



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Bari



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2019, n. 1

Editoriale

L'incidenza *virtuosa* dei diritti fondamentali nel completamento dello *spazio europeo di giustizia* p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: An Appraisal Twenty Years on from the Tampere European Council p. 11
Eugenio Carli

L'incidenza sulla *Brexit* della sentenza della Corte di giustizia UE del 10 dicembre 2018 p. 30
Maria Cristina Carta

Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation p. 55
Luisa Marin

La protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale alla luce della direttiva (UE) 2016/680: frammentazione ed incertezze applicative p. 75
Gabriele Rugani

Sulla im(mobilità) sanitaria transfrontaliera nel contesto della (il)libertà di circolazione e di cura all'interno del territorio europeo: il "caso" inglese del piccolo Alfie Evans p. 93
Sabrina Vannuccini

Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia p. 119
Valentina Zambrano



ACCORDI INFORMALI CON STATI TERZI IN MATERIA DI GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI: CONSIDERAZIONI CRITICHE CON RIFERIMENTO ALLA PRASSI DELL'UNIONE EUROPEA E DELL'ITALIA

Valentina Zambrano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Controllo dell'immigrazione irregolare e uso di strumenti “informali”: il caso dell'Accordo UE-Turchia quale esempio della prassi dell'Unione. – 3. I Memoranda d'intesa dell'Italia con Libia e il Sudan quali paradigmi della prassi italiana di conclusione “informale” di accordi internazionali in materia di immigrazione. – 4. Salvataggio in mare di migranti e individuazione di un *porto sicuro* di sbarco. – 5. Uno spazio giusto e sicuro solo dentro i confini europei?

1. Premessa

I crescenti e difficilmente gestibili flussi migratori degli ultimi decenni hanno posto l'Unione Europea di fronte alla necessità di sviluppare una politica migratoria che non si limitasse a stabilire le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Stati terzi sul territorio di uno Stato membro ma che fosse anche uno strumento efficace di contrasto all'immigrazione e di “difesa” delle frontiere meridionali e orientali dell'Unione stessa (nonché dei sistemi Schengen e Dublino dagli effetti negativi della crisi migratoria)¹. Si è, così, perseguita quella che è stata definita una politica di “esternalizzazione” del controllo e contenimento dei flussi migratori². A tale scopo, l'UE ha adottato numerosi

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli studi Niccolò Cusano. Indirizzo e-mail: v.zambrano@hotmail.it

¹ Cfr., F. DE VITTOR, *I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in sidiblog.org, 27 aprile 2015; C. FAVILLI, *Le responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione europea di immigrazione e di asilo*, in sidiblog.org, 27 aprile 2015; ID., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.

² Sul tema, si veda, tra gli altri, B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione Europea, tra prassi degli stati membri e competenze comunitarie*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, Padova,

accordi di riammissione o ha inserito clausole di riammissione negli accordi di partenariato, cooperazione, ecc. con Stati terzi al fine di facilitare il (veloce) rimpatrio dei cittadini di tali Paesi che fossero entrati illegalmente o che non soddisfacessero più i requisiti per poter risiedere sul territorio di uno Stato membro³. Sebbene, tali accordi debbano essere attuati nel pieno rispetto delle norme internazionali e dell'Unione in materia di diritti umani e del principio di *non refoulement*, non poche sono state le criticità rilevate proprio in relazione alla compatibilità di detti accordi con le norme e principi appena richiamati⁴.

A ciò si sono sempre più affiancati strumenti informali di “contenimento” dell’immigrazione proveniente da Paesi extra-europei⁵, adottati tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, atti che, pur ponendo obblighi per le parti coinvolte, non sono stati definiti accordi e non hanno seguito il normale iter per l’adozione degli stessi con sacrificio, in primo luogo, del controllo da parte delle assemblee parlamentari e delle garanzie derivanti dallo stesso. La mancanza di formalità è andata di pari passo con la tendenza a coinvolgere nell’esternalizzazione del controllo dei flussi migratori Paesi terzi in cui il rispetto dello stato di diritto e dei diritti umani sono molto lontani dagli *standard* internazionali che sono (o, forse, dovrebbero essere) alla base dell’ordinamento europeo. Nel presente scritto si analizzeranno gli aspetti critici di alcuni “accordi” informali conclusi dall’Unione e dal nostro Paese, affrontando, in

2006, p. 199 ss.; F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed esternalizzazione della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra i diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, p. 183 ss.; B. FRELİK, I. M. KYSEL, J. PODKUL, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2016, p. 190 ss.; M. LEMBERG-PEDERSEN, *Losing the Right to Have Rights: EU Externalization of Border Control*, in E. A. ANDERSEN, E. M. LASSEN (eds.), *Europe and the Americas: Transatlantic Approaches to Human Rights*, Leiden, 2015, p. 393 ss.; P. PIRRONE, *Esternalizzazione della procedura di accertamento dello status di rifugiato e tutela dei diritti dell'uomo*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, 2008, p. 215 ss.; D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, p. 9 ss.

³ Già l'accordo di partenariato di Cotonou concluso nel 2000 per venti anni tra la UE e 79 Paesi ACP stabilisce all'art. 13, c. 5, let. c), che “each of the ACP States shall accept the return of and readmission of any of its nationals who are illegally present on the territory of a Member State of the European Union, at that Member State's request and *without further formalities*” (corsivo nostro). Gli accordi di riammissione sono considerati ormai il principale strumento di azione dell'UE nell'ambito della politica esterna migratoria, cfr., P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, S. MANANASHVILI, *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration – Study for the LIBE Committee*, Brussels, 2015 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU\(2015\)536469_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU(2015)536469_EN.pdf)).

⁴ Sull'argomento, si veda, tra gli altri, B. NASCIBENE, *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo Millennio*, Milano, 2001, p. 297 ss.; S. NICOLIN, *Contrasto all'immigrazione irregolare negli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in L. ZAGATO, S. DE VIDO (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Padova, 2013, p. 203 ss.; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell'UE*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 97 ss.; M. SPATTI, *Gli accordi di riammissione conclusi dall'Unione Europea: criticità e potenzialità*, in N. PARISI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 705 ss.

⁵ Si pensi, ad esempio, ai *Mobility Partnership*, alle Agende comuni su migrazione e mobilità o alle procedure standard per l'identificazione e il rimpatrio degli irregolari.

relazione a quest'ultimo, anche un aspetto specifico ma non certo secondario dell'implementazione del *Memorandum* con la Libia (ossia, l'indicazione di un *place of safety* dove far sbarcare i migranti salvati in mare). Si tenderà, in tale modo, a mostrare come le politiche migratorie europee abbiano creato (in maniera informale) un circolo in cui i migranti o sono respinti in mare o, se arrivano in territorio europeo, possono essere rimpatriati in base agli accordi di riammissione, circolo in cui i diritti umani sono i grandi assenti dato che la garanzia della loro tutela appare completamente secondaria rispetto all'obiettivo principale di ridurre drasticamente gli ingressi di cittadini extraeuropei.

2. Controllo dell'immigrazione irregolare e uso di strumenti "informali": il caso dell'Accordo UE-Turchia quale esempio della prassi dell'Unione

Esempio emblematico dell'uso di strumenti informali per la gestione dei flussi migratori nella prassi dell'Unione è lo *Statement* (*rectius* l'accordo⁶) concluso tra l'UE⁷ e la Turchia il 18 marzo 2016 allo scopo di ridurre drasticamente l'enorme flusso di migranti e rifugiati provenienti in maggior parte (ma non esclusivamente) dalla Siria⁸. Sulla base di quanto precedentemente concordato nel piano d'azione congiunto del 15 ottobre 2015 e per dare a questo una più efficace applicazione, l'accordo prevede il rimpatrio verso la Turchia di tutti gli immigrati irregolari giunti sulle coste greche a partire dal 20 marzo 2016. Al fine di non violare il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non refoulement* si specifica che ogni persona sarà identificata all'arrivo in Grecia e potrà presentare domanda d'asilo, richiesta che sarà valutata dalle autorità

⁶ Sebbene ufficialmente l'atto sia stato denominato *Statement*, di fatto, è un accordo dato che le parti assumono degli obblighi specifici in base ad esso. Non può, infatti, sfuggire, che nel testo, dopo una parte "preambolare" in cui si richiama anche l'impegno delle parti a continuare a dare attuazione al *joint action plan* attivato il 29 novembre 2015, si afferma che "...they agreed on the following additional action points...". D'altra parte, si ricorda che, in base al diritto internazionale, la denominazione data all'atto non incide minimamente sulla sua natura giuridica (cfr., per tutti, *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, sentenza del 1 luglio 1994, *I.C.J. Reports 1994*, p. 112; Corte europea di Giustizia, parere 1/95, 11 novembre 1975).

⁷ Come si richiamerà anche più avanti, il Tribunale dell'Unione ha negato che l'atto potesse essere qualificato con un atto concluso da un organo dell'Unione e ciò a prescindere dal fatto che il tenore letterale del comunicato stampa del Consiglio, nel riportare gli obblighi discendenti dallo *Statement*, facesse esplicito riferimento all'Unione e alla Turchia come soggetti destinatari degli stessi. Cfr., Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, causa T-192/16; Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio europeo*, causa T-193/16; Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, causa T-257/16.

⁸ Si ricorda che fin dal 2002 la Turchia figurava tra i Paesi con cui concludere un accordo di riammissione dei migranti irregolari o che, transitando attraverso di essa, entravano in Europa, accordo che la Turchia era disposta ad accettare data la contemporanea disponibilità della UE a negoziare un accordo di adesione e uno sulla liberalizzazione dei visti per i cittadini turchi. L'accordo di riammissione è stato concluso nel 2014 (decisione del Consiglio 2014/252/UE, del 14 aprile 2014, in GUUE L134, del 7 maggio 2014, p. 1) ed è entrato in vigore il 1° ottobre del medesimo anno.

greche in conformità alla c.d. Direttiva Procedure⁹. Ne discende che, in base all'accordo in esame, tutti gli immigrati irregolari che non avranno presentato domanda d'asilo o la cui domanda sarà stata respinta verranno rimpatriati in Turchia.

L'altro punto rilevante dell'accordo concerne il fatto che per ogni siriano rimpatriato in Turchia un altro siriano verrà reinsediato sul territorio dell'Unione.

Se in termini di riduzione del flusso migratorio l'accordo pare aver dato qualche risultato positivo anche se non di carattere sistematico¹⁰, non è negabile che ciò si sia ottenuto sacrificando sull'altare della "difesa dei confini europei" l'aspetto della tutela dei diritti individuali dei migranti (e dei principi fondanti l'ordinamento UE nonché lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia). Tale considerazione attiene non solo alla violazione dei diritti individuali dei migranti sia nel periodo di "trattenimento" in Grecia sia in caso di loro eventuale riammissione in Turchia, ma anche al rispetto dello stato di diritto.

Relativamente al primo aspetto, da più parti si è sottolineato che le condizioni di vita cui sono sottoposti i migranti nei mesi in cui attendono che venga valutata la loro eventuale richiesta di asilo da parte delle autorità greche sono incompatibili con la garanzia della loro dignità e dei loro diritti fondamentali tanto che l'UNHCR, Medici senza frontiere, *Save the children* e altre organizzazioni hanno sospeso la loro attività in alcune o tutte le isole elleniche non volendo essere complici di un sistema ingiusto e disumano¹¹.

In secondo luogo, si pongono problemi di non discriminazione tra "categorie" di migranti relativamente al fatto che per le persone provenienti dalla Siria, e non anche per le altre nazionalità, si prevede il meccanismo dell'"uno per uno" (per ogni cittadino siriano rimpatriato dalla Grecia in Turchia un altro verrà reinsediato in Europa)¹².

⁹ Cfr., direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)* del 26 giugno 2013, in GUUE L180, del 29 giugno 2013, p. 60.

¹⁰ Si è, infatti, da 25000 persone giunte sulle Isole greche nel solo mese di marzo 2016 a poco più di 1.000 nel mese di gennaio 2018 (si devano i dati della Commissione europea dell'aprile del 2018, consultabili al seguente link https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180314_eu-turkey-two-years-on_en.pdf). Tuttavia, nel successivo *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, la Commissione evidenzia che tra marzo e maggio 2018 si è registrato un forte incremento degli arrivi nelle isole greche rispetto al medesimo periodo del 2017. Cfr., European Commission, *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, 16 maggio 2018, COM(2018) 301 final.

¹¹ Si veda il Rapporto di *Amnesty International, A Blueprint for Despair. Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal* del 2017 (consultabile al seguente link <https://www.amnesty.org/en/documents/eur25/5664/2017/en/>), dove si evidenzia che nelle Isole elleniche i migranti vengono per mesi arbitrariamente detenuti in attesa che le autorità decidano se debbano o meno essere rimpatriati in Turchia, le strutture sono sovraffollate, i migranti non possono accedere a servizi igienico-sanitari che garantiscano uno standard minimo di efficienza, le categorie più vulnerabili (donne e minori non accompagnati) non ricevono la tutela specifica di cui necessiterebbero. Cfr., anche, Commissione europea, *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, cit., p. 5.

