertanto di un margine di discrezionalità nel prendere qualunque decisione che [...] risulta necessaria alla tutela della vita umana”.

⁴³⁹ Cfr. A. GAGLIARDI, *Chi è Carola Rackete, la capitana di Sea Watch che ha sfidato Salvini*, nel *Il Sole 24 ORE*, 26 giugno 2019.

CAPITOLO IV

CRITICITÀ DEL SISTEMA DI DUBLINO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

“Adotteremo un approccio
umano e umanitario.”
(U. VON DER LEYEN)

SOMMARIO: 1. Considerazioni finali sul sistema Dublino: cosa non ha funzionato? – 2. La nozione di “Paese d’origine sicuro”: un’Odissea “forzata”. – 3. Una proposta per il futuro: l’abbandono o l’attenuazione dell’utilizzo degli strumenti di *soft law* per l’adozione di strumenti più vincolanti.

1. Considerazioni finali sul sistema Dublino: cosa non ha funzionato?

Il sistema Dublino nel tempo ha presentato varie problematiche, le quali, nel tempo, hanno reso sempre più evidente la necessità di un cambiamento.

Questa disciplina trova il suo fondamento logico-giuridico sugli anni Ottanta del secolo scorso, periodo in cui i rifugiati provenivano maggiormente dal contesto comunista e, in minor misura, dal vicino oriente.

Tuttavia, lo scenario di riferimento è cambiato nel tempo; di conseguenza, l’asilo diventa lo strumento di protezione di intere popolazioni perseguitate e, in secondo luogo, il flusso di migranti si concentra sui confini sud-orientali dell’Unione, mettendo più in difficoltà alcuni Stati membri rispetto ad altri.

In questo contesto, si sono aggiunti la crisi economica e i debiti sovrani che hanno investito l’Unione a partire dal 2008, costringendo alcuni Stati membri a notevoli sacrifici economici, con conseguente riduzione delle risorse disponibili per il sostentamento di politiche sociali, incluse quelle relative all’immigrazione.

Non solo dal punto di vista economico, ma l’Unione europea sta affrontando da tempo un’enorme crisi umanitaria, dove le recenti crisi migratorie hanno generato una situazione di pressione sugli Stati membri. Di conseguenza, la politica di asilo europea, lanciata negli anni ’90, risulta essere sempre di più sotto accusa.

Inoltre, è necessario anche menzionare la caduta del principio di solidarietà a livello europeo.

Conseguentemente, nonostante il sistema Dublino resti la “pietra miliare del CEAS”⁴⁴⁰, la sua applicazione pratica ha tradito i suoi principi ispiratori.

⁴⁴⁰ Cfr. considerando 7 del regolamento Dublino III.

Infatti, a quanto risulta, invece di allocare i rifugiati in base al luogo nel quale le loro domande devono essere esaminate, alcuni Stati hanno preferito scambiarsi numeri equivalenti di richiedenti asilo; altre volte, questi hanno direttamente adottato un approccio repressivo, al fine di *controllare* e, soprattutto, *allontanare* gli stranieri, talvolta arrivando persino alla chiusura delle frontiere. Tutte strategie che non hanno di certo rallentato il numero degli sbarchi, i quali spesso si sono trasformati in tragedie.

Inoltre, si è diffusa la tendenza volta ad eludere l'identificazione del soggetto al momento dell'ingresso, in modo tale da ostacolare l'applicazione del criterio chiave del sistema, ovvero la competenza dello Stato di primo ingresso. Alla base di questa scelta non vi è solamente la motivazione inerente alle condizioni di accoglienza di questo Stato, ma anche l'effetto secondario derivante dalla coincidenza tra: Stato competente a trattare la domanda di asilo, quello responsabile della protezione e, infine, il Paese di soggiorno del rifugiato.

Si può notare come, dall'esame congiunto delle disposizioni europee sul diritto di asilo e di quelle relative alla circolazione dei cittadini di Stati terzi emerga che, nonostante l'ottenimento dello *status* di rifugiato, il richiedente asilo non ha alcun diritto a risiedere in uno Stato membro al fine di stabilirsi e intraprendere un'attività lavorativa.

Questo rende evidente come l'applicazione automatica che deriva dal regolamento Dublino appaia problematica, data la sua inefficacia pratica e, come ha fatto notare la Corte di Strasburgo in diverse occasioni,⁴⁴¹ la sua incompatibilità con la Convenzione europea dei diritti umani.

Un problema, in questo senso, può essere rilevato in merito al considerando 3 dell'attuale regolamento Dublino⁴⁴², nel quale viene fornita una presunzione di sicurezza degli Stati membri, considerati tutti Stati sicuri. A causa di ciò, viene evitato un accertamento caso per caso delle condizioni *concrete* della tutela dei diritti all'interno di un determinato Stato membro.

Un altro punto dolente di questo sistema si può percepire dal punto di vista del richiedente asilo: se a questi, da un lato, non è consentita la scelta dello Stato membro responsabile,

⁴⁴¹ V. Corte di giustizia, sentenza 26 luglio 2017, C-646/16, *Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*.

⁴⁴² “Gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non-respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi”.

dall'altro ha la pretesa che i criteri, descritti all'interno del regolamento, vengano applicati in maniera corretta⁴⁴³.

Si potrebbe pensare, per uscire dalla crisi vigente in questo sistema, di scindere la competenza dello Stato a cui spetta l'esame della domanda d'asilo da quello responsabile dell'elezione del soggiorno, magari anche attraverso l'introduzione del principio di libera circolazione per richiedenti e rifugiati, in modo tale da poter ottenere e godere di vari diritti (i.e. diritto di residenza, diritto al lavoro...).

In questo ambito è intervenuta più volte la Corte di giustizia per chiarire questioni molto delicate, come la messa in discussione della presunzione sull'esistenza di *standard* identici di rispetto dei diritti del rifugiato, imponendo di conseguenza una deroga al principio di rigida ripartizione delle competenze tra Stati membri, spostandola quando "si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza" che possano comportare un rischio di trattamento inumano e degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo non è rimasta inerte, ed è intervenuta in materia di non-respingimento, con le sentenze *M.S.S. e altri c. Belgio e Grecia*⁴⁴⁴ e *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁴⁴⁵.

Nonostante questi interventi e le varie proposte di modifica avanzate nel corso degli anni, il meccanismo non è cambiato: non è stato inserito alcun emendamento, né è stato eliminato.

Già all'interno della c.d. "Agenda europea sulla migrazione"⁴⁴⁶, presentata nel 2015, erano state proposte delle linee d'azione da intraprendere nel breve e medio termine. Tra queste, rileva la proposta di introduzione di un meccanismo di redistribuzione temporaneo dei richiedenti protezione internazionale e un programma di reinsediamento nei confronti dei rifugiati bisognosi.

Tuttavia, si tratta di provvedimenti che si collocano nell'area degli atti di natura emergenziale, che trovano la loro base giuridica nell'articolo 78 TFUE, volto ad assistere gli Stati membri interessati da un flusso improvviso di migranti. In questo caso, si ha la

⁴⁴³ Tranne il caso in cui uno Stato membro decida di esercitare la c.d. clausola di sovranità ex art. 17, paragrafo 1 del Regolamento Dublino III.

⁴⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sent. 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. e altri c. Belgio e Grecia*.

⁴⁴⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sent. 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. V. Capitolo II, par. 3.

⁴⁴⁶ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, COM (2015), 240.

possibilità di derogare alla procedura legislativa ordinaria, consentendo al Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, di adottare le misure temporanee necessarie.

Inoltre, l'intervento delle istituzioni europee in materia di ricollocazione si è manifestato attraverso l'adozione di due decisioni: la n. 2015/1523/UE del 14 settembre 2015 e la n. 2015/1601/UE del 22 settembre dello stesso anno.

Queste decisioni vincolanti hanno previsto la ricollocazione di 160.000 richiedenti asilo nei due anni seguenti, rispettate e applicate da *tutti* gli Stati membri, ad eccezione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca. Inoltre, mostrano la “doppia faccia” della solidarietà: da un lato, il ricollocamento dei migranti in altri Stati membri, derogando ai criteri stabiliti nel sistema Dublino; dall'altro, la richiesta agli Stati beneficiari (Italia e Grecia) di istituire degli *hot-spot*, affinché le autorità nazionali possano procedere all'identificazione dei migranti.