¹² Cfr., E. ROMAN, *L'Accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog.org*, 21 marzo 2016.

In terzo luogo, viene in rilievo la questione del divieto di *refoulement* dei rifugiati verso un Paese che non è sicuro non garantendo la tutela dei loro diritti fondamentali. Sebbene, infatti, l'Accordo in parola preveda che verranno rimpatriati verso la Turchia esclusivamente i migranti che non abbiano presentato domanda di asilo o la cui domanda sia stata considerata inammissibile o infondata in base alla Direttiva procedure, restano degli elementi problematici. Innanzitutto, si ricorda che detta Direttiva prevede che un Paese della UE possa dichiarare inammissibile (quindi, senza valutazione nel merito) una domanda di asilo o protezione sussidiaria nel caso in cui un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente o paese terzo sicuro per il richiedente (art. 33, par. 2, lett. b) e c). Relativamente alla Turchia, entrambi i casi si verificano frequentemente sia perché molti siriani hanno già ivi ottenuto lo *status* di protezione temporanea sia perché la Turchia viene considerata uno Stato sicuro (punto su cui torneremo a breve).

Secondariamente, prevedere la possibilità di rimpatrio anche per coloro la cui domanda sia stata rigettata allo stadio dell'ammissibilità in una situazione in cui le autorità e gli organi giudiziari greci, da un lato, incontrano grandissime difficoltà a far fronte all'elevato numero di richieste¹³ e, dall'altro, sono pressate dalle istituzioni europee a accelerare i tempi di conclusione del procedimento¹⁴, rischia di lasciare senza tutela individui che, invece, avrebbero diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁵. Si consideri, poi, che la Grecia, proprio per far fronte all'emergenza, si è dotata di una procedura veloce di valutazione delle domande di asilo in base alla quale molte richieste sono state dichiarate inammissibili sul presupposto che la Turchia sia un Paese o di primo asilo¹⁶ o sicuro per i richiedenti protezione internazionale e i rifugiati¹⁷.

¹³ Sulle difficoltà del sistema giudiziario greco, si veda, Amnesty International, *A Blueprint for Despair. Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal*, cit.

¹⁴ Cfr., European Commission, *Fourth report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, COM(2016) 792 final, 8 December 2016.

¹⁵ D'altra parte, tale pericolo è confermato dalle dichiarazioni fatte dalle autorità greche e dalla Commissione europea circa il fatto che tra gli 865 individui rimpatriati in Turchia fino al 31 gennaio 2017 non vi erano richiedenti asilo la cui domanda era stata respinta allo stadio dell'ammissibilità ma solo individui la cui richiesta era stata respinta nel merito in secondo grado o al primo grado se questi non avevano presentato appello. Cfr. Amnesty International, *A Blueprint for Despair. Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal*, p. 17.

¹⁶ Riguardo al fatto se la Turchia rispetti i requisiti per essere considerato un Paese di primo asilo, cfr., C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, cit., p. 9-10.

¹⁷ Si ricorda che in base alla giurisprudenza CEDU, un Paese è "sicuro" se lo è non solo in termini generali ma anche nel caso di specie, ossia in relazione alle condizioni specifiche del richiedente asilo. Ciò comporta, da un lato, un obbligo per lo Stato di verificare che detta sicurezza sussiste anche nel caso particolare e, dall'altro, la possibilità per il richiedente di dimostrare che, *nel suo caso*, lo Stato verso cui lo si vuole respingere non è sicuro e, quindi, di attivare la procedura di ammissibilità della domanda di asilo (cfr., *inter alia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 marzo 2017, ricorso n.47287/15, *Ilias and Ahmed v. Hungary*). Inoltre, per la Corte di Strasburgo, occorre verificare non solo le condizioni in cui la persona si troverà a vivere nel Paese verso il quale dovrebbe essere "rinvio" ma anche il fatto che da quello Stato non verrà successivamente espulsa verso un territorio dove la sua vita e integrità fisica potrebbero essere in pericolo (cfr., tra gli altri, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Jirsi Jamaa e altri c.*

In realtà, questa affermazione (che sottende anche a tutta l'impostazione dell'accordo UE-Turchia) appare per lo meno discutibile dato che lo Stato turco è ancora lontano dal rispettare i requisiti stabiliti dalla direttiva procedure affinché un Paese sia considerato "sicuro"¹⁸. Alcuni elementi sono sufficienti a dimostrare ciò.

Innanzitutto, la Turchia ha limitato la possibilità di riconoscere lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 solo agli individui provenienti dall'Europa¹⁹. In tutti gli altri casi (che sono quelli più frequenti), bisogna distinguere tra i richiedenti siriani e i richiedenti di altre nazionalità. Nel primo caso, si avrà il riconoscimento di una "protezione temporanea", disciplinata da un atto *ad hoc* del 2014²⁰, la quale permetterà agli individui appartenenti al gruppo su indicato di risiedere temporaneamente sul territorio nazionale e di fruire di alcuni diritti. Negli altri casi, la legge turca su stranieri e protezione internazionale prevede che i richiedenti possono accedere o alla protezione sussidiaria o allo *status di rifugiato condizionato*²¹ (che garantiscono un diritto temporaneo di permanenza sul suolo turco) e solamente ad alcuni diritti (attinenti, in particolare, all'accesso all'educazione e ai servizi sociali e sanitari nazionali e al mercato del lavoro)²². Non appare secondario evidenziare che la suddetta legge preveda che la detenzione amministrativa dei richiedenti possa essere decisa per impedire loro di entrare sul territorio nazionale in violazione dei termini e delle condizioni di ingresso dai *border gates*²³. Sebbene, secondo il dettato della legge,

Italia; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, ricorso n. 16643/09, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*). Tutto ciò implica, quindi, un obbligo dello Stato parte alla CEDU che intenda procedere all'"espulsione" di assicurarsi che le condizioni suddette siano rispettate nel Paese in cui l'individuo dovrebbe essere mandato, obbligo che non viene meno neppure nel caso in cui detto Paese rientri nel sistema di Dublino (e sia, quindi, considerato un Paese "sicuro") (caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, cit.). Per un'analisi della giurisprudenza della CEDU (riguardante, in particolare, l'Italia) in materia di tutela dei diritti dei migranti, cfr. R. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale* (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4, Protocollo 4), in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 147 ss.

¹⁸ In base a detta direttiva, uno Stato sarà sicuro se: il principio di *non refoulement* è rispettato; la vita o la libertà del richiedente non è in pericolo per motivi di razza, religione, sesso, ecc.; il richiedente non rischia di essere soggetto a un danno grave (pena di morte, tortura, trattamenti inumani e degradanti, e così via); il soggetto ha la possibilità di vedersi riconosciuto in detto Paese lo *status* di rifugiato e la protezione internazionale in base alla Convenzione di Ginevra del 1951.

¹⁹ La Turchia nel ratificare la Convenzione di Ginevra del 1951 ha adottato una dichiarazione di limitazione geografia (*ex art. 1B(1)* della Convenzione richiamata) attraverso la quale il riconoscimento dello *status* di rifugiato, così come previsto dalla Convenzione, è garantito solo agli individui provenienti da uno Stato membro del Consiglio d'Europa. Detta limitazione è stata confermata anche al momento di aderire al Protocollo del 1967 relativo alla Convenzione su richiamata.

²⁰ Cfr., Republic of Turkey, *Temporary Protection Regulation*, 22 October 2014 (consultabile al seguente link http://www.goc.gov.tr/files/_dokuman28.pdf).

²¹ Cfr., Republic of Turkey Ministry of Interior Directorate general of migration management, *Law on foreigners and international protection*, aprile 2014, artt. 62 e 63 (la legge è consultabile al seguente link [http://www.goc.gov.tr/files/files/law%20on%20foreigners%20and%20international%20protection\(2\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/law%20on%20foreigners%20and%20international%20protection(2).pdf)).

²² Cfr., *Law on foreigners and international protection*, cit., art. 89.

²³ Cfr., *Law on foreigners and international protection*, cit., art. 68, let. b).

tale detenzione possa protrarsi per un massimo di trenta giorni²⁴, tuttavia, essa può avere una portata molto ampia (in termini numerici) poiché molto frequente è il caso di richiedenti asilo che entrino o tentino di entrare in maniera irregolare nel territorio dello Stato presso cui cercano rifugio. Ugualmente, si prevede che ai beneficiari di protezione sussidiaria o dello *status* di rifugiato condizionato possa essere imposto, per ragioni di ordine pubblico e di pubblica di sicurezza di risiedere in una determinata provincia e di fare rapporto alle autorità secondo specifiche procedure e tempistiche²⁵.

Da tutto ciò discende che la Turchia non può essere considerato un luogo sicuro poiché, contrariamente a quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra e dalla Direttiva procedure, non vi è la possibilità per gli individui di accedere allo *status* “pieno” di rifugiato.

Secondariamente, la Turchia non ha ancora risolto gravi problemi inerenti al mancato rispetto dei diritti dei migranti e dei richiedenti asilo e alla sua capacità di garantire “soluzioni durevoli” per gli stessi²⁶. Infatti, da un lato, la Turchia non appare avere un programma su larga scala di reinsediamento dei migranti in Paesi terzi e, dall’altro, il fatto che i rifugiati condizionati o gli individui soggetti a protezione temporanea siano considerati individui in attesa di reinsediamento altrove e dotati di diritti “limitati” impedisce una loro integrazione a lungo termine che di fatto è possibile solamente per i rifugiati europei.

In terzo luogo, la Turchia ha una prassi costante di violazione del principio di *non refoulement*, prassi che sembra essersi ulteriormente intensificata a seguito del colpo di stato del 2016 e della dichiarazione dello stato di emergenza²⁷. Non è certo un caso se la Commissione di appello greca ha sovvertito nel 2017 quasi tutte le decisioni in materia di riconoscimento della protezione internazionale (adottate attraverso la procedura veloce poco sopra richiamata) affermando che la tutela garantita dalla Turchia ai rifugiati o richiedenti asilo non è in linea con gli standard internazionali e sussiste un pericolo di *refoulement* verso Stati dove la loro vita e l’integrità fisica possono essere gravemente minacciate²⁸.

²⁴ Considerando che i tempi massimi previsti dalla legge inerenti alle decisioni sui richiedenti asilo non sono rispettati dalla autorità turche, sorge legittimamente il dubbio che, anche nel caso del suddetto termine temporale, le deroghe siano la regola.

²⁵ Cfr., *Law on foreigners and international protection*, cit., art. 82.

²⁶ Cfr., Amnesty International, *No safe Refuge. Asylum-Seekers and Refugees Denied Effective Protection in Turkey*, disponibile al seguente link: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3825/2016/en/>.

²⁷ Cfr., Amnesty International, *Refugees at heightened risk of refoulement under Turkey’s state of emergency*, 22 settembre 2017 (disponibile al seguente link <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/7157/2017/en/>); Amnesty International, *Over 2000 Afghans at risk of deportation*, 24 aprile 2018 (consultabile al seguente link <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/8258/2018/en/>).

²⁸ Si noti che, a seguito di tali decisioni e su pressione degli Stati membri, la Grecia ha modificato la normativa interna in materia di composizione delle Commissioni di Appello: mentre prima queste erano composte da un membro di espressione governativa, uno dell’UNHCR e uno della Commissione nazionale per i diritti umani, ora saranno composte da due giudici amministrativi e un membro dell’UNHCR. Cfr., P. KINGSLEY, *Greece sidelines officials who blocked expulsion of refugees to Turkey*, in *The Guardian*, 17 giugno 2016, dove si lascia intendere che tale modifica sia stata fatta proprio allo scopo di avere esiti differenti sui ricorsi presentati dai richiedenti asilo.

In quarto luogo, la Turchia non appare uno Stato in cui la tutela dei diritti individuali sia generalmente e effettivamente garantita. Basti pensare al fatto che, a seguito del fallito colpo di Stato del 2016, le autorità turche hanno dichiarato lo Stato di emergenza (tutt'ora vigente) e previsto deroghe al rispetto del Patto ONU sui diritti civili e politici e alla CEDU o alle ripetute denunce fatte a livello internazionale circa l'uso sistematico della tortura, l'eccessivo uso della forza da parte della polizia, la diffusione di arresti arbitrari²⁹. Dette violazioni non possono certo essere giustificate in base alla facoltà riconosciuta agli Stati parti tanto dal Patto ONU (art. 4) quanto la Convenzione europea (art. 15) di adottare delle misure in deroga agli obblighi discendenti dai due strumenti in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione (o anche in caso di guerra per quanto riguarda la CEDU). Infatti, tali deroghe non possono concernere, *inter alia*, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, devono avere carattere temporaneo e strettamente inerente alla situazione invocata e, per giurisprudenza consolidata, non possono includere detenzioni arbitrarie, come, invece, si riscontra nel caso turco dove la dichiarazione dello stato di emergenza è stata utilizzata dalle autorità nazionali per giustificare illegittime limitazioni dei diritti individuali³⁰.