A seguito dell'accordo tra Unione europea e Turchia del 2016⁴⁴⁷, è stata presentata dalla Commissione una proposta di riforma del Regolamento Dublino⁴⁴⁸, per porre fine agli spostamenti irregolari (oltreché pericolosi) e ai guadagni dei trafficanti.

All'interno di questa proposta, vi è stata un'ammissione, da parte della Commissione, della difficoltà della gestione dei flussi migratori, che hanno evidenziato i vari punti deboli del sistema Dublino.

La proposta intendeva semplificare e realizzare un'effettività complessiva del sistema, affinché si potessero prevenire i vari movimenti secondari da parte dei richiedenti asilo e gli Stati membri fossero alleviati dal peso di dover affrontare un numero eccessivo e sproporzionato di richieste di asilo.

All'interno della relazione iniziale⁴⁴⁹, che precede la proposta di revisione, la Commissione indica la necessità di riformare il sistema Dublino per conseguire tre fini: il miglioramento della capacità di determinazione dello Stato membro responsabile; un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati (una novità assoluta); prevenire gli abusi e i movimenti secondari.

⁴⁴⁷ V. Capitolo I, sezione II, par. 11.

⁴⁴⁸ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing criteria and mechanisms for determining the Member States responsible for examining an application for international protection lodged in one Member State by a third country national or stateless person (recast)*, COM (2016) 270, 4 maggio 2016.

⁴⁴⁹ V. COM (2016) 270.

Tanto l'abuso del sistema, quanto la mancata ottemperanza degli obblighi da parte del richiedente dovrebbero comportare conseguenze materiali e procedurali.

In questo senso, lo straniero che è entrato nel territorio europeo irregolarmente, dovrebbe essere obbligato a presentare domanda di asilo nel primo Stato di ingresso e, in aggiunta a ciò, dovrebbe poi essere sanzionato per il movimento secondario irregolare (ovvero l'aver raggiunto il secondo Stato membro).

La solidarietà allo Stato membro che deve affrontare un numero abnorme di richieste, dovrebbe essere assicurata attraverso un "*corrective allocation mechanism*", previsto in maniera dettagliata all'interno della Proposta⁴⁵⁰.

A questa poi si sono aggiunte, nel luglio del 2017, una serie di proposte legislative relative all'intero sistema CEAS.

Tuttavia, non si è arrivati a nessuna innovazione in merito al sistema Dublino.

Più volte la Commissione europea ha sottolineato la necessità di un'approvazione simultanea di tutte queste riforme, ma senza successo.

Infatti, è stato più volte rivolto l'invito al Consiglio europeo a raggiungere il consenso nel 2018; in questo senso, seppur ci si sia avvicinati a questo obiettivo, gli Stati membri non hanno trovato un accordo relativamente alle riforme del regime Dublino e del sistema di asilo.

Inoltre, i vari incontri del Consiglio europeo, come anche del Consiglio di giustizia e affari interni, non hanno portato ad alcun progresso significativo.

Infine, le elezioni del Parlamento europeo del 2019, con l'insediamento della nuova Commissione, hanno portato all'interruzione definitiva dei lavori. Con la pandemia è stato inflitto il colpo di grazia.

La crisi di questo sistema, che ha dovuto affrontare in tutti questi anni un problema in costante aumento, potrebbe risiedere nel suo elemento soggettivo, ovvero nel raggiungimento, da parte del richiedente, dello Stato membro con il quale si presenta un qualsiasi collegamento.

Inoltre, l'impressione generale è che tanto i provvedimenti, quanto le proposte avanzate dall'Unione europea manchino di una valutazione effettiva, in grado di stabilire l'equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri. In questo senso, si potrebbe pensare all'introduzione di forme di solidarietà c.d. dal basso, come l'utilizzazione dei corridoi

⁴⁵⁰ Commissione europea, *Proposal*, cit., Capitolo VII.

umanitari. Questi potrebbero salvare la vita di molti migranti, tuttavia l'impiego di questi utensili rimane marginale.

Un altro *step* opportuno sarebbe l'incremento della reciproca fiducia tra gli Stati membri in ambito di asilo, magari attraverso l'istituzione dei suddetti corridoi.

Infine, oltre al profilo politico, si potrebbe pensare a un rafforzamento della solidarietà sul lato finanziario-operazionale, attraverso finanziamenti idonei.

2. La nozione di “Paese d’origine sicuro”: un’Odissea “forzata”

Negli ultimi anni, il diritto europeo e nazionale in materia di asilo è stato modificato attorno alla retorica dell'invasione e allo stereotipo del migrante come soggetto che approfitta dell'istituto della protezione internazionale: da qui si è avvertita l'esigenza di difesa da tali abusi, piuttosto che quella di tutela dell'individuo.

L'articolo 7 *bis* del decreto-legge 113/2018⁴⁵¹, così come modificato in sede di conversione, ha introdotto l'articolo 2 *bis* all'interno del c.d. decreto procedure⁴⁵² intitolato “Paese d’origine sicuri”, prevedendo, attraverso l'elaborazione di un decreto del Ministero per gli affari esteri di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, la predisposizione di una lista di Paesi d’origine sicuri affinché venga semplificata la definizione delle domande di protezione nel caso in cui il soggetto provenga, appunto, da uno degli Stati indicati all'interno dell'elenco, esercitando in questo modo la facoltà prevista dal diritto dell'Unione europea di ricorrere a questo concetto nell'ambito dell'esame delle domande di protezione internazionale.

La disposizione indica altresì i criteri in base ai quali un Paese non europeo possa definirsi sicuro.

Si tratta, dunque, di uno strumento concettuale e normativo che si fonda sul discorso emergenziale e sullo stereotipo del “migrante abusivo”⁴⁵³, una nozione ormai integrata all'interno del sistema europeo comune d'asilo al fine di realizzare una più efficiente dismissione di domande di protezione internazionale considerate *ex ante* strumentali.

In questo modo, la sicurezza del Paese terzo (d’origine o di partenza) non viene più percepita come una circostanza da valutare per verificare l'infondatezza di una domanda di protezione internazionale o l'insussistenza di circostanze ostative al suo rimpatrio, ma

⁴⁵¹ Cfr. Capitolo I, sezione III, par. 15.

⁴⁵² D.lgs 28 gennaio 2008 n. 25.

⁴⁵³ Tra le critiche più recenti, V. CHETAIL, *Looking beyond the Rethoric of the Refugee Crisis: The Failed Reform of the Common European Asylum System*, in *Journal européen des droits de l’homme*, 2016, p. 584.

una condizione da verificare *ex ante* in via generale ed astratta, come un indizio di tentativo di accesso fraudolento al sistema di protezione internazionale.

All'inizio, questa narrazione sembrava legittimare una presunzione assoluta di sicurezza, per escludere fin dal principio l'accesso alla procedura di asilo o all'esame individuale del rischio; tuttavia, questa prospettiva è stata abbandonata, in quanto in evidente contrasto sia con la Convenzione di Ginevra del 1951, sia con gli obblighi in materia di diritti umani, tra i quali spiccano il *non-refoulement* e il rischio di tortura. Però non risulta precluso il ricorso alla nozione di "Paese d'origine sicuro" per disporre una presunzione relativa e consentire, di conseguenza, un esame più rapido delle domande, sempre con il rispetto di determinate garanzie nella fase di designazione *ex ante* e nella procedura di esame di domande individuali.

Sulla base della definizione della Corte di giustizia, le norme europee in materia di Paesi d'origine sicuri istituiscono un regime *particolare* di esame della domanda di protezione internazionale, predisposto sulla base di una presunzione relativa di protezione sufficiente nel Paese terzo, che può essere confutata dal richiedente mediante l'indicazione di motivi imperativi sulla base della sua situazione individuale⁴⁵⁴.

Come già detto in precedenza, la nozione "Paese d'origine sicuro" compare per la prima volta all'interno della direttiva 2005/85/CE (c.d. procedure); una volta annullata, per motivi procedurali, la disposizione che prevedeva l'adozione di un elenco minimo comune di tali Paesi, rimanevano in vigore le norme che imponevano agli Stati membri la predisposizione di un elenco nazionale, purché conforme ai criteri previsti per l'elenco comune⁴⁵⁵, ovvero il mantenimento di elenchi esistenti, a condizione che questi siano conformi a criteri meno stringenti⁴⁵⁶.

La direttiva 2013/32⁴⁵⁷, rifusione della precedente, rafforza le garanzie contro un ricorso estensivo di questo concetto, prevedendo la designazione nazionale in conformità ai criteri comuni e il colloquio personale con il richiedente *anche* in sede di procedura accelerata. Tuttavia, non viene concesso al richiedente il diritto a rimanere sul territorio dello Stato interessato in pendenza di un ricorso giurisdizionale avverso il rigetto.

Inizialmente, l'Italia aveva scelto di non adottare un elenco, ritenendo che ciò potesse porsi in contrasto con l'articolo 10, comma 3 Costituzione, ovvero il diritto di asilo.

⁴⁵⁴ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 luglio 2018, causa C-404/17, *Migrationsverket*.

⁴⁵⁵ Articolo 30, par. 1.

⁴⁵⁶ Articolo 30, par. 2-4.

⁴⁵⁷ V. Capitolo I, sezione II, par. 10.

Dopotutto, lo stesso concetto di “Paese d’origine sicuro” sembra contenere evidenti punti di tensione con i connotati fondamentali del diritto di asilo, il quale si caratterizza per una natura segnatamente individuale, dato che la *ratio* fondante di questa disciplina consiste nella protezione dei singoli da condotte gravemente lesive dei loro diritti umani.

Infatti, la *ratio* dell’istituto dell’asilo consiste nella protezione dalle condotte dannose dei diritti fondamentali e ciò viene confermato proprio dalla lettura dell’articolo 10, comma 3 della Costituzione. “Al contrario, la nozione di ‘Paesi d’origine sicuri’ si fonda su una valutazione di ‘*safety for the majority*’ che difficilmente si concilia con la natura individuale dell’asilo, [...] sminuendo ‘*the role of individual case by case assessment*’”⁴⁵⁸. In questo senso, la normativa dei Paesi sicuri determinerebbe delle discriminazioni dei richiedenti asilo in base alla loro provenienza.

Nella determinazione della lista, l’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali ha ribadito come “[*the*] *safety from persecution and other serious harm must exist not only in theory but also in practice*” e che la valutazione di sicurezza “*must be based on the human rights situation in the country of origin, as reflected in reliable, objective, precise and up-to-date information*”⁴⁵⁹.

Sulla base di ciò, i criteri di designazione predisposti all’interno del decreto legislativo 25/2008, come emendato dal decreto-legge sicurezza, prevedono che uno Stato terzo possa essere considerato come sicuro, anche escludendo determinate parti del territorio o categorie di persone, se venisse dimostrata positivamente l’insussistenza “in via generale e costante” di circostanze che giustificherebbero la concessione di una forma di protezione. Da questo punto di vista, è necessaria una valutazione circa l’ordinamento giuridico, la capacità di garantire l’applicazione della legge e la situazione politica generale del Paese.

Però, uno Stato designato all’interno della lista potrebbe non essere considerato sicuro nel caso in cui il richiedente abbia “invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui [egli] stesso si trova”⁴⁶⁰. Se tale condizione non venisse soddisfatta, la domanda verrebbe rigettata come manifestamente infondata. Da qui si evince come l’onere della prova ricada interamente sul richiedente, mentre di

⁴⁵⁸ Cfr. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto “sofferente”. L’introduzione nell’ordinamento giuridico italiano del concetto di “paesi d’origine sicuri” ad opera della L. 132/2018 di conversione del c.d. “decreto sicurezza” (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2.

⁴⁵⁹ Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, *Opinion 1/2016 concerning an EU Common List of Safe Countries of Origin*, 23 marzo 2016.

⁴⁶⁰ Artt. 2-bis, 5° comma e 28-ter, 1° comma, lettera b), d.lgs. 25/2008.

solito il diritto internazionale, nazionale ed europeo convergono nell'attribuire all'autorità amministrativa, procedente o giudiziaria un obbligo di *cooperazione attiva* nell'istruzione della domanda e che il grado di prova richiesto (tanto per le circostanze di fatto, quanto per la valutazione del rischio) risulti attenuato.

Il principio di cooperazione è stato enunciato per la prima volta all'interno dei documenti dell'UNHCR, sulla base dei quali: “*the adjudicator shares [with the applicant] the duty to ascertain and evaluate all the relevant facts*”⁴⁶¹; successivamente, questo è stato proclamato dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *J.K. c. Svezia*: “*it is a shared duty of an asylum-seeker and the immigration authorities to ascertain and evaluate all relevant facts of the case in the asylum proceedings*”⁴⁶².

Secondo la Corte di giustizia, l'obbligo di cooperazione nella fase amministrativa implica che nel caso in cui gli elementi forniti dal richiedente non siano esaustivi, attuali o pertinenti, spetta allo Stato membro cooperare attivamente con quest'ultimo al fine di riunire tutti gli elementi necessari a sostenere la domanda⁴⁶³. A questo obbligo se ne aggiunge uno ulteriore, imposto dal principio del contraddittorio, secondo il quale l'amministrazione deve prestare l'attenzione necessaria alle osservazioni dell'interessato esaminando, accuratamente e imparzialmente, tutti gli elementi da lui proposti⁴⁶⁴.

Inoltre, strettamente connesso all'obbligo di cooperazione è il regime di prova vigente in ambito amministrativo: sul ricorrente grava l'obbligo di *allegare* (diligentemente) i fatti costitutivi, non di provarli compiutamente.

Di conseguenza, la valutazione della prova si configura in un giudizio di credibilità del dichiarante. Sulla base del principio di cooperazione, grava sull'autorità l'onere di procedere d'ufficio all'esame dei fatti pertinenti relativi allo Stato terzo al momento dell'adozione della decisione in merito⁴⁶⁵.

Queste garanzie sono applicabili in ogni caso, anche in quello di domande provenienti da Paesi sicuri⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ UNHCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 1998.

⁴⁶² Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 agosto 2016, ricorso n. 59166/2012, *J.K. e altri c. Svezia* par. 91 ss.

⁴⁶³ Corte di giustizia, sentenza 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, punti 65-67.

⁴⁶⁴ V., tra gli altri casi, Corte di giustizia, sentenza 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjilda*, punti 34 e 38.

⁴⁶⁵ Art. 4, par. 3, lett. a) direttiva 2011/95.

⁴⁶⁶ V. Corte di giustizia, sentenza 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D. e B.A.*, punto 74.

Sempre in sede di Corte europea dei diritti umani, il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria* del 2019⁴⁶⁷ aveva accertato la violazione dell'articolo 3 della CEDU da parte di quest'ultima, le cui autorità avevano rigettato la domanda di protezione di due cittadini bengalesi espulsi verso la Serbia sulla base del pretesto per il quale tale Stato era stato inserito in un elenco governativo di Paesi sicuri, senza, tuttavia, effettuare un esame specifico e approfondito della situazione individuale dei richiedenti e non preoccupandosi degli effetti di un respingimento a catena verso altri Stati. Infatti, le autorità ungheresi, anziché procedere alla valutazione individuale: “*relied on a schematic reference to the Government’s list of safe third countries (...), disregarded the country reports and other evidence submitted by the applicants and imposed an unfair and excessive burden of proof on them*”⁴⁶⁸.

Nei dodici Stati membri in cui si è ricorso all'adozione di queste liste, sono insorti innumerevoli contenziosi circa le divergenze significative tra i diversi Paesi nella scelta ovvero relativamente all'interpretazione o scelta di alcuni criteri.

Dal punto di vista simbolico, la conseguenza significativa dell'inserimento di uno Stato all'interno di un elenco di questo genere consiste nella presunzione *iuris tantum* di manifesta infondatezza della richiesta di protezione internazionale di colui che ne abbia la cittadinanza, a cui si correda un regime procedurale differenziato rispetto a quello ordinario.

Infatti, se il richiedente proviene da uno dei Paesi inseriti nella lista, la domanda viene rigettata salvo che questi riesca a provare che tale destinazione non è sicura per la propria situazione particolare.

Il provvedimento di rigetto può essere motivato facendo riferimento esclusivamente alla circostanza secondo la quale il soggetto non abbia dimostrato la sussistenza di gravi motivi in merito. Si realizza in questo senso una sostanziale inversione dell'onere della prova, reso ancora più gravoso dalla previsione di una procedura accelerata e dall'attenuazione del dovere di cooperazione istruttoria, restringendo di fatto la possibilità di accedere alla protezione internazionale.