Come già accennato, l'accordo pone problemi non solo circa la garanzia di diritti fondamentali ma anche in relazione al rispetto delle norme dell'UE in materia di conclusione degli accordi internazionali. Infatti, sebbene nello *Statement* si affermi che esso è concluso dall'Unione europea, per la sua adozione non è stata seguita la procedura prevista dall'art. 218 del TFUE. In base a detto articolo, la conclusione degli accordi prevede la partecipazione tanto della Commissione quanto del Consiglio e del Parlamento (il quale è escluso dal procedimento di adozione solo nel caso in cui il trattato da stipulare riguardi esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune). Ora, nel caso di specie il trattato è stato negoziato dal Presidente del Consiglio europeo ed è stato concluso in un incontro tra il Consiglio Europeo e il Primo Ministro turco senza che il Parlamento europeo fosse minimamente coinvolto e con una limitatissima partecipazione della Commissione europea nella redazione dello *Statement*. Anche a voler ritenere che il trattato rientrasse esclusivamente nella politica estera e di sicurezza, esso avrebbe dovuto essere negoziato dall'Alto rappresentante UE per gli affari esteri e la sicurezza comune (e non dal Consiglio europeo che in base ai trattati non ha alcun potere di concludere accordi in nome dell'Unione) e il Parlamento avrebbe dovuto essere prontamente informato. Né, d'altro canto, l'accordo poteva essere concluso dagli

²⁹ Cfr., *Human Rights Watch, A Blank Check. Turkey's Post-Coup Suspension of Safeguards Against Torture*, 25 ottobre 2016, disponibile al seguente link <https://www.hrw.org/report/2016/10/25/blank-check/turkeys-post-coup-suspension-safeguards-against-torture>; *European Asylum Support Office, EASO Country of Origin Information Report. Turkey. Country Focus*, novembre 2016, consultabile al seguente link https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/EASOCOI_Turkey_Nov2016.pdf.

³⁰ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 giugno 2018, ricorso n.16538/17, *Şahin Alpay v. Turkey*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 settembre 2018, ricorso n. 13237/17, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*. Relativamente ai limiti che gli Stati devono rispettare affinché le limitazioni imposte alla fruizione dei diritti in caso di pericolo pubblico eccezionale siano legittime, si veda, Human Rights Committee, *General Comment no. 29. State of emergency*, del 31 agosto 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11.

Stati membri per conto della UE poiché esso ricade in una materia di competenza esclusiva di quest'ultima³¹. La questione della legittimità dell'atto in questione è stata sollevata sia davanti al Tribunale UE che davanti alla Corte di giustizia. Il primo, nel dichiararsi incompetente a pronunciarsi sulla legittimità giuridica dell'atto in questione (e, quindi, sulla sua annullabilità), ha qualificato lo *Statement* come un documento adottato dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri e non dal Consiglio europeo o altra istituzione dell'Unione. Il Tribunale, infatti, fondandosi sui documenti ufficiali presentategli dal Consiglio, ha ritenuto che la riunione in cui l'atto era stato adottato non era qualificabile come una riunione del suddetto Consiglio bensì era una riunione dei Capi di Stato dei Paesi membri della UE e del Primo Ministro turco in vista di una gestione della crisi migratoria che si faceva sempre più grave. Su tale aspetto e, quindi, sull'incompetenza del Tribunale a occuparsi della questione, non aveva alcuna influenza la natura giuridica dell'atto (su cui il Tribunale non si pronuncia), ossia il fatto che esso costituisse una dichiarazione di natura politica (come sostenuto dal Consiglio europeo) o un atto idoneo a esplicare effetti giuridici (come sostenuto dai ricorrenti)³². Infatti, anche nel caso in cui lo *Statement* venisse qualificato come un trattato internazionale, le parti contraenti sarebbero gli Stati membri del Consiglio e la Turchia, circostanza che portava a escludere la competenza del Tribunale. Ora, anche a voler ammettere l'impostazione seguita dal Tribunale, ci si chiede come un atto non concluso dall'UE possa impegnare la stessa (come previsto nello *Statement*) a versare tre milioni di euro alla Turchia per coadiuvare quest'ultima nell'accoglienza e gestione dei rifugiati o a permettere il reinsediamento di cittadini siriani in applicazione della regola “*one to one*” presente nel suddetto *Statement*. O, ancora, non è chiaro il significato di atti successivi in cui le istituzioni dell'UE (*in primis* la Commissione nei suoi rapporti) hanno richiamato i risultati positivi ottenuti *dall'Unione* in relazione alla riduzione dei flussi migratori grazie all'atto qui esaminato e ne hanno incoraggiato la continua e migliore implementazione. Né può essere obliato il fatto che la Dichiarazione UE-Turchia affermi che le parti “si accordano sui seguenti punti...” e stabilisca obblighi precisi a carico dell'una e dell'altra parte. Come è noto, in diritto internazionale, un trattato è un atto, qualunque sia la sua denominazione e la sua forma, in cui vi è un incontro di volontà di due o più soggetti di diritto internazionale volto a disciplinare una data

³¹ Su tali aspetti, cfr., E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.; M. GATTI, *La Dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016.

³² Cfr., Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, cit.; Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio europeo*, cit.; Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, cit. Per un commento, si veda, 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*, in *ejiltalk.org*, 20 aprile 2017. Si ricorda che la Corte di giustizia, investita del ricorso di impugnazione delle ordinanze del Tribunale, lo ha dichiarato irricevibile in quanto le argomentazioni delle parti non apparivano sufficientemente chiare, precise e coerenti per permettere alla Corte di esercitare il controllo di legalità. Cfr., Corte di Giustizia, ordinanza del 12 settembre 2018, *NF, NG, NM c. Consiglio europeo*, cause C-208/17, C-209/17, C-210/17 (si veda, D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei global compacts*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 1 ss., pp. 36-37).

materia e attraverso il quale le parti si assumono obblighi e diritti reciproci. Nel caso di specie, questi elementi, ricorrono certamente, non solo come dimostra il tenore del testo ma come provano anche gli atti di implementazione successivamente adottati dall'Unione e dalla Turchia. Inoltre, viene in rilievo la questione dell'interpretazione dei termini utilizzati nello *Statement*. Nell'opinione del Consiglio (seguito in ciò dal Tribunale), l'uso del termine "UE" all'interno del comunicato stampa rilasciato a seguito dell'incontro in cui l'atto è stato adottato era dipeso da una necessità di semplificazione al fine di rendere più facilmente intellegibile al pubblico il contenuto del comunicato. Tuttavia, non si comprende quale difficoltà di comprensione avrebbe creato nel lettore il riferimento ai "Capi di stato e di Governo degli Stati membri" (anziché all'Unione) quali soggetti cui era imputabile l'atto. In questo senso, il Tribunale avrebbe potuto (o meglio dovuto) fare ricorso alla regola consuetudinaria di interpretazione dei trattati secondo la quale l'interprete che deve chiarire il significato di un termine utilizzato in un trattato deve, innanzitutto, fare riferimento al testo dell'atto e al significato ordinario delle parole ivi utilizzate, a meno che le parti non indichino per le stesse dei significati specifici all'interno del trattato stesso (art. 31 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati)³³. Ciò è tanto più vero se si considera che non esiste un documento ufficiale relativo allo *Statement* differente dal suddetto comunicato stampa³⁴. Il Tribunale, invece, ha utilizzato essenzialmente (e esclusivamente) mezzi sussidiari di interpretazione tendenti a individuare la volontà delle parti al fine di escludere che l'atto fosse imputabile al Consiglio.

Questa tendenza a concludere "informalmente" accordi internazionali in materia di gestione e controllo dei flussi migratori, di per sé molto pericolosa perché sfugge al sistema di controlli e contrappesi previsti dal diritto dell'UE, ha avuto un riflesso anche a livello nazionale dove gli atti informali conclusi dagli Stati membri con Stati terzi in materia di riammissione di immigrati irregolari si sono diffusi. Ora, vi è da dire che nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia il principio di leale collaborazione quale regola generale di disciplina dei rapporti tra UE e Stati membri che abbiano concluso accordi nella medesima materia trova un'applicazione meno "rigida" proprio in relazione agli accordi concernenti l'attraversamento delle frontiere esterne³⁵. A ciò si è affiancata una tendenza della UE a incentivare l'adozione di questo tipo di strumenti e a

³³ Sul punto, 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*, cit.

³⁴ In tale senso, cfr., F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza*, Napoli, 2018, p. 205 ss., p. 217.

³⁵ In termini generali detto principio, da un lato, prevede che, nel caso gli Stati abbiano già concluso accordi in una materia su cui poi interviene la normativa europea essi dovranno adottare tutte le misure necessarie per eliminare ipotetiche o concrete incompatibilità e, dall'altro, limita il *treaty-making power* degli Stati in materie in cui la UE già intervenuta allo scopo di evitare che assumano impegni che possano compromettere l'effetto utile delle norme europee. Sull'applicazione del principio della leale cooperazione in tale ambito, cfr., F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi da Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.

darvi un immediato sostegno politico (e finanziario). Queste condizioni hanno, quindi, creato un quadro favorevole alla diffusione di strumenti informali di cooperazione tra gli organi di polizia di Stati membri e Stati terzi, di *memoranda* e di un uso della politica di cooperazione allo sviluppo indirizzati alla chiusura delle frontiere meridionali dell'Europa e al rimpatrio degli immigrati irregolari (ma non solo). In tale ambito, ci si soffermerà di seguito su alcuni casi della prassi italiana recentemente sviluppatasi.

3. I Memoranda d'intesa dell'Italia con la Libia e il Sudan quali paradigmi della prassi italiana di conclusione "informale" di accordi internazionali in materia di immigrazione

Il 2 febbraio 2017 l'allora Presidente del Consiglio Gentiloni ha concluso un *Memorandum d'intesa* con il Primo Ministro Serraj del Governo di accordo nazionale della Libia³⁶. L'atto costituisce un accordo internazionale in cui le parti si impegnano a cooperare nella lotta all'immigrazione irregolare in vista di una sua riduzione e di una gestione delle sue conseguenze³⁷, cooperazione che, per l'Italia, implica anche la fornitura di sostegno tecnico e tecnologico a tale scopo nonché l'aiuto finanziario a programmi di sviluppo nelle regioni libiche particolarmente colpite dal fenomeno dell'immigrazione irregolare. Detto accordo è stato concluso in forma semplificata evidenziando che non comporterà oneri aggiuntivi alle finanze nazionali poiché sarà possibile fruire dei fondi europei (art. 4). Tale specificazione è stata inserita per escludere che il trattato dovesse essere concluso in forma solenne e sottoposto al vaglio preventivo del Parlamento in base all'art. 80 Cost. Tuttavia, la violazione di detto articolo non è esclusa poiché l'accordo, data la sua portata e le importanti scelte politiche che ne sono alla base, potrebbe rientrare nel concetto di "trattato di natura politica"³⁸. Come è noto, la circolare n. 5 dell'allora Ministro degli Affari Esteri Susanna Agnelli è intervenuta nel 1995 a chiarire la portata della categoria di trattato appena richiamata. La circolare specifica, infatti, che sono trattati di natura politica *ex art. 80 Cost.* quei trattati "che hanno un grande rilievo politico comportando scelte

³⁶ Altri *Memoranda* d'intesa rilevanti in materia di riammissione sono quelli conclusi con Ghana, Niger, Senegal (tutti del 2010) e Nigeria (del 2011).

³⁷ È appena il caso di ricordare che detto *Memorandum* si pone in linea di continuità con vari accordi conclusi con la Libia di Gheddafi negli anni 2000 in funzione di controllo dell'immigrazione, tra cui l'Accordo di amicizia, partenariato e cooperazione concluso il 30 agosto del 2008, accordo che viene esplicitamente richiamato nel *Memorandum* del 2017 (nonostante, lo si ricorda, la Corte di Strasburgo nel caso *Hirsi Jamaa* ne abbia dichiarato l'incompatibilità, per lo meno sotto alcuni profili, con i principi di *non refoulement* e di divieto di espulsioni collettive). Sulla natura pattizia del *Memorandum* vedi, tra gli altri, M. GIUFFRÉ, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus.it*, 20 marzo 2017.

³⁸ Cfr., M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 259 ss. Si evidenzia che nel febbraio del 2018 quattro parlamentari (Brignone, Civati, Maestri, Marcon) hanno presentato un ricorso alla Corte costituzionale per la violazione dell'art. 80 Cost. da parte del Governo nella conclusione dell'accordo con la Libia. La Corte, con ordinanza del 19 luglio 2018, ha stabilito che i singoli parlamentari non hanno la facoltà di far valere detta violazione poiché la prerogativa in questione appartiene al Parlamento il solo, quindi, legittimato a reagire.

fondamentali di politica estera”³⁹. Fermo restando che in questo ambito il Governo gode di una certa discrezionalità nel decidere se il trattato rientri o meno nella suddetta tipologia, due elementi potrebbero ricondurre il *Memorandum* nell’alveo dell’art. 80 Cost.: l’Accordo tra Italia e Libia interviene in un settore, quello della gestione dei flussi migratori, che negli ultimi decenni ha acquisito un’importanza centrale non solo nelle politiche nazionali ma anche in quelle europee e internazionali e che quindi ha un grande rilievo politico; il *Memorandum* contiene delle previsioni la cui implementazione potrebbe porre problemi di compatibilità con la Costituzione e le norme internazionali in materia di tutela dei diritti dell’uomo⁴⁰.