L'effetto deflattivo tanto auspicato si realizza attraverso ostacoli di fatto e di diritto all'esercizio effettivo del diritto dei richiedenti asilo di difendersi in giudizio nella condizione di vulnerabilità in cui questi versano.

⁴⁶⁷ V. Corte europea dei diritti umani, sentenza 21 ottobre 2019, ricorso n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

⁴⁶⁸ Corte europea dei diritti umani, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit. par. 124.

Senonché, trattandosi di un atto interministeriale emanato sulla scorta di criteri normativi, appare dubbio che questo possa ritenersi vincolante per l'autorità giurisdizionale; infatti, permane il potere dell'autorità giudiziaria ordinaria di riconsiderare l'inserimento di un determinato Stato all'interno di questo elenco mediante una congrua motivazione, soprattutto nel caso in cui tale indicazione si discosti dai criteri di inserimento previsti dalla norma generale.

In ogni caso, resta fermo il dovere del giudice di procedere all'esame pieno ed individualizzato della domanda di protezione internazionale, dovendosi indagare in maniera approfondita sulle esigenze di protezione internazionale di ciascun richiedente in base agli obblighi costituzionali ed internazionali.

Da questo punto di vista, gli articoli 38 e 39 della direttiva 2013/32 non prevedono esclusivamente l'inclusione di un Paese d'origine sicuro all'interno della lista, ma predispongono anche l'imposizione alle autorità, che esaminano le domande di protezione, di una specifica verifica sull'effettiva situazione di sicurezza del Paese. Quindi, si tratta di previsioni che lasciano spazio a una valutazione concreta da parte dell'autorità giudiziaria, la quale va oltre alle eventuali circostanze specifiche che il richiedente asilo ha l'onere di invocare in base all'articolo 2 *bis*, comma 5 del d.lgs. 25/2008.

Verso la fine del 2019 è stato adottato il decreto interministeriale⁴⁶⁹, contenente la lista dei tredici Paesi considerati sicuri, senza prevedere però alcun tipo di indicazione riguardo le fonti su cui questi Stati sono stati individuati, senza far riferimento ai criteri utilizzati per tale individuazione e senza utilizzare la facoltà, prevista dalla legge, di escludere parti del territorio o determinate categorie di persone.

Se però, trattandosi di un atto amministrativo presupposto, il giudice può disapplicare il decreto, lo stesso non può dirsi per la Commissione territoriale e la procedura accelerata, in questo senso, comprime il diritto di difesa del richiedente asilo. Quindi, per quanto il giudice possa procedere all'esame individualizzato e sindacare l'inserimento di un determinato Stato tra quelli sicuri, la procedura accelerata verrà – sempre e comunque – avviata.

⁴⁶⁹ Decreto 4 ottobre 2019, "Individuazione dei Paesi d'origine sicuri, ai sensi dell'articolo 2-*bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. L'ultimo aggiornamento in materia è stato fornito il 17 marzo 2023 con il decreto "Aggiornamento periodico della lista dei Paesi d'origine sicuri per i richiedenti protezione internazionale".

I giudici di merito hanno già seguito, nelle prime pronunce, questa interpretazione effettuando un attento scrutinio giudiziario non solo dei provvedimenti di manifesta infondatezza per provenienza da uno Stato designato come sicuro, ma anche della designazione⁴⁷⁰.

L'introduzione di questa lista, e la mancanza di chiarezza relativamente all'individuazione dei criteri per redigerla, rendono ancora più traballante il percorso, già pieno di pericoli, che deve affrontare il migrante per chiedere asilo. Il pericolo, insito in questo decreto, di provenire da uno Stato definito come "sicuro" e di non riuscire ad esporre le proprie giustificazioni, a causa delle tempistiche contratte e della compressione del diritto di difesa, rendono il richiedente un Odisseo moderno e riluttante il quale, nel caso di respingimento della propria domanda, dovrebbe ritornare in un luogo non sicuro in cui non troverebbe la sua Penelope, bensì dovrebbe riaffrontare Scilla e Cariddi.

3. Una proposta per il futuro: l'abbandono o l'attenuazione dell'utilizzo degli strumenti di *soft law* per l'adozione di strumenti vincolanti

Come si è visto in precedenza, a livello internazionale e sovranazionale può capitare l'adozione di uno strumento non vincolante come il Patto globale per le migrazioni⁴⁷¹, il quale pur non essendo uno strumento vincolante, può essere utilizzato al fine di assolvere alcune tipiche funzioni normative; tuttavia, si può escludere la sua utilizzazione come strumento espressione di *opinio juris* o di un'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario in *subiecta materia*.

Possono essere sollevate alcune critiche in relazione a questo strumento, come ad esempio l'assenza del principio di *non-refoulement*, centrale sia per la tutela dei migranti, sia per quella dei rifugiati, ma quella più evidente è quella dell'utilizzazione di uno strumento di *soft law* in una materia così incisiva come quella dell'immigrazione. Infatti, è stato redatto questo testo in quanto gli Stati non hanno desiderio di esporsi su un tema così politicamente sensibile, confermando in tale senso i timori che si erano già formati già a partire dall'analisi degli aspetti formali e procedurali, e cioè che lo strumento in questione non sia idoneo a contribuire all'evoluzione dei diritti umani ma, anzi, rischi di mettere in discussione alcuni punti fermi, come il suddetto principio di *non-refoulement*.

Queste paure sono state rese note dal momento in cui una trentina di Stati si è rifiutata di partecipare all'adozione del documento, temendo che da questo potessero comunque

⁴⁷⁰ Cfr. C. PITEA, *I primi nodi della disciplina sui Paesi d'origine sicuri*, *Questione Giustizia*, 2020.

⁴⁷¹ V. Capitolo I, sezione I, par. 7.

scaturire delle interpretazioni volte a limitare le competenze sovrane in materia di ammissione degli stranieri e di controllo delle frontiere; altri cinque Stati invece hanno deciso di votare contro la risoluzione 73/195, mentre altri dodici hanno deciso di astenersi; sia i primi che i secondi, in sede di Assemblea generale, hanno espresso la loro affermazione a favore della libertà di ogni Stato di controllare gli ingressi⁴⁷². In questi interventi, gli Stati hanno fermamente riconfermato il diritto sovrano di ogni Stato, in base al diritto internazionale, di determinare le proprie politiche in materia di immigrazione, riconoscendo come tanto il diritto internazionale, quanto il Patto globale non riconoscano un “*right to migrate*”.

Relativamente a queste opinioni, è stato sottolineato come il *Global Compact* non contenga alcun tipo di espressione volta ad obbligare gli Stati partecipanti ad ammettere i migranti⁴⁷³. Anzi, uno degli obiettivi espliciti all’interno del Patto è “*to cooperate in facilitating a safe and dignified return and readmission*” di quest’ultimi⁴⁷⁴. Inoltre, poiché non è legalmente vincolante, il Patto non detta alcun tipo di politica migratoria. Questo in quanto perché per determinare la sua vincolatività, bisogna guardare alle intenzioni degli Stati partecipanti attraverso elementi che vanno dal contenuto sostanziale alla forma utilizzata.

In primo luogo, già il titolo del documento si presenta come inconclusivo: seppur diversi trattati vincolanti siano stati denominati “Patti” o “*Compact*”, come il Patto di San José⁴⁷⁵, più frequentemente la nomenclatura *Compact* è stata utilizzata per testi legalmente non vincolanti.

In secondo luogo, il *Global Compact* è stato elaborato attraverso il procedimento di *conference proceeding* sulla base di una serie di risoluzioni adottate dall’Assemblea Generale, le quali hanno stabilito i parametri procedurali.

L’unico fattore che potrebbe far pensare all’assunzione di un impegno vincolante è l’utilizzo della formula “*We commit to [...]*”. Tuttavia, gli altri fattori finora esposti puntano contro una qualsiasi vincolatività di questo documento.

Si può evidenziare come le funzioni legali del *Global Compact* possano essere raggruppate in “*pre-law*”, “*para-law*” e “*law-plus*”.

⁴⁷² Si vedano in questo senso le dichiarazioni di Austria, Cile, Romania e Giappone.

⁴⁷³ Cfr. A. PETERS, *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?*, in *EJIL: Talk!*, 21 novembre 2018.

⁴⁷⁴ V. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, obiettivo 21, paragrafo 37.

⁴⁷⁵ Il soprannome della Convenzione interamericana dei diritti umani.

Le prime (c.d. *pre-law*) consistono nell'indirizzare le trattative verso un futuro trattato, come anche la cristallizzazione del diritto internazionale consuetudinario.

Le funzioni "*para-law*" indicano come un testo di *soft law* possa fungere da sostituto di una lacuna presente negli strumenti di normazione tradizionali (c.d. *hard law*).

Infine, alcuni testi di *soft law*, come il *Global Compact*, possono risolvere e rendere più concreti assunti dagli strumenti di cui sopra (c.d. *law-plus*).

Tuttavia, seppur queste funzioni possano far apparire l'adozione di uno strumento di *soft law* come vantaggiosa, come, ad esempio, l'enorme flessibilità e l'*iter* formativo più celere e semplice, tale semplicità può rivelarsi dannosa, in quanto risulta facile scartare ed ignorare questi strumenti⁴⁷⁶.

Dal punto di vista dell'ordinamento sovranazionale, il ricorso a strumenti di *soft law* consiste una prassi ormai consolidata in diversi settori, tra cui quello della migrazione.

In questo ambito, a seguito della c.d. crisi dei rifugiati del 2015, l'Unione europea nella gestione esterna del contrasto all'immigrazione irregolare è ricorsa a un massiccio utilizzo di strumenti atipici, asseritamente privi di efficacia giuridica vincolante.

Seppur l'utilizzo di questi non costituisca una novità assoluta sul piano sovranazionale, nel tempo, accanto agli strumenti tradizionali come gli accordi e le clausole in materia di riammissione, l'Unione europea (i quali sono stati utilizzati in un numero limitati di casi), si sono affiancati ulteriori meccanismi caratterizzati da un livello *significativo* di informalità.

Tra questi figurano i *Mobility Partnerships*, le Agende comuni su migrazione e mobilità (adottati nel contesto dell'Approccio globale in materia di migrazione e mobilità) e l'accordo tra Unione europea e Turchia del 2016⁴⁷⁷. Inoltre, vi è stato il ricorso a strumenti offerti da ulteriori politiche europee al fine di sviluppare azioni di contrasto nei confronti dell'immigrazione irregolare, come nella politica di cooperazione e sviluppo e nella politica europea di vicinato.

Già a partire dal 2005 l'approccio sovranazionale ha cominciato a differenziarsi, mediante l'introduzione, accanto agli strumenti tradizionali, di forme meno strutturate e più

⁴⁷⁶ Un esempio in questo senso si può evidenziare nella denuncia americana del c.d. *Iran Nuclear Deal* del 2018. Era stato siglato nel 2015 un "*Joint Comprehensive Plan of Action*" (JCPOA) tra Cina, Francia, Germania, Federazione Russa, Regno Unito e Stati Uniti e la Repubblica Islamica iraniana.

⁴⁷⁷ Cfr. Capitolo I, sezione II, par. 11.

flessibili di cooperazioni con i Paesi terzi. Il manifesto di questa tendenza è rappresentato dall'Approccio globale in materia di migrazione e mobilità, noto come GAMM⁴⁷⁸.

L'Unione europea ha evidenziato come il GAMM sia un metodo, il quale consiste nella messa a sistema di dialoghi regionali e sub-regionali e di processi di cooperazione, rispetto al quale gli strumenti giuridici dell'Unione (come gli accordi di facilitazione dei visti e gli accordi di riammissione) sono solo *uno* dei tanti mezzi a disposizione.

Tuttavia, in mezzo a tutti questi strumenti e piani mescolati indistintamente, è mancato, tra le priorità operative, un esplicito riferimento al rafforzamento degli accordi dell'Unione europea.

La prassi successiva al GAMM ha identificato due principali strumenti di cooperazione utilizzati dall'Unione europea nella collaborazione con i Paesi terzi al fine di instaurare relazioni bilaterali.

Il primo consiste nei c.d. *Mobility Partnerships* adottati attraverso *Joint Declarations* tra Commissione europea, gli Stati membri interessati e lo Stato terzo: queste consistono, secondo la definizione data dalla Commissione, in pacchetti di mobilità che forniscono il quadro generale per la gestione dei flussi e che vedono riunite le possibilità dagli Stati membri e dalla Comunità europea, nel pieno rispetto delle competenze previste dal Trattato⁴⁷⁹. Per quanto riguarda la loro natura, la Commissione, da un lato, sottolinea il carattere complesso dei partenariati, data la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri; dall'altro, evidenzia la necessità di rispettare il quadro giuridico che regola le relazioni tra Paesi terzi, Unione e Stati membri. Si tratta, dunque, di intese dal valore strettamente politico. Non mancano, tuttavia, ipotesi in cui si è auspicato l'avvio di un dialogo in ambito di riammissione per facilitare la cooperazione bilaterale nei rimpatri⁴⁸⁰.

Il secondo strumento bilaterale consiste nelle Agende comuni su migrazioni e mobilità (c.d. CAMM). Anche queste si rivelano dichiarazioni politiche adottate congiuntamente da Commissione europea, Stati membri e Stati terzi al fine di definire obiettivi e azioni comuni in ambito migratorio.

⁴⁷⁸ V. Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, COM 2011/0743 def.

⁴⁷⁹ Commissione europea, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione e i Paesi terzi*, doc. COM (2007) 248 def. 16 maggio 2007.

⁴⁸⁰ Un esempio in questo senso può essere fornito dal punto 12 della *Joint Declaration* siglata con Capo Verde.

Entrambi questi strumenti si collocano nell'ottica di una formalizzazione della politica sul piano sovranazionale. Tuttavia, la prassi applicativa sembra fornire indicazioni differenti: è stato, infatti, evidenziato come gli impegni politici in ambito di riammissione assunti nelle *Joint Declarations* abbiano dovuto tener conto delle posizioni espresse dagli Stati membri in Consiglio all'atto della definizione dei mandati negoziali per la conclusione dei relativi accordi⁴⁸¹.

Durante la crisi dei rifugiati del 2015 venne poi adottata dalla Commissione europea l'Agenda europea sulla migrazione⁴⁸², un manifesto politico in cui sono contenute “le varie iniziative che l'Unione europea dovrebbe intraprendere subito e nei prossimi anni per delineare un approccio coerente e globale che permetta di cogliere i vantaggi e vincere le sfide che l'immigrazione reca con sé”⁴⁸³. Infatti, questa evidenzia la necessità di revisionare la strategia adottata fino a quel momento in materia di accordi di riammissione, indicando come priorità i Paesi d'origine dei migranti irregolari. Da qui, ha origine la prassi di cooperazione sviluppata dall'Unione, consistente nel consolidamento della dimensione informale delle politiche migratorie già avviata precedentemente.

L'approccio principale, in questo senso, vede come esigenza primaria la realizzazione dei rimpatri dei migranti irregolari, anche *in assenza* di specifici accordi di riammissione. Una strategia di questo genere comporta una riappropriazione, da parte degli Stati membri, degli spazi in materia di politica di riammissione, ai quali l'Unione sembra rinunciare volontariamente, ciò comportando il rischio secondo il quale l'azione dei singoli Stati membri possa determinare una compressione dell'efficacia delle misure europee adottate fino a quel momento.

Da questo punto di vista, la commistione tra il piano sovranazionale e nazionale si registra in diversi strumenti informali, tra i quali spicca l'accordo tra Unione europea e Turchia del 2016: attraverso questa, sono stati adottati dei punti d'azione, implicanti impegni per entrambe le parti, compreso quello di rimpatriare in Turchia tutti i migranti irregolari che abbiano compiuto la traversata da quest'ultima verso le isole greche a partire dal 20 marzo

⁴⁸¹ Si veda in questo senso L. DEN HERTOOG, *Funding the EU-Morocco “Mobility Partnership”*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016.

⁴⁸² Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, doc. COM (2015) 240, 15 maggio 2015.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 2.

dello stesso anno. L'Unione deve, in cambio, sviluppare un meccanismo di reinsediamento all'interno della stessa di un siriano per ognuno di quelli rimpatriati.

In aggiunta a ciò, la Turchia si impegna a adottare le misure necessarie volte ad impedire nuove rotte (marittime o terrestri) di immigrazione irregolare verso l'Europa.