Riguardo al contenuto, ciò che immediatamente colpisce è la totale assenza di articoli riguardanti obblighi in materia di rispetto dei diritti dei migranti (e potenziali rifugiati), se si esclude l’art. 5 dell’accordo dove si stabilisce genericamente che “Le Parti si impegnano ad interpretare e applicare il presente *Memorandum* nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte”. Il carattere “difensivo” (e non certo umanitario) dell’accordo risulta poi evidente, oltre che dal testo dello stesso⁴¹, anche dalla successiva azione condotta dal Governo Gentiloni tendente a coinvolgere le tribù che di fatto controllano la zona meridionale della Libia. Dopo aver favorito la pacificazione tra dette tribù⁴², l’esecutivo ha svolto vari incontri con i sindaci delle città libiche maggiormente colpite dall’immigrazione irregolare allo scopo di concordare con essi l’assistenza economica allo sviluppo che l’Italia dovrebbe fornire alle comunità locali in cambio di una cooperazione nel controllo (*rectius* respingimento) degli immigrati irregolari che tentano di entrare in Libia per raggiungere le coste del Mediterraneo e arrivare in Europa⁴³.

³⁹ Cfr., circolare n. 5 del Ministro degli Affari Esteri Agnelli, *Procedure relative agli accordi internazionali*, del 19 aprile 1995.

⁴⁰ È stato evidenziato anche un altro elemento rilevante per quanto concerne la deroga alle garanzie costituzionali, ossia la costituzione di un Comitato paritario a cui il *Memorandum* attribuisce il compito di identificare ulteriori misure di implementazione dell’accordo, misure che è probabile avranno un’approvazione ancora più semplificata e meno trasparente. Cfr., F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di “accordi” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, cit., p. 210.

⁴¹ Nella parte preambolare del *Memorandum* si legge: “Riaffermando la ferma determinazione di cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti clandestini che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanea in Libia, sotto l’esclusivo controllo del Ministero dell’Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine [...]”; “Sottolineando l’importanza del controllo e della sicurezza dei confini libici, terrestri e marittimi, per garantire la riduzione dei flussi migratori illegali, la lotta contro il traffico di esseri umani e il contrabbando di carburante [...]”.

⁴² Circa sessanta tribù, con la mediazione dell’Italia, hanno firmato un accordo di pace durante un incontro svoltosi a Roma alla fine del mese di marzo del 2017.

⁴³ Significative appaiono le parole pronunciate dal Ministro Minniti in occasione della conclusione del suddetto accordo di pacificazione tra le tribù: “*Sigillare la frontiera a Sud della Libia, significa sigillare la frontiera a Sud dell’Europa*” (corsivo aggiunto). Cfr., G. LONGO, *Libia, le tribù del Sud siglano la pace e si impegnano a bloccare i migranti*, in *La stampa*, 2 aprile 2017 (consultabile al seguente link <https://www.lastampa.it/2017/04/02/esteri/libia-le-trib-del-sud-siglano-la-pace-e-si-impegnano-a-bloccare-i-migranti-qzNs23DGe0OSdJi7G285FK/pagina.html>).

Non è certamente un caso se, dopo la conclusione del *Memorandum* tra Italia e Libia, il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, abbia inviato una lettera al Ministro Minniti attirando l'attenzione dell'esecutivo sulla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti discendenti dalla CEDU e chiedendo chiarimenti sul tipo di sostegno che l'Italia intende fornire alle autorità libiche nelle loro acque territoriali e sulle garanzie adottate dal nostro Paese per assicurare che le persone salvate da navi italiane in acque territoriali libiche non siano successivamente esposte a situazioni in cui vi sia il rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU⁴⁴.

Né può essere sottaciuta la retorica utilizzata all'interno del *Memorandum*: ripetuto è il riferimento ai clandestini e agli immigrati irregolari mentre la categoria dei richiedenti asilo svanisce⁴⁵, quasi a significare che nei flussi migratori provenienti dalla Libia non esistono migranti aventi diritto alla protezione internazionale.

Infine, come nel caso dello *Statement* UE-Turchia⁴⁶, la successiva applicazione e implementazione dell'accordo con la Libia si basa sul fatto che essa costituisca uno Stato sicuro per i migranti e i richiedenti asilo ma, come si dirà più avanti⁴⁷, la realtà dei fatti dimostra l'inesistenza di detta preconditione.

Il *Memorandum* libico era stato preceduto pochi mesi prima da un altro concernente l'"intesa tra il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio" firmato a Roma il 3 agosto 2016. Nuovamente, quello che viene definito un semplice *Memorandum* volto alla cooperazione tra organi di polizia stranieri, è in realtà un accordo internazionale concluso in forma semplificata⁴⁸. Dopo una prima parte dedicata alla

⁴⁴ Cfr., CommHR/INM/sf 0345-2017, 28 settembre 2017 (disponibile al seguente link <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-govern%ADment-s-res/168075baea>). Nella sua risposta l'allora Ministro degli Interni italiano ha evidenziato, tra le altre cose, che mai navi italiane hanno riportato migranti in Libia e che la cooperazione è finalizzata alla formazione, equipaggiamento e al supporto logistico alla Guardia costiera libica nell'ottica di favorire lo sviluppo e il rafforzamento delle autonome capacità operative di quest'ultima. Per una analisi critica del *Memorandum* in parola (e di altri "accordi" conclusi dalla Ue e dall'Italia) con riferimento alla tutela dei diritti individuali, si veda, tra gli altri, G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in SIDIBlog, 11 settembre 2017.

⁴⁵ Cfr., A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2 ottobre 2017.

⁴⁶ È stato evidenziato che, rispetto all'accordo UE-Turchia, quello concluso tra Italia e Libia presenta aspetti anche più preoccupanti poiché, a differenza del primo, non si prevede alcun meccanismo di reinsediamento in Italia di migranti e perché in Libia la situazione appare perfino peggiore di quella turca sia in termini politici (vista anche la maggiore instabilità) che per quanto riguarda la tutela dei diritti umani. Cfr., A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?*, cit.

⁴⁷ *Infra*, par. 3.

⁴⁸ Pure nel caso del *Memorandum* tra Italia e Sudan sussistono dubbi circa la legittimità della conclusione del trattato senza il passaggio davanti alle Camere considerando che, come si vedrà, esso incide sulla condizione giuridica dello straniero, materia che è coperta da riserva di legge ex art. 10, c. 2, Cost. Ne deriva che anche il *Memorandum* con il Sudan avrebbe richiesto una procedura solenne di conclusione dell'accordo e l'intervento delle Camere al fine di autorizzarne la ratifica in quanto trattato che prevede modifiche legislative. Vi è anche chi ritiene che tale accordo rientri tra i "trattati di natura politica"

disciplina della cooperazione tra gli organi di polizia dei due Stati allo scopo di contrastare la criminalità organizzata nelle sue varie forme (tra cui criminalità organizzata transnazionale, produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti, traffico di esseri umani, immigrazione clandestina, traffico di armi), la seconda parte è specificatamente indirizzata alla “collaborazione nella gestione delle frontiere e dei flussi migratori e in materia di rimpatrio”. Al di là della previsione che le parti si forniscono consulenza, assistenza tecnica e formazione per migliorare le loro capacità gestionale dei flussi migratori, si prevedono obblighi reciproci in materia di rimpatrio. A fronte dell’assunzione di obblighi in materia di accertamento e identificazione dei migranti irregolari, di rimpatrio degli stessi, di emissione di documenti di viaggio d’emergenza da parte del Sudan, l’Italia si farà carico delle relative spese. In particolare, le autorità sudanesi forniscono assistenza e supporto nell’accertamento dell’identità dei migrati irregolari al fine di permetterne il rimpatrio da parte alle autorità italiane, autorità sudanesi che, su richiesta di quelle italiane, possono direttamente svolgere le interviste nel luogo in cui i migranti sono trattenuti o nei loro locali diplomatici o consolari, al fine di identificarli e ed emettere lasciapassare sudanesi d’emergenza. A questa procedura di rimpatrio “ordinaria” se ne affianca, poi, una applicabile nei casi di necessità ed urgenza che permette di “rimpatriare” immediatamente i presunti cittadini sudanesi e di svolgere l’attività di identificazione solo successivamente e direttamente in Sudan.

Rispetto al caso libico, l’informalità seguita è stata ancora più “audace” (tanto che si è parlato di una conclusione in forma “ultrasemplificata”⁴⁹) non solo perché l’atto è stato concluso dai vertici della polizia ma anche (e soprattutto) perché il *Memorandum* non ha ricevuto l’adeguata pubblicizzazione attraverso la Gazzetta ufficiale, come richiede la normativa nazionale⁵⁰, né alcuna comunicazione in materia è stata data alle Camere con grave lesione del principio di pubblicità delle relazioni internazionali⁵¹ e del controllo che l’esistenza del dibattito parlamentare fornisce relativamente al rispetto degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani⁵².

richiamati dall’art. 80; in tale senso, cfr., A. ALGOSTINO, *L’externalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 161 ss.

⁴⁹ Cfr., C. FAVILLI, *Presentazione*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2016, p. 11 ss., pp. 14-15.

⁵⁰ Cfr., Legge 11 dicembre 1984, n. 839, *Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*.

⁵¹ Si evidenzia che le uniche notizie circa la conclusione dell’accordo si sono avute per mezzo di un comunicato dell’Ambasciata italiana a Khartoum (poi cancellato) e di uno dell’UNICRI Italia.

⁵² Significativo in termini di “segretezza” della conclusione degli accordi in tale materia è il caso dell’Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger concluso il 26 settembre 2017. Detto accordo è stato oggetto di una sentenza del Tar Lazio il quale, su ricorso di alcuni avvocati dell’ASGI (Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione) contro il diniego di pubblicazione da parte del MAECI, ha obbligato il Governo italiano a rendere pubblico detto trattato affermando il dovere dell’esecutivo di pubblicare gli accordi internazionali che non siano coperti da segreto di Stati (indipendentemente dal fatto che siano conclusi in forma semplificata o solenne) e che siano applicati provvisoriamente quando l’iter di ratifica non è ancora concluso (come nel caso di specie, dato che l’accordo in questione, non ancora ratificato, ha costituito la base per la Missione bilaterale di supporto nella Repubblica del Niger autorizzata dal Parlamento nel gennaio 2018). Al momento di chiudere il presente contributo (gennaio 2019) l’accordo non è ancora

Venendo al contenuto dell'atto e alla sua compatibilità in materia di tutela dei diritti umani, alcune previsioni destano seria preoccupazione. In primo luogo, l'eventualità che le autorità diplomatiche e consolari sudanesi svolgano le interviste dei migranti al fine di identificarne la nazionalità e permetterne il rimpatrio, sembra poter limitare la libertà degli individui di richiedere asilo qualora si trovino a svolgere l'intervista proprio con le autorità del Paese d'origine da cui sono fuggiti. È notorio, infatti, che il Sudan sia governato da un dittatore (Al –Bashir) il quale è destinatario di due mandati di arresto da parte della Corte penale internazionale per genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità⁵³.

In secondo luogo, la previsione per cui le autorità sudanesi stabiliscono l'identità delle persone solamente sulla base del suddetto colloquio senza svolgere ulteriori indagini ed emettendo “il prima possibile, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza (lasciapassare)” (sic!) appare lesivo del diritto degli individui di contestare detta decisione e dimostrarne l'erroneità. A parziale ristoro sembrerebbe stare l'impegno dello Stato italiano a riammettere sul territorio italiano quanti siano stati rimpatriati in Sudan pur non avendone la cittadinanza. Tuttavia, le condizioni politico-istituzionali di tale Stato non appaiono poter garantire una veloce ed effettiva applicazione della suddetta previsione che richiede necessariamente la collaborazione del Sudan.