D'altro canto, viene prevista l'accelerazione dell'adempimento della tabella di marcia sulla liberalizzazione dei visti e l'erogazione di 3 miliardi di euro assegnati nel quadro dello strumento per i rifugiati.

Da un punto di vista sostanziale, la Dichiarazione appare predisporre una serie di vincoli in capo a Turchia e Unione europea, questo sulla base dell'assenza di formule condizionate o tali da suggerire la formazione di mere facoltà; da qui la supposizione per la quale questo *Statement* sia un vero e proprio accordo internazionale. Tuttavia, come visto in precedenza⁴⁸⁴, i giudici di Lussemburgo non hanno ritenuto sufficienti queste circostanze per riconoscere la propria giurisdizione sull'atto⁴⁸⁵.

Si può quindi rilevare come, seppur questa prassi europea abbia avuto origine dall'emulazione di quelle nazionali, ormai si è sviluppato uno spazio di intersezione tra questi due livelli di azione, una vera e propria *grey area* dove l'informalità che si sviluppa su un piano finisce con l'influenzare l'altro.

Tutto questo incide profondamente sull'assetto delle competenze in materia di contrasto all'immigrazione clandestina disposto all'interno dei Trattati: all'interno di questi, viene riconosciuta all'Unione una competenza concorrente per sviluppare una politica comune al fine di contrastare l'immigrazione illegale, legittimando, in questo senso, la conclusione di accordi di riammissione con i Paesi d'origine o di provenienza (articolo 79, par. 3 TFUE). Da qui, la conclusione, da parte dell'Unione, di intese con i Paesi terzi prive di efficacia giuridica vincolante e la contemporanea legittimazione dell'azione degli Stati membri in materia, mettendo – in questo modo – in discussione il compito affidato all'Unione dai Trattati.

Già all'interno del JWF, siglato da Unione europea e Afghanistan nel 2016⁴⁸⁶, emerge che questo strumento è stato adottato al fine di supportare l'azione bilaterale degli Stati membri; quindi, gli strumenti elaborati a livello sovranazionale vengono percepiti come ancillari e di supporto, non più come prioritari.

⁴⁸⁴ V. Capitolo I, sezione II, par. 11.

⁴⁸⁵ Cfr. Tribunale UE, ordinanza 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*.

⁴⁸⁶ V. *Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU*, 2 ottobre 2016.

Infine, seppur non da un punto di vista cronologico, un altro punto dolente nell'utilizzo di questi strumenti si è registrato nel momento in cui sono stati adottati gli emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS, dove, alla fine, è stata fornita una definizione, seppur non vincolante, di *place of safety*.

Già nel 2008, durante il quarto incontro del gruppo interagenziale⁴⁸⁷, i partecipanti hanno sottolineato come, se gli Stati non sono in grado di ottemperare ai propri obblighi, ancor più difficilmente potranno i capitani delle navi compiere i loro doveri.

Da questo punto di vista, appare, come sempre, cruciale risolvere il problema dello sbarco, dove si possono riscontrare diverse visioni tra interessi della nave, degli Stati di bandiera, Stati costieri ma anche dei migranti stessi.

La lacuna principale consiste nella mancanza di un obbligo statale, secondo il diritto internazionale, di sbarcare i soggetti soccorsi. Questo perché assumere un dovere del genere comporterebbe che gli Stati abbiano, volontariamente, rinunciato a parte della loro sovranità.

Ciononostante, le disposizioni contenute all'interno dei trattati dovrebbero rendere possibile una tale restrizione.

Si potrebbe, tuttavia, ricordare come gli Stati, nel tempo, abbiano assunto sempre di più competenza in questo ambito, fino all'esecuzione di operazioni di intercettazione in mare, al fine di rimpatriare via mare i migranti.

Seppur, in teoria, questa strategia sia stata utilizzata soprattutto dagli Stati costieri per prevenire qualsiasi tipo di violazione alle leggi sull'immigrazione, queste potestà dovrebbero essere esercitati proporzionalmente solo ed esclusivamente per prevenire ovvero punire queste infrazioni. La realtà, ormai è chiaro, è ben diversa.

Da questo punto di vista, si potrebbe pensare all'adozione di norme più precise in materia di sbarco, ricerca di *place of safety* e migrazione da parte della comunità internazionale.

In questo senso, l'adozione di strumenti di *soft law* dovrebbe essere attenuata relativamente a queste tematiche⁴⁸⁸.

Questo perché l'immigrazione, le problematiche annesse e le ragioni addietro non costituiscono un *topic* momentaneo, ma continueranno a crescere in maniera sproporzionata.

Sarebbe, dunque, più opportuno un coordinamento tra i vari soggetti coinvolti.

⁴⁸⁷ A questo incontro hanno partecipato IMO, UNDOALOS, UNHCR, OHCHR, ILO e OMI.

⁴⁸⁸ Dopotutto, la *soft law* costituisce una zona grigia tra ciò che è diritto e ciò che non lo è: questo sulla base del fatto che è difficile tratteggiare un confine tra questi due ambiti.

CONCLUSIONE

Dallo studio condotto in queste pagine, appare evidente come le prospettive in materia di migrazione cambieranno in futuro, tuttavia senza considerare i numerosi pericoli, costi (economici e non) e sfide che i migranti devono affrontare per poter trovare un porto sicuro.

Una delle prime difficoltà è data dalla predisposizione di un quadro normativo molto ampio, ma incompleto e spesso negativo nei confronti dei migranti. Ne è un chiaro esempio la nozione di “Paese d’origine sicuro”⁴⁸⁹, contenuta all’interno della direttiva 2012/32, mediante la quale viene semplificata la definizione della domanda di protezione internazionale del richiedente mediante la predisposizione di una lista da parte di ciascun Stato membro.

Un altro esempio è la mancanza di criteri precisi e sufficienti per l’individuazione di un *place of safety*: da questo punto di vista, tra le varie modalità indicate⁴⁹⁰, nessuna sembra adatta a predisporre *per se* un porto sicuro, in quanto ciascuna di esse presenta dei pro e dei contro. Sarebbe più opportuno, in questo senso, l’adozione di nuove Linee guida in materia, per rendere più semplice questa individuazione. Questo soprattutto tenendo presente i cambiamenti dei flussi migratori degli ultimi anni, e l’impennata raggiunta quest’anno⁴⁹¹.

Per poter trarre delle conclusioni adeguate, appare opportuno un *focus* sulle prospettive di riforma dal punto di vista internazionale, sovranazionale e interno.

Da un punto di vista internazionale, il *Global Compact* del 2018⁴⁹², il cui primo *forum* di revisione si è tenuto nel maggio dell’anno scorso⁴⁹³, non ha apportato alcun cambiamento significativo. Anzi, sono state riproposte una serie di contraddizioni già emerse durante le negoziazioni del Patto, in particolare rilevano quelle relative all’Unione europea e alle posizioni degli Stati membri.

Infatti, attraverso il Patto si è tentato di predisporre un approccio globale sul fenomeno migratorio, mediante la predisposizione di impegni e linee guida comuni, al fine di

⁴⁸⁹ V. Capitolo I, sezione II, par. 10 e Capitolo IV, par. 2.

⁴⁹⁰ V. Capitolo II, par. 2.

⁴⁹¹ V. Ansa, *Migranti: 40mila sbarcati nel 2023, Piantedosi vede le Regioni*, 26 aprile 2023, agensir, *Migranti: da inizio anno sono sbarcate 45.380 persone sulle nostre coste. Quasi 3.200 a maggio*, 12 maggio 2023.

⁴⁹² V. Capitolo I, sezione I, par. 7.

⁴⁹³ V. M. SARDO, *Revisione del Global Compact sulle Migrazioni, altra occasione mancata?*, *Eco Internazionale*, 23 maggio 2022.

valorizzare la mobilità umana (individuandone le diverse cause) come motore di sviluppo sostenibile.

Seppur non giuridicamente vincolante per gli Stati che lo hanno sottoscritto, questo strumento ha presentato una nuova prospettiva in materia di migrazione, focalizzandosi sulle forme di coordinamento tra Stati e società civile, al fine di rafforzare la correlazione tra migrazione e sviluppo.