In terzo luogo, il regime delle procedure di rimpatrio nei casi di necessità e urgenza appare incompatibile con il divieto di espulsioni collettive e potenzialmente lesivo del principio di *non refoulement*. Infatti, l'art. 14 del *Memorandum* prevede che qualora “le Parti riconoscano, di comune accordo, l'esistenza di casi di necessità e d'urgenza, le procedure per stabilire l'identità delle persone da rimpatriare possono essere eseguite in territorio sudanese [...]” il che significa che, *prima*, le persone verranno rimpatriate e, *poi*, avverrà l'identificazione degli individui (per permettere il ritorno in Italia di coloro che non siano cittadini sudanesi). Ora, il diritto internazionale dei diritti umani richiede che l'espulsione di un individuo venga valutata sempre caso per caso, prima di darvi esecuzione, garantendo alle persone oggetto di provvedimento la possibilità di contestarne la legittimità davanti alle autorità giudiziarie del Paese che dovrebbe procedere all'espulsione; tutto ciò allo scopo di impedire che un individuo venga rinvioato verso un Paese dove la sua vita o integrità fisica possano essere in pericolo. Il Sudan di Al Bashir non pare poter essere considerato un Paese sicuro in termini generali, date le diffuse violazioni dei diritti umani e considerato che la sicurezza e la situazione umanitaria appaiono ancora compromesse⁵⁴. Significative sono le parole del Rapporto sul Sudan del Comitato ONU sui diritti umani in cui, relativamente alle

stato pubblicato. Cfr., Tar Lazio, sentenza del 16 novembre 2018, n. 05606/2018 REG.RIC. Per un commento, si veda, A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SIDIblog.org*, 5 dicembre 2018.

⁵³ Cfr., Corte penale internazionale, Pre-Trial Chamber I, caso ICC-02/05-01/09, *Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)*, decisione del 4 marzo 2009 e decisione del 12 luglio 2010.

⁵⁴ Cfr., Human Rights Council, *Report of the Independent Expert on the situation of human rights in the Sudan*, A/HCR/36/63, 27 luglio 2017.

persone richiedenti asilo, si evidenzia che: “[...] the Committee is concerned about allegations of forced returns of asylum seekers and refugees, including the forced return of 104 Eritrean refugees, among them 30 minors[...]” richiedendo al Sudan di adottare “the steps necessary to protect the rights of asylum seekers and refugees [...]. It should refrain from conducting, under any circumstances, collective expulsions of migrants and asylum seekers”⁵⁵.

A ciò si aggiunge che nel disciplinare la su richiamata procedura d’urgenza il *Memorandum* non stabilisce le condizioni che devono ricorrere al fine di affermare l’esistenza della “necessità e urgenza”, essendo queste ultime ravvisate *semplicemente* sulla base dell’accordo delle Parti.

Dati questi presupposti, si ritiene improbabile che la Corte di Strasburgo, che il 13 febbraio 2017 è stata investita di un ricorso presentato da 5 cittadini sudanesi contro l’Italia a causa del loro rimpatrio forzato in applicazione dell’intesa italo-sudanese⁵⁶, possa considerare detto *Memorandum* compatibile con le norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani.

Si noti che l’accordo con il Sudan non è certo l’unico concluso dalle nostre autorità di polizia: nel 2016, l’allora Capo della polizia Franco Gabrielli, dichiarava che erano stati stipulati 267 accordi di polizia⁵⁷. Solitamente, questi atti sono indirizzati a sviluppare regole tecniche nel campo della lotta a vari crimini (tra cui la tratta degli esseri umani), il che ha portato a far transitare la tematica della riammissione proprio all’interno della cooperazione tra polizie. Tuttavia, come dimostra l’accordo con il Sudan, non sempre ci si è limitati a porre obblighi di semplice cooperazione tecnica, ma si è andati ben oltre e, questo, all’interno di atti che sfuggono alle normali regole di conclusione e pubblicità dei trattati internazionali e al controllo democratico garantito dalle regole costituzionali.

4. Salvataggio in mare di migranti e individuazione di un *porto sicuro* di sbarco

Il *Memorandum* di intesa tra Italia e Libia ha, come già indicato, l’obiettivo di rendere la Guardia costiera libica maggiormente capace di intervenire nelle operazioni di ricerca e salvataggio così da ricondurre i migranti in Libia. L’implementazione di questo aspetto pone in rilievo una questione più specifica, ma strettamente connessa all’idea di tutelare i confini europei e nazionali “a ogni costo”. Ci si riferisce alla tematica del porto sicuro dove far sbarcare i migranti che siano stati salvati a seguito di un naufragio mentre tentavano di raggiungere l’Europa attraverso il mare.

⁵⁵ Cfr., Human Rights Committee, *Concluding observations on the fifth periodic report of the Sudan*, CCPR/C/SDN/CO/5, 19 novembre 2018.

⁵⁶ Cfr., *W.A. and others v. Italy*, application 18787/17.

⁵⁷ Ad esempio, accordi di polizia contenenti clausole sulla riammissione sono stati conclusi con l’Algeria (2001), l’Egitto (2007), il Gambia (2010), l’India (2000) e la Turchia (2001).

Le cronache degli ultimi mesi sono costellate dai casi di navi private⁵⁸ (nella maggior parte appartenenti a ONG) che si sono viste negare per giorni l'indicazione di un *place of safety* (POS) dove far sbarcare i migranti da esse salvati.

Per poter determinare il quadro giuridico entro cui inquadrare tali eventi, è necessario partire da alcune norme del diritto internazionale del mare. Innanzitutto, la Convenzione di Montego Bay all'art. 98 prevede l'obbligo per ogni Stato parte di imporre ai comandanti delle navi che battono la loro bandiera di fornire assistenza a ogni persona che si trovi in pericolo in mare purché ciò non metta in pericolo la nave, l'equipaggio e/o i passeggeri⁵⁹. La *Convenzione internazionale sul salvataggio*⁶⁰ prevede, poi, uno specifico obbligo del capitano di qualsiasi nave di salvare persone che si trovino in pericolo, se ne è a conoscenza e se ciò non mette a repentaglio la vita o la sicurezza del personale a bordo e dei passeggeri (art. 10). La *Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS)*⁶¹ specifica tale obbligo prevedendo che il comandante possa non prestare soccorso solamente nel caso in cui non sia in grado di intervenire o il suo intervento sia inutile o irragionevole⁶². In generale, poi, la regola del salvataggio della vita umana che sia in pericolo in mare costituisce una norma consuetudinaria del diritto del mare⁶³. Ancora, in base agli emendamenti alla SOLAS e

⁵⁸ Si ricorda che fa eccezione il caso della nave Diciotti, nave a cui per lunghi giorni è stato negato l'accesso ai porti italiani sebbene non fosse una nave privata ma appartenesse alla Guardia costiera italiana. Tale evento ha condotto il Tribunale dei ministri di Catania a richiedere al Senato della Repubblica l'autorizzazione a rinviare a giudizio il Ministro degli Interni Matteo Salvini con l'accusa di sequestro di persona per aver negato lo sbarco dei migranti salvati dalla Diciotti che per giorni è stata bloccata davanti al porto di Catania. I giudici del Tribunale dei Ministri ritengono, infatti, che la decisione del Capo del Viminale non sia dipesa da ragioni legate alla tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica (nel qual caso la sua decisione sarebbe stata lecita) ma da ragioni politiche che si inseriscono nel braccio di ferro sulla distribuzione dei rifugiati che vede contrapposta l'Italia ad altri Stati europei. Cfr., Tribunale di Catania, Sez. reati ministeriali, relazione del 7 dicembre 2018 (dep. 22 gennaio 2019).

⁵⁹ L'art. 98 della Convenzione così recita: "Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; [...]".

⁶⁰ *International Convention on Salvage*, adottata il 28 aprile del 1989 e entrata in vigore il 14 luglio del 1997.

⁶¹ *International Convention for the safety of life at sea*, adottata il 10 novembre 1974 e entrata in vigore il 25 maggio 1980.

⁶² Cfr., capitolo 5, regola 10, lett. a) SOLAS (successivamente divenuta regola 33.1). In base alle norme richiamate non appare, quindi, legittimo il divieto imposto dalla Libia alle navi straniere, in particolare a quelle delle ONG, di condurre operazioni di salvataggio all'interno della zona SAR della Libia a meno che non vengano a ciò previamente autorizzate, divieto contenuto nella dichiarazione del 2017 istitutiva della zona SAR libica. Si consideri, per di più, che le autorità libiche non sono in grado di garantire il controllo e tempestivi interventi di soccorso su tutta la suddetta zona SAR e che, a seguito della dichiarazione poco sopra richiamata, nessun accordo relativo alla cooperazione e al coordinamento circa le attività di ricerca e salvataggio è stato concluso tra Italia e Libia.

⁶³ Sull'obbligo di tutelare la vita dei migranti irregolari che si trovino in pericolo in mare, cfr., M. DI FILIPPO, *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea: International Rules and Recent Developments in the Mediterranean Sea*, in A. DEL VECCHIO (eds.), *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, 2014, p. 9 ss.; K. NOUSSIA, *The Rescue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations*, in *Ocean Yearbook*, 2017, p. 155 ss.; T. SCOVAZZI, *La tutela della*

alla *Convenzione sulla ricerca e il salvataggio (SAR)*⁶⁴ adottati nel 2004, gli Stati parti a tali Convenzioni hanno l'obbligo di indicare il prima possibile al comandante che abbia proceduto al salvataggio di naufraghi un *place of safety* dove sbarcare questi ultimi⁶⁵.

Per il diritto internazionale, quindi, vi è un obbligo per gli Stati e per i comandanti delle navi, tanto pubbliche quanto private, di salvare chiunque sia in pericolo di vita in mare e di condurlo in un porto sicuro⁶⁶.

Detto obbligo è riaffermato anche dal diritto dell'Unione. Il regolamento 656 del 2014⁶⁷, indirizzato a stabilire norme comuni in materia di sorveglianza delle frontiere marittime esterne, all'art. 9 richiama, innanzitutto, il dovere degli Stati di prestare assistenza a qualunque natante o persona in pericolo in mare (dovere che si impone anche alle unità navali partecipanti ad un'operazione marittima) conformemente al diritto internazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali. A tale previsione si collega il par. 1, let. c), dell'art. 10 il quale stabilisce un obbligo di cooperazione tra gli Stati membri e il competente centro di coordinamento delle attività di soccorso al fine di individuare un *luogo sicuro* dove sbarcare in modo rapido e efficace le persone salvate. In relazione a detto luogo, vengono in rilievo due altre norme dell'atto qui considerato: l'art. 2, par. 11, dove troviamo una definizione di *luogo sicuro* ai fini del regolamento

vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss.

⁶⁴ *International Convention on Maritime Search and Rescue*, adottata il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985.

⁶⁵ Cfr., capitolo 5, regola 33.1-1 SOLAS; Capitolo 1.3.2 SAR. Si ricorda, poi, che, sempre per effetto degli emendamenti su richiamati, i comandanti di navi che abbiano salvato delle persone in pericolo in mare hanno il dovere di trattarli con umanità (cfr., capitolo 5, regola 33.6 SOLAS).

⁶⁶ L'obbligo di indicare un porto sicuro dove condurre le persone salvate non implica, per il diritto internazionale del mare, l'ulteriore obbligo di individuare tale porto sul territorio dello Stato che ha coordinato le operazioni di ricerca e salvataggio. Tuttavia, circa la compatibilità con le norme di diritto internazionale sui diritti umani di una chiusura dei porti nazionali agli sbarchi di navi cariche di migranti, si veda P. DE SENA, F. DE VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDBlog.org*, 1 luglio 2017. Interessante, in tale senso, è la recente vicenda della *Sea-Watch 3*. Infatti, al momento di chiudere il presente scritto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso di adottare delle misure cautelari a seguito dei ricorsi presentati contro l'Italia il 25 e il 28 gennaio 2019 dal Comandante della *Sea-Watch 3* e dai 15 minori non accompagnati presenti a bordo. La nave, infatti, era bloccata davanti al porto di Siracusa senza poter sbarcare i 49 migranti che aveva salvato, nonostante la situazione a bordo fosse sempre più precaria e i migranti fossero in condizioni di salute sempre peggiori. Nell'adottare le suddette misure cautelari, la Corte, pur non imponendo alle autorità italiane di concedere l'ingresso in porto della nave (come richiesto dai ricorrenti), ha ordinato all'Italia di adottare tutte le misure necessarie per assicurare ai migranti cibo, acqua, cure mediche e, ai minori non accompagnati, l'assistenza legale (cfr., European Court of Human Rights, press release, *ECHR grants an interim measure in case concerning the SeaWatch 3 vessel*, 29 gennaio 2019, ECHR 043 (2019)). Il 31 gennaio, le autorità italiane hanno permesso alla nave di sbarcare a Catania vista la disponibilità di altri otto Paesi europei ad accogliere i migranti presenti a bordo. Sarà, quindi, interessante vedere se e come la Corte si pronuncerà in relazione a possibili violazioni delle norme CEDU discendente dalla prassi di non permettere lo sbarco nei porti nazionali alle navi che abbiano svolto attività di soccorso di migranti.

⁶⁷ Regolamento (UE) 656/2014 del Parlamento e del Consiglio del 15 maggio 2014, *recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*, in GUUE L189 del 27 giugno 2014, p. 93.

(definizione che viene ripresa dalle Linee guida dell'IMO del 2004)⁶⁸, vale a dire: “un luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento”; l'art. 4 indirizzato a riaffermare il principio di non refoulement e l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali⁶⁹. Ne discende, quindi, che per il diritto dell'UE un luogo può essere considerato un *place of safety* se sono rispettate due condizioni: a) in quel luogo le operazioni di sbarco possono essere condotte in sicurezza per la vita delle persone salvate; b) in detto luogo sono rispettati i diritti fondamentali degli individui e il principio di non refoulement⁷⁰.

Se si escludono le su richiamate linee-guida, i testi della Convenzione SAR e della SOLAS non forniscono una definizione di *place of safety*, il che lascia lo spazio a interpretazioni del suo contenuto più o meno estensive e rende necessario cercare di determinarne il contenuto allo scopo di delimitare diritti e doveri dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti nelle operazioni di salvataggio. In tale ambito, sono esemplificative le opposte interpretazioni date dal giudice di Catania e da quello di Ragusa nella vicenda relativa al sequestro e dissequestro della nave *Open Arms* (della ONG spagnola *Proactiva*)⁷¹.

Prima di entrare nel merito delle decisioni richiamate, è necessario delineare brevemente i fatti all'origine della vicenda. Il 17 marzo 2018 la nave *Open Arms* sbarcava a Pozzallo con un carico a bordo di 218 migranti dopo aver navigato per due

⁶⁸ Cfr., IMO, *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, risoluzione MSC.167 (78) del 20 maggio 2004.

⁶⁹ L'articolo in questione così recita: “1. Nessuno può, in violazione del principio di non respingimento, essere sbarcato, costretto a entrare, condotto o altrimenti consegnato alle autorità di un paese in cui esista, tra l'altro, un rischio grave di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura, alla persecuzione o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, o in cui la vita o la libertà dell'interessato sarebbero minacciate a causa della razza, della religione, della cittadinanza, dell'orientamento sessuale, dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale o delle opinioni politiche dell'interessato stesso, o nel quale sussista un reale rischio di espulsione, rimpatrio o estradizione verso un altro paese in violazione del principio di non respingimento. 2. In sede di esame della possibilità di uno sbarco in un paese terzo nell'ambito della pianificazione di un'operazione marittima, lo Stato membro ospitante, in coordinamento con gli Stati membri partecipanti e l'Agenzia, tiene conto della situazione generale di tale paese terzo. [...] Qualora lo Stato membro ospitante o gli Stati membri partecipanti siano o avrebbero dovuto essere a conoscenza del fatto che un paese terzo mette in atto le pratiche di cui al paragrafo 1, le persone intercettate o soccorse non sono sbarcate, costrette a entrare, condotte o altrimenti consegnate alle autorità di tale paese”.

⁷⁰ Per un'analisi del regolamento e delle azioni condotte dall'UE in materia di controllo delle frontiere esterna, si veda, S. MARINAL, *The Interception and Rescue at Sea of Asylum Seekers in the Light of the New EU Legal Framework*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, p. 901 ss.

⁷¹ Per un commento alle decisioni qui richiamate, si veda, F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 443 ss.; V. PASSALACQUA, *The 'Open Arms' case: Reconciling the notion of 'place of safety' with the human rights of migrants*, in *ejiltalk.org*, 21 maggio 2018; M. O. SENTINA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e stato di necessità: i criteri di valutazione del "pericolo attuale di danno grave alla persona" secondo il Tribunale di Ragusa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 504 ss.

giorni in attesa che le autorità italiane o quelle spagnole le indicassero un porto sicuro di sbarco. L'*Open Arms* il 15 marzo aveva salvato dei migranti che si trovavano in difficoltà essendo stata chiamata a intervenire dal Centro di coordinamento di Roma (*Maritime Rescue Co-ordination Centre, MRCC*). Essa aveva continuato a svolgere le operazioni di salvataggio nonostante la richiesta rivolta da parte della Guardia costiera libica, anch'essa sopraggiunta sul luogo del disastro, di porvi fine e di consegnare i migranti già salvati⁷². A quel punto per la nave dell'ONG spagnola iniziava un lungo viaggio alla ricerca di un porto sicuro poiché l'MRCC di Roma, a cui era stata chiesta l'indicazione di un *place of safety*, si dichiarò non competente. Dopo due giorni di navigazione venne concessa l'autorizzazione a entrare nel porto di Pozzallo e, qui, l'equipaggio della nave ricevette notifica del decreto di sequestro preventivo e dell'apertura delle indagini da parte della Procura di Catania per il reato di associazione per delinquere e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Poiché il g.i.p. di Catania esclude il reato di associazione per delinquere, la competenza tornò al g.i.p. di Ragusa⁷³.

Il g.i.p. di Catania, allo scopo di sostenere l'illiceità della condotta del comandante della nave spagnola nel non lasciare che i migranti fossero accolti sulle motovedette libiche presenti, evidenziava che il concetto di *place of safety* deve essere inteso come un porto in cui i migranti possano essere sbarcati in condizioni di sicurezza, senza che nel concetto di "sicurezza" rientrino anche considerazioni circa le condizioni di vita all'interno dei centri di accoglienza in cui i migranti verranno condotti⁷⁴. Diametralmente opposta è, invece, l'impostazione del g.i.p. di Ragusa. La documentata esistenza in Libia di campi in cui si perpetrano gravi e continue violazioni dei diritti

⁷² Dei tre gommoni coinvolti, solamente uno venne raggiunto dalla motovedetta libica e i migranti furono ricondotti a Tripoli.

⁷³ Normalmente per l'area di Pozzallo la competenza appartiene al Tribunale di Ragusa. Tuttavia, nel caso qui analizzato, l'iniziale competenza del Tribunale di Catania era giustificata dalla contestazione del reato di associazione a delinquere tra quelli imputati al comandante e all'equipaggio della nave. Sebbene non sia questo un aspetto direttamente attinente alle questioni affrontate nel presente scritto, si evidenzia che, nel confermare la decisione di dissequestro della nave adottata dal g.i.p. di Ragusa nell'aprile del 2018, il Tribunale di Ragusa ha correttamente evidenziato che l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare era priva di fondamento mancando del tutto gli elementi costitutivi del reato. Cfr., Tribunale di Catania, Sezione del Giudice per le indagini preliminari, *Decreto di convalida e di sequestro preventivo*, 27 marzo 2018; Tribunale di Ragusa, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, *Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo*, 16 aprile 2018; Tribunale di Ragusa, Giudice del riesame, *Ordinanza di conferma del decreto del g.i.p.*, 11 maggio 2018. Si evidenzia che quello della *Open Arms* non è il solo caso in cui le accuse rivolte alle ONG sono state dichiarate infondate. Cfr., Procura della Repubblica di Palermo, richiesta di archiviazione, 28 maggio 2018, Proc. n. 9039/17 R.G.N.R. Per un commento, si veda, G. LICASTRO, *Una breve e mirata notazione. Contra la criminalizzazione delle ONG: una rilevante apertura all'osservanza degli obblighi discendenti dalle convenzioni internazionali*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, p. 1 ss.

⁷⁴ Il giudice di Catania, dopo aver riconosciuto che "È noto, attraverso i numerosi reports sull'attuale situazione convulsa nel Paese libico, che anche il trattamento riservato ai migranti è veramente degradante; [...]", conclude che "[...]il concetto di porto sicuro ove condurre i migranti salvati in mare, connota un approdo senza alcuna specificazione circa il trattamento che nel luogo prescelto sia loro destinato, almeno allo stato della legislazione in materia". Cfr., Tribunale di Catania, Sezione del Giudice per le indagini preliminari, *Decreto di convalida e di sequestro preventivo*, cit., p. 12 e 21.

fondamentali dei migranti⁷⁵, porta i giudici a ritenere che la Libia non possa essere considerato un porto sicuro poiché la sicurezza del luogo di sbarco dei migranti deve essere valutata non solo in considerazione di elementi contingenti di protezione “fisica” dell’individuo ma anche, e soprattutto, in ragione dell’esistenza o meno di seri rischi che la persona sia ivi soggetta alla pena di morte, alla tortura, a persecuzioni, a trattamenti inumani e degradanti. Così, la mancanza della prova che la Libia sia un *approdo sicuro* per i migranti (nei termini suddetti) e, quindi, “della evitabilità del pericolo di un danno grave alla persona”⁷⁶, diventano il discrimine che induce il g.i.p. a confermare la legittimità del rifiuto opposto dall’*Open Arms* alla richiesta rivolta dalle autorità libiche di interrompere le operazioni di salvataggio e di consegnare i migranti⁷⁷.

Non vi è dubbio che quest’ultima interpretazione sia da preferirsi essendo meno formalistica, più attenta al “bilanciamento” degli interessi in gioco e maggiormente in linea con gli standard internazionali di tutela dei diritti umani. Detti standard richiedono, infatti, che un individuo non sia espulso o estradato o respinto verso un territorio dove vi sono serie ragioni per ritenere che la sua vita e la sua integrità fisica siano in pericolo. E, si badi bene, detto divieto non riguarda solamente gli individui che possono fruire dello *status* di rifugiato ma *tutti* gli individui (migranti economici irregolari compresi) poiché il diritto alla vita o a non essere sottoposti a tortura e trattamenti inumani e degradanti costituiscono diritti intangibili di ogni persona, a prescindere da qualunque *status* o condizione in cui essa si venga a trovare⁷⁸. Allo stesso tempo, è ormai costante la giurisprudenza internazionale nell’affermare l’obbligo delle autorità nazionali di adottare tutte le misure idonee per prevenire situazioni lesive dei diritti dell’individuo e ciò allo scopo di garantire una tutela sempre più effettiva e

⁷⁵ Cfr., *Discours du Procureur de la CPI prononcé devant le Conseil de sécurité de l’ONU à propos de la situation en Libye, en application de la résolution 1970(2011) du Conseil de sécurité*, dell’8 maggio 2017, dell’8 novembre 2017, del 9 maggio 2018; *Sixteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 2 novembre 2018; *Final Report of the Experts on Libya established pursuant to resolution 1973(2011)*, 1 giugno 2017, S/2017/466; *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 7 gennaio 2019, S/2019/19. Interessante, poi, la sentenza della Corte di Assise di Milano, del 10 ottobre 2017, n. 10/17. Tale sentenza, che ha portato alla condanna all’ergastolo con tre anni di isolamento diurno di un cittadino somalo, ha messo in luce, attraverso le testimonianze delle vittime, come i migranti “detenuti” presso il campo di Bani Walid fossero oggetto costante di violenze: percossi, torturati, minacciati di morte mentre erano al telefono con i familiari per costringerli a pagare e in alcuni casi uccisi.

⁷⁶ Cfr., Tribunale di Ragusa, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, *Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo*, cit., p. 15.

⁷⁷ La Procura della Repubblica di Ragusa nel novembre 2018 ha adottato l’avviso di conclusione delle indagini nei confronti dell’*Open Arms* rinviando a giudizio il comandante della nave e il capo missione della ONG *Open Arms Proactiva* per violenza privata nei confronti del Ministro degli interni avendo costretto, con il loro comportamento, le autorità italiane a concedere lo sbarco a Pozzallo e per aver favorito l’ingresso sul territorio italiano di cittadini extra-comunitari. Per alcune riflessioni critiche sul suddetto avviso, si veda, A. NATALE, *Open Arms: l’avviso di conclusione indagini. Se la disobbedienza diventa violenza...*, in *Questionegiustizia.it*, 18 dicembre 2018.

⁷⁸ È significativo che l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa nel 2011 abbia adottato la risoluzione 1821 proprio per affermare che la nozione di “porto sicuro” deve necessariamente includere il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti. *The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*, risoluzione 1821(2011) del 21 giugno 2011.

concreta degli stessi⁷⁹, obbligo di prevenzione che verrebbe disatteso accogliendo un'interpretazione restrittiva di *place of safety*.

In tale modo, le norme internazionali di diritto del mare sono integrate dalle norme in materia di tutela dei diritti umani rendendo l'applicazione delle prime compatibile con le seconde e garantendo la coerenza dell'ordinamento giuridico internazionale. Ne discende, quindi, che tutti gli Stati parti alle Convenzioni delle Nazioni Unite sul diritto del mare, SOLAS, SAR, ecc. dovranno interpretare in tale modo il concetto di *place of safety* a prescindere dalle convenzioni in materia di diritti umani da essi ratificate (tanto più che le norme che vengono in rilievo appartengono alla categoria delle norme consuetudinarie e di *ius cogens*). Non è certo un caso se le già richiamate *Linee Guida dell'IMO sul trattamento delle persone salvate in mare* del 2004⁸⁰, evidenziavano che il porto sicuro è tale se la vita delle persone salvate non è più in pericolo e che, nel caso di richiedenti asilo e rifugiati, deve essere tenuta in considerazione la necessità di evitare lo sbarco in un luogo dove possa essere in pericolo la loro vita e la loro libertà. Da questa affermazione ne dovrebbe derivare che, non potendo sapersi *a priori* se tra le persone salvate ci siano alcune rientranti nelle suddette categorie, lo sbarco in luoghi non sicuri dovrebbe essere sempre escluso. Ora, fermo restando tali documenti e che un'interpretazione di porto sicuro che non tenga in considerazione il rispetto dei diritti dei migranti non possa considerarsi rispettosa delle norme internazionali, sarebbe certamente utile l'adozione di un emendamento alla SAR in cui ciò venisse specificato. Infatti, la trasfusione di questi principi in uno strumento vincolante sarebbe un passo significativo per l'effettiva tutela dei migranti in mare, ma anche per chiarire i limiti dell'azione delle navi private che conducono attività di salvataggio in mare.