Tuttavia, la sottoscrizione del Patto ha fatto insorgere varie polemiche sulle posizioni di alcuni Stati dell'Unione europea. Infatti, giova rilevare che tra gli Stati non firmatari di questo strumento vi sia l'Italia, poiché il governo Conte I sospese la propria partecipazione alla conferenza di Marrakech, sostenendo che la firma di un documento del genere richiedesse l'approvazione del Parlamento (il quale ha votato contro la sottoscrizione nel marzo 2019)⁴⁹⁴.

Con l'*International Review Forum* del 2022, gli Stati dell'ONU e le altre parti interessate si sono riuniti in una serie di tavole rotonde volte all'analisi dei dati e delle prassi individuate nell'ultimo anno (tra cui rilevano la pandemia e il conflitto in Ucraina) e alla definizione di prassi e impegni futuri.

Attraverso la *Progress Declaration*⁴⁹⁵, adottata alla fine di questi lavori, il *Global Compact* viene riaffermato come l'unico quadro completo per la *governance* internazionale della migrazione, idoneo a realizzare gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

Dal punto di vista sovranazionale risultano più numerose le prospettive di riforma in materia.

All'interno del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020, è stato predisposto da parte della Commissione un quadro europeo comune globale per la gestione della migrazione e dell'asilo, comprendendo al suo interno anche diverse proposte legislative.

Tuttavia, queste, tranne quella relativa al regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per l'asilo, sono cadute nel vuoto.

Le problematiche in materia sono però emerse a seguito dell'incremento del flusso di migranti registrato sin dall'inizio del 2023. Da qui è emersa, nuovamente, la necessità di

⁴⁹⁴ V. N. SERGI, *Il Governo ha gli strumenti per regolare l'immigrazione ma non li usa*, Vita, 28 febbraio 2023.

⁴⁹⁵ V. *General Assembly, Progress Declaration of the International Migration Review Forum*, 7 giugno 2022.

trovare una “risposta europea”, che per il momento sembra essere stata trovata nell’approvazione, durante il Consiglio Affari interni, del nuovo Patto migranti in data 9 giugno⁴⁹⁶. Si tratta di una decisione che riguarda la procedura d’asilo e la gestione dell’asilo e della migrazione, che si focalizza su controlli e responsabilità⁴⁹⁷. La prima innovazione di questo testo comporta la previsione di un obbligo di solidarietà, mediante il quale gli Stati dovranno dare sostegno ai Paesi in difficoltà con la disponibilità ai ricollocamento oppure, in alternativa, il pagamento di 20 mila euro per ogni migrante ricollocato. Compensazione, tuttavia, non accettata dall’Italia, la quale ha chiesto che questa venga invece destinata a un fondo europeo per la dimensione esterna a favore dei Paesi terzi.

L’altra novità riguarda il doppio binario per la gestione degli arrivi al confine. Nel caso in cui i richiedenti provengano da Paesi terzi con bassa probabilità di ottenere l’asilo, questi verranno sottoposti alla procedura accelerata verso Stati terzi sicuri, anche di transito. Questo elemento aveva portato la Germania a bloccare l’intero accordo, poiché richiedeva l’individuazione di maggiori condizioni sia per la definizione del “Paese terzo sicuro”, sia per quanto riguarda la connessione del migrante con il Paese di transito. Tuttavia, ha affermato il Ministro dell’interno italiano, si è trovata una conciliazione tra le diverse posizioni. Di conseguenza, ha confermato il Ministro per le migrazioni svedese⁴⁹⁸, dipenderà dagli Stati membri l’applicazione del concetto di “Stato terzo sicuro” e la determinazione dell’esistenza di una connessione tra il richiedente e il Paese terzo. Infatti, secondo la commissaria agli Affari interni Johansson, il testo comprende esempi in materia di connessione del migrante con il Paese di transito.

La direttrice dell’ufficio di *Amnesty international* presso l’Unione europea Geddie ha espresso un’opinione negativa su questo nuovo Patto, il quale rischia di ridurre gli standard di protezione per le persone in arrivo alle frontiere e che rende la solidarietà “un concetto vuoto”, permettendo agli Stati membri di contribuire a un fondo comune per pagare gli Stati terzi per accogliere i migranti in cerca di protezione *piuttosto che* contribuire alla solidarietà⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ V. Rainews, *Svolta in UE, c’è l’accordo sul Patto migranti. Meloni: “Passi avanti, il problema è di tutti”*, 9 giugno 2023. Rappresentanza in Italia, *Dichiarazione sull’accordo politico sul nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, 9 giugno 2023. AGI, *Nuovo Patto per le migrazioni, raggiunto l’accordo in Europa*, 8 giugno 2023.

⁴⁹⁷ V. La Stampa, *Migranti, accordo tra i ministri UE dell’interno sul Patto migrazioni e asilo*, 9 giugno 2023.

⁴⁹⁸ Che aveva la presidenza di turno del Consiglio.

⁴⁹⁹ *Amnesty international, Il Patto europeo sulla migrazione riduce la protezione per coloro che cercano asilo*, 9 giugno 2023.

Dal punto di vista interno, la politica del nuovo governo insediatosi a fine 2022 si è concentrata sin da subito sul contrasto all'immigrazione illegale. Durante il discorso d'insediamento alla Camera dei deputati, la Presidente del Consiglio Meloni ha fatto riferimento a un Piano Mattei per l'Africa e il Mediterraneo, presentato come un modello di collaborazione e di crescita tra Unione europea e nazioni africane. Tralasciando il ruolo principale di questo piano, che riguarda il punto di vista energetico⁵⁰⁰, l'altro tema rilevante consiste nella gestione dei migranti, se non mediante l'impedimento alle partenze, attraverso l'ostruzione dell'attività delle ONG⁵⁰¹, attraverso il c.d. decreto ONG approvato a inizio anno⁵⁰², che ha reso insostenibili le attività di SAR nel Mediterraneo per le organizzazioni non governative.

Sulla base di questa strategia, la Presidente del Consiglio ha svolto negli ultimi mesi una serie di incontri con i leader africani, e tra questi, il più recente e rilevante è stato quello in Tunisia, insieme alla Presidente della Commissione europea von der Leyen e il primo ministro olandese Rutte⁵⁰³. Attraverso questa missione diplomatica, viene fornito un sostegno economico dall'Unione europea alla Tunisia, per sottolineare l'interesse europeo nel bloccare l'attività di traffico di migranti, nel pieno rispetto dei diritti umani⁵⁰⁴. L'obiettivo ultimo, in questo senso, è di redigere e far sottoscrivere a Unione europea e Tunisia, entro la fine di giugno, un *Memorandum d'intesa* sul pacchetto di partnership allargata⁵⁰⁵.

È rilevante notare come, dall'esame di queste prospettive, manchi sempre di più una dimensione umana e di solidarietà, consolidandosi invece quella più propensa a rafforzare i confini e a impedire l'ingresso ai migranti verso una nuova vita.

⁵⁰⁰ V. C. TRECCARICHI, *Cos'è il Piano Mattei di cui parla tanto Giorgia Meloni*, Today, 14 aprile 2023.

⁵⁰¹ V. A. MAGGIOLO, *Migranti e Ong: perché le navi umanitarie stanno scomparendo*, Today, 27 gennaio 2023.

⁵⁰² V. Capitolo I, sezione III, par. 18.

⁵⁰³ V. Ansa.it, *Meloni con l'Ue, c'è la prima intesa Ma Saied a Tunisi alza la posta*, 12 giugno 2023.

⁵⁰⁴ V. Il Sole 24 Ore, *Tunisia, Meloni e la Ue incassano la prima intesa ma Saied alza posta*, 11 giugno 2023.

⁵⁰⁵ <https://www.rainews.it/maratona/2023/06/meloni-tunisi-von-der-leyen-rimpatri-aiuti-bruxelles>, 11 giugno 2023.

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione (sezione III penale), sentenza del 16 gennaio 2020, ricorso n. 6626/2020, *Rackete*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 febbraio 2012 n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 125, 129, 131, 133, 150, 156, 175, 177, 180.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 21 ottobre 2019, ricorso n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 agosto 2016, ricorso n. 59166/2012, *J.K. e altri c. Svezia*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 13 febbraio 2020, ricorsi numero 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, parr. vv.

Corte europea dei diritti umani, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *Richiesta di archiviazione*, 13 giugno 2018.