Per gli Stati membri della UE, a tale quadro, si aggiunge quanto previsto dal regolamento 565 del 2014 precedentemente richiamato. Un'interpretazione di *place of safety* che non tenga in considerazione il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti salvati quale parametro imprescindibile per determinare la sicurezza del luogo di sbarco non sarebbe compatibile con la definizione di "luogo sicuro" accolta dal regolamento in questione. Inoltre, detta interpretazione restrittiva non sarebbe ammissibile stante il divieto ivi previsto di sbarcare o condurre le persone salvate verso Paesi terzi in relazione ai quali gli Stati membri sono a conoscenza o dovrebbero essere a conoscenza del fatto che gli individui corrono gravi rischi di essere sottoposti a pena di morte, tortura, trattamenti inumani e degradanti, ecc. Tale divieto implica, infatti, necessariamente un esame della situazione del Paese dove si intende far sbarcare le persone salvate senza limitarsi a considerazioni attinenti esclusivamente la sicurezza dello sbarco. Ora, sebbene il terzo considerando del regolamento afferma che l'ambito di applicazione del regolamento "dovrebbe essere limitato alle operazioni di sorveglianza di frontiera condotte dagli Stati membri alle loro frontiere marittime

⁷⁹ Sia consentito rinviare a V. ZAMBRANO, *Recenti sviluppi in materia di responsabilità dello Stato per fatti di privati in violazione dei diritti umani*, in *La comunità internazionale*, 2018, p. 43 ss. e alla giurisprudenza ivi citata.

⁸⁰ Cfr., IMO, *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, cit.

esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea”, ciò non toglie che quanto lì enunciato è indicativo dell’orientamento della UE in materia. Ciò, letto nel contesto delle norme internazionali, dovrebbe condurre a escludere qualsiasi interpretazione di *place of safety* che non risponda ai criteri precedentemente enunciati.

Se questo è il contenuto del concetto di porto sicuro, si pone il problema di determinare a chi spetti indicare detto porto. Gli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR affermano che le parti contraenti “responsible for search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization”. Fino al giugno 2018 la Libia non aveva una propria zona SAR⁸¹ e, di conseguenza, erano le autorità italiane attraverso il centro di coordinamento di Roma⁸² a svolgere l’attività di coordinamento delle operazioni di ricerca e salvataggio. Ne discende che su queste ultime incombeva l’obbligo di individuare un porto sicuro (nell’accezione su indicata) dove sbarcare i migranti salvati.

In tale quadro, risultava illegittimo il tentativo dello Stato italiano di liberarsi *indirettamente* dell’obbligo di garantire che i migranti arrivino in un *place of safety*⁸³. Ci si riferisce, innanzitutto, al fatto che, a seguito del *Memorandum* concluso con il governo Serraj, le autorità italiane tendano a favorire l’intervento delle autorità libiche nei luoghi dei naufragi con il conseguente sbarco dei migranti in Libia. È significativo che nel *Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio in mare* adottato dal Governo Gentiloni nel luglio 2017 si preveda l’obbligo per le organizzazioni non governative di non entrare nelle acque territoriali libiche e di non ostacolare l’attività di ricerca e salvataggio della guardia costiera libica. Ma vi è di più. Nella vicenda *Open Arms* (e non solo) le autorità del nostro Paese hanno intimato all’ONG di interrompere l’operazione di salvataggio vista la disponibilità della guardia costiera libica a intervenire, Guardia costiera che era stata coinvolta proprio dal Centro di coordinamento di Roma. Lo stesso *Memorandum* richiama la ferma determinazione delle parti “di cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti

⁸¹ Nel luglio del 2017 la Libia aveva già notificato all’IMO una propria zona SAR ma l’Organizzazione aveva evidenziato l’assenza di requisiti essenziali per il riconoscimento della suddetta zona cosa che induceva le autorità libiche a ritirare detta notifica nel dicembre 2017.

⁸² La *Safety Commission* dell’IMO ha suddiviso le acque terrestri in 13 aree di ricerca e salvataggio all’interno delle quali gli Stati hanno determinato la loro regione SAR e il relativo centro di coordinamento dell’attività di salvataggio. Relativamente all’attività di coordinamento, si è teso a far coincidere l’area di ricerca e salvataggio marino con l’area relativa ai servizi aeronautici di ricerca e salvataggio pubblicati dall’ICAO.

⁸³ Cfr., C. HELLER, L. PEZZANI, *Mare Clausum. Italy’s and the EU’s undeclared operation to stem migration across the Mediterranean* (Report by Forensic Oceanography), Londra, 2018. Nel Rapporto si tende a evidenziare che l’Italia e la UE esercitano un controllo strategico e operativo sulla Guardia costiera libica che svolge dei respingimenti *per procura* per conto dell’Italia e della UE.

clandestini [...] attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia [...]” senza che alcun accenno sia fatta alla necessità di garantirvi il rispetto dei diritti umani e di prevedere meccanismi in grado di ridurre il rischio di dette violazioni⁸⁴. Pur non potendo approfondire la questione dell'imputabilità dell'illecito, si evidenzia che si potrebbe affermare una responsabilità per “complicità” da parte dell'Italia nella violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei migranti ricondotti in Libia in base all'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati⁸⁵, stante la cooperazione delle autorità italiane con quelle libiche e la loro consapevolezza che i migranti verranno condotti dalla Guardia costiera libica in centri in cui i diritti umani vengono sistematicamente violati. Ugualmente, potrebbe ravvisarsi una responsabilità per la violazione delle norme convenzionali in materia di diritti umani cui è vincolata l'Italia, *in primis* la CEDU⁸⁶, qualora fosse dimostrato un controllo delle autorità italiane sulle azioni della Guardia costiera libica. Infine, sarebbe ravvisabile anche una responsabilità italiana per mancata prevenzione dell'illecito, non avendo adottato le misure necessarie per impedire il verificarsi dello stesso, e anzi avendolo favorito.

La situazione sembra essere cambiata a partire dal 28 giugno 2018 quando l'IMO ha comunicato la dichiarazione ufficiale di una zona SAR da parte della Libia in cui figurava anche il Centro di coordinamento dei soccorsi con stanza all'aeroporto internazionale di Tripoli (uno degli elementi mancanti nella precedente dichiarazione della zona SAR). Ne discende che le autorità attualmente competenti a coordinare le azioni di salvataggio, in base alle Convenzioni SAR e SOLAS, sono quelle libiche sulle quali incombe anche la responsabilità principale di indicare un porto sicuro dove sbarcare i migranti. Ovviamente, anche per la Libia vale l'obbligo di interpretare il concetto di porto sicuro nel senso poco sopra indicato ma l'effettiva implementazione di tale obbligo nel caso di specie è molto problematico. Infatti, le autorità libiche, per rispettare il suddetto obbligo, dovrebbero indicare un luogo di sbarco che non sia in territorio libico per lo meno fin quando non verranno meno le violazioni dei diritti fondamentali perpetrate dalla Guardia costiera libica⁸⁷ e nei centri di accoglienza libici a

⁸⁴ Cfr., A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?*, cit.

⁸⁵ Cfr., M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, cit., p. 273 ss.; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di “accordi” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, cit., pp. 226 ss.

⁸⁶ Circa la possibilità di una imputazione dell'illecito all'Italia per violazione delle norme CEDU, si veda, tra gli altri, F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, cit., p. 3 ss.; M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, cit., p. 277 ss. Si evidenzia che nel maggio 2018 è stato presentato un ricorso davanti alla Corte di Strasburgo contro l'Italia per i fatti avvenuti il 6 novembre 2017 durante i quali una motovedetta donata dall'Italia alla Libia ha ostacolato le operazioni di salvataggio dell'ONG *Sea-Watch* causando la morte di circa 20 migranti e il ritorno in Libia di molti di essi.

⁸⁷ In tale ambito, è tristemente significativo che il Consiglio di Sicurezza dell'ONU, il 7 giugno 2018, abbia imposto delle sanzioni individuali a sei persone implicate nella gestione di reti di traffico di essere umani, persone tra le quali figura Abd al Rahman al Milad, capo dell'unità della Guardia costiera libica di

danno dei migranti. Tale soluzione, pur essendo compatibile con il dettato delle Convenzioni qui richiamate poiché esse stabiliscono un obbligo di indicare un porto sicuro e non di indicarlo sul proprio territorio nazionale⁸⁸, da un punto di vista pratico e politico appare del tutto irragionevole poiché implicherebbe l'ammissione da parte delle autorità libiche di responsabilità nella violazione dei diritti individuali dei migranti e perché significherebbe che le medesime autorità dovrebbero salvare i migranti per poi condurli in altri Stati. Tali Stati potrebbero, tuttavia, negare l'accesso ai loro porti (così come hanno fatto negli ultimi mesi nei confronti di navi private) non essendoci alcuna norma del diritto internazionale del mare o delle Convenzioni SAR e SOLAS che li obbliga ad accogliere i migranti salvati. Si potrebbe sostenere che l'obbligo di accoglienza discenda per gli Stati europei dalle norme consuetudinarie e convenzionali in materia di diritti umani cui essi sono vincolati ma, come già evidenziato, l'eventualità che le autorità libiche possano rivolgersi ad altri Paesi per far sbarcare i migranti da esse salvati appare decisamente remota.

D'altro canto, la logica che sottende le Convenzioni SAR e SOLAS sembra necessariamente fondarsi sulla capacità degli Stati che dichiarano una loro zona SAR e svolgono attività di ricerca e salvataggio di garantire l'esistenza sul loro territorio di porti sicuri di sbarco⁸⁹. Infatti, da un lato, gli emendamenti del 2004 prevedono che lo Stato responsabile per la zona SAR avrà la responsabilità principale di assicurare il coordinamento e la cooperazione affinché le persone salvate siano sbarcate in un porto sicuro; dall'altro, non è previsto alcun obbligo per le altre parti contraenti di accogliere i migranti salvati dalle autorità di un altro Paese. Ne discende che, per non rendere di fatto vuoto il significato del dovere di individuare un *place of safety*, ogni Stato che gestisca un'area SAR dovrebbe garantire l'esistenza di tale porto sul suo territorio. Nel caso della Libia tale condizione è inesistente né appare vicina un'inversione di rotta data la situazione di instabilità politico-istituzionale del Paese⁹⁰. Purtroppo, non appaiono esserci soluzioni realizzabili per garantire, in tale contesto, la tutela dei diritti dei

Zawiyah (<https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1970/materials/summaries/individual/abd-arahman-al-milad>).

⁸⁸ Si evidenzia, tuttavia, che una Circolare del 2009 dell'IMO Facilitation Committee, concernente i *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, al principio 3 stabiliva che: "if disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support". Cfr., *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, FAL.3/Circ. 194, del 22 gennaio 2009. Sul tema dell'individuazione del luogo sicuro dove sbarcare i migranti, si veda, K. GOMBEER, *Human Rights Adrift? Enabling the Disembarkation of Migrants to a Place of Safety in the Mediterranean*, in *Irish Yearbook of International Law*, 2015, p. 23 ss.

⁸⁹ In tale senso è significativo anche il principio 3 dei *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea* poco sopra richiamato.

⁹⁰ A tale contesto si aggiunge, poi, la circostanza per cui detta zona SAR sarebbe, in realtà, fittizia poiché il Governo Serraj non dispone dei mezzi sufficienti a garantire interventi di ricerca e salvataggio efficaci e tempestivi e non è in grado di controllare le principali aree portuali, come più volte evidenziato anche dai media.

migranti poiché tutte le soluzioni prospettabili⁹¹ si scontrano con detta instabilità e con la strategia politica degli Stati europei e della UE tendente a bloccare i flussi migratori provenienti dal Sud del Mediterraneo.

In tale contesto, anche le autorità europee non sono certo esenti da critiche. È la stessa Unione europea ad aver fortemente sostenuto la Libia nella creazione e dichiarazione della zona SAR proprio allo scopo di ricondurre sotto la responsabilità di tale Stato le operazioni di ricerca e salvataggio nel Sud del Mediterraneo. Si pensi, poi, al consenso prestato dall'Unione al testo del Codice di condotta delle ONG adottato dal governo Gentiloni o al sostegno immediatamente dato dai 28 Capi di Stato e di Governo al *Memorandum* di intesa tra Italia e Libia attraverso la c.d. Dichiarazione di Malta. Si considerino, inoltre, gli aiuti economici europei forniti allo scopo di equipaggiare e addestrare la Guardia costiera libica in modo da implementare la loro capacità di intervento e di recupero dei migranti. In termini assoluti e astratti questa non sarebbe di per sé una politica da condannare ma, in considerazione della situazione di instabilità politica della Libia, delle comprovate violazioni di diritti umani ivi perpetrati anche dalla stessa Guardia costiera⁹², fornire tale sostegno allo scopo di promuovere l'abilità delle autorità libiche nel "ricondurre" i migranti entro i confini del Paese non trova giustificazione e appare essere un'aperta violazione dei principi su cui l'ordinamento europeo si fonda. È fin troppo banale ricordare che pure la Carta dei diritti fondamentali della UE proibisce il *refoulement* dei richiedenti asilo (art. 19, par. 2) e le espulsioni collettive (art. 19, par. 1) e garantisce il diritto alla vita (art. 2) e il divieto di tortura e i trattamenti inumani e degradanti (art. 4).