Procura della Repubblica di Agrigento, *Richiesta di archiviazione*, 29 ottobre 2021.

Tribunale di Agrigento, I Sez. penale, sentenza 7 ottobre 2009, n. 954.

Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, ordinanza del 2 luglio 2019, *Rackete*.

Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/2016, *NF c. Consiglio europeo*.

MONOGRAFIE

S. ALBANO, *Difficoltà attuative ed incoerenze del decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018). Alcune delle questioni problematiche*, E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide dell'Europa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 265-293.

- S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2022, pp. 52-54.
- M. BORRACCETTI, *The Italian job: migration and bilateral relations with Southern Mediterranean countries*, F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (a cura di), *Bilateral Relations in the Mediterranean – Prospect for Migration Issues*, Cheltenham Northampton, E. Elgar, 2020, pp. 97-100.
- F. CAFFIO, *La cooperazione nel soccorso in mare tra i Paesi mediterranei: un impossibile obiettivo?*, E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide dell'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 11- 32.
- S. M. CARBONE, P. CELLE, M. LOPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, 6 ed., Torino, Giappichelli, 2020, pp. 313-327.
- F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012, pp. 141-143.
- M. COTTONE, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestine via mare* in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 88-104.
- A. D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, 16 ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 479-499.
- M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero*, A. M. CALAMIA (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 237-259, 266-270.
- M. DI FILIPPO, *La mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, A. M. CALAMIA (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 183-186.
- M. GESTRI, *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normative sui diritti umani*, A. M. CALAMIA (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 153.
- M. GESTRI, *La protezione internazionale*, A. M. CALAMIA (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 77-104, 107-114.

- M. GESTRI, *Obblighi internazionali di protezione dello straniero e tutela dei diritti 'universali' della persona*, A. M. CALAMIA (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 302-304.
- C. HEIN, *The Reform of the Dublin System between intra-EU solidarity and national interests*, E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide dell'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 143-164.
- F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani – L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 122-128, 166-174, 243-244.
- G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione Europea*, G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione – Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 368.
- F. MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione europea del "diritto di Ginevra"*, S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 47- 69.
- A. OTT, *EU-Turkey cooperation in migration matters: a game changer in a multi-layered relationship?*, in F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (a cura di), *Bilateral Relations in the Mediterranean – Prospect for Migration Issues*, Cheltenham Northampton, E. Elgar, 2020, pp. 197-211.
- E. PAPASTAVRIDIS, *Search and rescue at sea: shared responsibilities in the Mediterranean Sea*, F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (a cura di), *Bilateral Relations in the Mediterranean – Prospect for Migration Issues*, Cheltenham Northampton, E. Elgar, 2020, pp. 231-241.
- E. RUOZZO, *L'applicazione dei diritti umani in mare*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 111-114, 157-159.
- T. SCOVAZZI, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*, A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 74-81.
- I. SAMMUT, *A tug of war between rights and obligations: the case of migration from Malta's perspective*, F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (A CURA DI), *Bilateral Relations in the Mediterranean – Prospect for Migration Issues*, Cheltenham Northampton, E. Elgar, 2020, p. 52.

F. ZORZI GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea* in G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici per l'integrazione – Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 407-421.

RIVISTE

P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 447-449.

A. CAMILLI, *Chi sono le persone morte sulla spiaggia di Crotone*, in *L'Essenziale*, 3 marzo 2023.

A. CAMILLI, *Il naufragio più grave dal 2013 sulle coste italiane*, in *L'Essenziale*, 27 febbraio 2023.

A. CAMILLI, *La paura del coronavirus nel campo profughi più grande d'Europa*, in *Internazionale*, 2020.

G. CAPITANI, *Col decreto Cutro ad essere 'diffusa' non è più l'accoglienza, ma la detenzione*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 7 maggio 2023.

F. CASOLARI, *L'insostenibile "leggerezza" della soft law sul ricorso a strumenti informali nella gestione della dimensione esterna del contrasto all'immigrazione irregolare da parte dell'Unione europea*, in Davì, Angelo. *Liber amicorum: la vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli: Editoriale scientifica, 2019, pp. 1407-1434.

J. COPPENS, E. SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?* in *The International Journal of Maritime and Coastal Law*, 2010, pp. 378-403.

E. CUSUMANO, M. VILLA, *From "angels" to "Vice Smugglers": the Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy*, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2020.

C. DANISI, *La nozione di "place of safety" e l'applicazione di garanzie procedurali a tutela dell'individuo soccorso in mare*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 395-440.

C. DI STASI, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 209-247.

D. FACCHINI, *"Il naufragio di Cutro era prevedibile ed evitabile": l'esposto di 40 organizzazioni*, in *Altreconomia*, 9 marzo 2023.

- A. FAZZINI, *Le politiche di contrasto alle ONG che operano il soccorso in mare (terzo atto) e la tenuta dello stato di diritto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 124-142.
- M. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, pp. 61-78.
- E. FRASCA, F. L. GATTA, *The Malta Declaration on search & rescue, disembarkation and relocation: Much Ado about Nothing*, in *Eu Migration Blog*, 2020.
- L. IMBERT, *Refoulement sommaires: la CEDH trace la "frontière des droits à Melilla"* in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2018, p. 2, 6.
- P. IVALDI, *Le norme pattizie come parametro nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici*, in *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, SIDI, 2020, pp. 389-408.
- L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto a un porto di rifugio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, 691-728.
- F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss.
- F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020, www.sidiblog.org.
- P. NYERS, *No One is Illegal Between City and Nation*, in *Studies in Social Justice*, 2010, pp. 127 ss.
- A. PETERS, *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?*, in *EJIL: Talk!*, 21 novembre 2018.
- F. PIROLA, *Tra frontiera dei diritti e frontiera dei controlli: la vicenda dei respingimenti collettivi nel caso N.D. e N.T. contro Spagna*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pp. 454-457.
- C. PITEA, *La nozione di "Paese d'origine sicuro" e il suo impatto sulle garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 627-662.
- C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pp. 659-687.

- L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'énclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 199-206.
- L. SCHIANO DI PEPE, *Search and Rescue in the Central Mediterranean Sea: A Legal Analysis of the Recent Italian Practice*, *German Yearbook of International Law*, 2020
- A. SPAGNOLO, *Il Patto globale per le migrazioni alla luce del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019 p. 753 ss.
- M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 5-47.
- M. SUHELI CHROUDA, *Libano porto (in)sicuro e senza diritti*, in *Il Caffè Geopolitico*, 2 novembre 2022.
- Y. TAKEI, *Assessing Flag State Performance in Legal Terms: Classifications of the Margin of Discretion*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2013, pp. 124-129.
- M. TUOZZO, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, pp. 57-98.
- S. ZIRULIA, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento all'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in *Sistema penale*, 17 gennaio 2022.

SOCIETÀ CIVILE

Coalizione italiana libertà e diritti civili, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, 2020.

TESTI LEGISLATIVI

Approfondimento sulla Sicurezza della navigazione, Guardia Costiera.

Commissaria per i diritti umani, *Raccomandazione "Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo"*, 2019.

Commissione europea, *EU Operations in the Mediterranean Sea*, 16 settembre 2016.

Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing criteria and mechanisms for determining the Member States responsible for examining an application for international protection lodged in one Member State by a third country national or stateless person (recast)*, COM (2016) 270, 4 maggio 2016.

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*.

Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01).

Consiglio dell'UE, *Riforma del sistema europeo comune di asilo: il Consiglio è pronto ad avviare i negoziati sulle norme in materia di protezione e qualifiche*, Comunicato stampa, 19 luglio 2017.

General Assembly, Progress Declaration of the International Migration Review Forum, 7 giugno 2022.

Ministero dell'Interno, *Codice di Condotta per le ong Impegnate nelle Operazioni di Salvataggio dei Migranti in Mare*, 2 agosto 2017.

Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027.

Risoluzione dell'assemblea generale 76/266, *Progress Declaration of the International Migration Review Forum*.

Riunione straordinaria del Consiglio europeo (9 febbraio 2023), EUCO 1/2023, *Conclusioni del Consiglio europeo*.

Riunione del Consiglio europeo (23 marzo 2023), EUCO 4/2023, *Conclusioni del Consiglio europeo*.

UNHCR Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country and as a Place of Safety for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea, settembre 2020.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021-2025*.

J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, 1999, paragrafo 67.