5. Uno spazio giusto e sicuro solo dentro i confini europei?

Nonostante i gravi problemi sottostanti all'accordo Italia-Libia, il 3 febbraio 2017 i 28 Capi di Stato e di Governo riuniti a Malta hanno adottato una Dichiarazione in cui davano il loro beneplacito al *Memorandum* italo-libico, si dichiaravano disponibili a supportare l'Italia nell'attuazione dello stesso e si accordavano su una serie di misure volte a ridurre i flussi migratori tra Libia e Italia, tra cui training, equipaggiamento e sostegno alla Guardia costiera libica e azioni di supporto per lo sviluppo delle comunità libiche della costa e lungo le vie dei migranti. Né è mancato l'aiuto finanziario all'operazione, come poco sopra accennato. Infatti, nell'aprile del 2017, il Fondo

⁹¹ Si fa riferimento tanto alla possibilità che gli Stati europei accolgano i migranti salvati dalle motovedette libiche quanto alla gestione dei centri di accoglienza in Libia da parte di organizzazioni internazionali o alla creazione di hotspots in Stati terzi dove condurre i migranti salvati nella zona SAR libica.

⁹² Nell'aprile del 2018 la Procuratrice della Corte penale ha acquisito il Rapporto del Segretario generale dell'ONU sulla situazione in Libia allo scopo di determinare se vi siano margini per l'azione della CPI anche relativamente a fatti posti in essere dalla Guardia costiera di Tripoli che, nel suddetto Rapporto, viene indicata come uno dei responsabili delle gravi violazioni perpetrate ai danni dei migranti. Cfr., *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 12 febbraio 2018, S/2018/140.

europeo per l’Africa ha adottato un primo programma (di 90 milioni di euro) per rinforzare la protezione dei migranti in Libia e dare sostegno alle comunità locali libiche della costa e che si trovano lungo le rotte migratoria, a cui è seguito, nel luglio del 2017, un secondo programma (di 46 milioni di euro) per migliorare le capacità operative della Guardia costiera libica e la Guardia dei confini⁹³. Risulta, quindi, del tutto evidente che le “preoccupazioni” in materia di garanzia dei diritti fondamentali dei migranti e richiedenti asilo (se mai ci sono state) sono state messe a tacere di fronte all’obiettivo tenacemente e costantemente perseguito dall’UE: bloccare gli ingressi in Europa dei migranti attraverso un’azione condotta al di fuori dei suoi confini in cooperazione con Stati terzi.

Volontà che sembra essere ribadita anche da alcuni passaggi dell’“accordo” raggiunto all’interno del Consiglio europeo del 29 giugno 2018⁹⁴. Nel documento adottato dai Capi di Stato e di Governo si afferma, infatti, la necessità di rafforzare gli sforzi per combattere i “contrabbandieri che operano fuori dalla Libia” e che l’UE continuerà a sostenere l’Italia e gli altri Paesi in prima linea, rafforzando “il suo sostegno alla regione del Sahel, alla guardia costiera libica, alle comunità costiere e meridionali, alle condizioni di accoglienza umane”. Contestualmente, si richiama l’obbligo di tutte le navi che operano nel Mediterraneo a non ostacolare le operazioni della Guardia costiera libica. Ancora, si afferma la necessità di attuare pienamente l’accordo UE-Turchia e di agire ulteriormente per assicurare rapidi ritorni.

Ne deriva uno scenario in cui parte dei valori fondanti dell’Europa e dei principi posti alla base della creazione dello Spazio europeo di libertà, giustizia e sicurezza sono completamente obliati a fronte dell’esigenza di rendere i confini europei sempre più impenetrabili. La politica migratoria dell’UE non sembra (voler) garantire alcuna “sicurezza” a quanti tentano di entrare in quella che è stata definita la “fortezza Europa”. Infatti, i migranti o vengono respinti verso territori non sicuri prima ancora di giungere sulle coste europee o, se le raggiungono, possono sempre essere rimpatriati sulla base degli accordi di riammissione conclusi con Paesi terzi la cui “prassi” in materia di rispetto dei diritti umani non è certo confortante. Il fatto che la Turchia, la Libia, il Sudan non siano Stati o *porti* sicuri (nel senso indicato nel presente scritto) per i migranti e i richiedenti asilo non ha in alcun modo impedito all’Unione (e agli Stati membri) di adottare atti giuridici e politici che facevano di detti Stati la pietra miliare su cui costruire il sistema di controllo dei flussi migratori e dei rimpatri. Sembra, quindi, che in una materia “sensibile” come quella dell’immigrazione (dove forti si fanno sentire le esigenze degli Stati e i tentativi di riaffermazione della sovranità nazionale) lo Spazio europeo di libertà, giustizia e sicurezza riesca a garantire i principi fondamentali su cui si fonda solo per gli individui che *già* si trovino all’interno dei “confini europei”

⁹³ Questo secondo programma si inserisce nell’*Action Plan* proposto dalla Commissione nel giugno del 2017 allo scopo di supportare l’Italia e accelerare gli sforzi della UE tesi a ridurre i flussi migratori tra Libia e Italia visto il sostanziale incremento degli arrivi avutasi nel giugno del 2017.

⁹⁴ Per un’analisi critica dei risultati raggiunti durante il suddetto vertice, cfr., M. DI FILIPPO, *Unione Europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio Europeo del 28-29 giugno 2018*, in *SIDBlog.org*, 9 luglio 2018.

senza che detti principi trovino effettiva applicazione anche per quanti bussino alle porte di quei confini⁹⁵.

Con questo non si vuole certo sottovalutare le gravi problematiche socio-economiche che i crescenti flussi migratori portano con sé o affermare che gli Stati europei dovrebbero incondizionatamente accogliere tutti coloro che decidano di emigrare nel nostro continente. Tuttavia, ciò non toglie che si dovrebbero perseguire politiche che cerchino di bilanciare le esigenze di avere un'immigrazione controllata, regolare e maggiormente integrata nella società e di "dividere" più equamente tra gli Stati europei le responsabilità nella gestione dei flussi migratori con l'insopprimibile esigenza di garantire sempre i diritti fondamentali dell'individuo. Il fatto che tali diritti siano violati al di fuori dell'Europa non rende quest'ultima meno responsabile nel favorire l'affermarsi e lo sviluppo di un sistema che considera la tutela dei diritti individuali un *optional* e non un elemento imprescindibile.

In tale ottica, potrebbe essere importante arrivare (finalmente) alla riforma del sistema Dublino allo scopo di creare un sistema europeo di gestione dell'asilo più improntato alla condivisione delle responsabilità tra gli Stati. La posizione assunta dal Parlamento in relazione a tale riforma ed espressa nella c.d. Relazione Wilkström si incentra proprio sul principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati proponendo: l'eliminazione del criterio dello Stato di primo ingresso anche per le persone soccorse in mare; la previsione di quote permanenti di migranti da accogliere calcolate in base alla popolazione e al Pil dello Stato; il collegamento della scelta del Paese competente a valutare la domanda di asilo con i legami esistenti tra il richiedente e la società in questione. Tali soluzioni permetterebbero di incentivare gli Stati a valorizzare i canali di ingresso regolari da Stati terzi e di ridurre la pressione sui Paesi attualmente maggiormente coinvolti dagli sbarchi e dalle richieste di asilo (Italia, Grecia, Spagna) inducendoli, probabilmente, a porre fine a disumane prove di forza come quelle a cui stiamo assistendo in questi mesi con navi cariche di migranti lasciate per giorni prive di un porto dove sbarcare. Inoltre, il criterio dei *genuine links* tra richiedente e Stato per determinare il Paese competente a valutare la domanda di asilo dovrebbe velocizzare detto procedimento e ridurre i movimenti secondari.

Per quanto concerne, poi, la tutela dei diritti di coloro che vengono rimpatriati sarebbe necessario, innanzitutto, escludere la possibilità di uno sbarco e di una prima permanenza in Stati che non garantiscano il rispetto di diritti fondamentali. In tale senso, si muove la creazione di *hotspot* gestiti da Organizzazioni internazionali sul territorio di Stati terzi, suggerita dal Consiglio europeo del giugno 2018, e la proposta della Commissione europea di concludere *accordi regionali di sbarco*. Gli accordi appena menzionati perseguono lo scopo di coinvolgere nelle operazioni di ricerca e salvataggio tutti gli Stati che si affacciano sul Mediterraneo e di creare un chiaro quadro

⁹⁵ Sulla dimensione esterna dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, cfr., C. RISI, *Alcune note sulla dimensione esterna Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di giugno 2017*, in questa *Rivista*, 2017, n. 2, p. 131 ss.; A. RIZZO, *La dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sviluppi recenti e sfide aperte*, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, p. 147 ss.

di suddivisione delle competenze tra i vari Paesi così da favorire sbarchi rapidi delle persone salvate in porti sicuri e a stabilire una procedimentalizzazione delle operazioni post-sbarco nelle quali dovrebbero essere coinvolti l'UNHCR e l'OIM. Inoltre, se gli Stati si accordassero per individuare specifici luoghi di sbarco per i migranti salvati in mare si chiarirebbe anche la portata dell'emendamento alla SOLAS e SAR adottato nel 2004. In tale modo, si creerebbe un quadro giuridico più chiaro in cui le responsabilità e gli obblighi degli Stati sono meglio definiti e lasciano meno spazio a vuoti giuridici che possono avere solo ricadute negative in relazione, in primo luogo, alla tutela dei diritti dei migranti.

Questo tipo di soluzioni, pur certamente interessanti, presentano, tuttavia, degli elementi problematici necessitando, tra l'altro, di forti incentivi economici indirizzati agli Stati terzi e dell'assunzione da parte dei Paesi europei di impegni chiari sui tempi e sui numeri dei successivi reinsediamenti dei rifugiati se si vuole avere la concreta speranza che detti Stati terzi diano la loro disponibilità. Esse sarebbero, inoltre, "costose" dal punto di vista politico richiedendo un'azione concertata e solidale tra gli Stati in cui gli interessi nazionali dovrebbero essere contemperati con quelli comuni e con l'obiettivo di tutelare i diritti degli individui. Visti gli attuali scenari politici nazionali in cui in materie "calde" come quelle dell'immigrazione (ma non solo) si assiste alla riaffermazione di istanze sovraniste appare davvero flebile la speranza che si possa avere un'inversione di rotta che renda l'Europa un po' meno fortezza e un po' più comunità di valori.

ABSTRACT: L'espansione del fenomeno migratorio e le problematiche da esso discendenti hanno condotto l'Unione europea a sviluppare una politica migratoria tendente a "difendere" le sue frontiere meridionali così da limitare il numero di ingressi sul suo territorio. Tale obiettivo è stato perseguito attraverso l'utilizzo sempre più diffuso di accordi di rimpatrio o riammissione e di "contenimento" dell'immigrazione proveniente dai Paesi extra-europei conclusi in maniera informale. In tale articolo si affronterà l'analisi critica di alcuni di tali accordi conclusi dalla UE e dall'Italia, affrontando, in relazione a quest'ultima, anche la questione del *place of safety* di sbarco dei migranti salvati in mare (posta dal *Memorandum* concluso con la Libia). Si tenderà a mostrare come si è, così, creato un circolo in cui i migranti o sono respinti prima di arrivare nel territorio dell'Unione o, se vi arrivano, possono essere facilmente rimpatriati.

KEYWORDS: Controllo delle migrazioni – accordi informalis- SAR – *Place of safety* – diritti umani

INFORMAL AGREEMENTS WITH THIRD COUNTRIES AND THE
MANAGEMENT OF MIGRATION FLOWS: CRITICAL CONSIDERATIONS
ABOUT EU AND ITALIAN PRACTICE

ABSTRACT: The growth of the migratory phenomenon and the resulting challenges have led the European Union to develop a migration policy that aims to “defend” its southern borders and to reduce the number of people entering its territory. In this context, the diffusion of informal agreements to repatriate or to restrict immigration coming from extra-European States is a troubling reality. This paper critically analyses some agreements concluded by the European Union and Italy, facing also the question of the *place of safety* where to disembark the migrants rescued at sea (in the context of the *Memorandum* with Libya). The paper will aim to show that this policy has created a vicious circle whereby the migrants are either pushed back before arriving in EU territory or repatriated once they reach Europe.

KEYWORDS: Migration control – Informal agreements - SAR – Place of safety – Human rights