

## **Esternalizzazione delle frontiere: violazione dei diritti umani dei migranti e responsabilità dello stato**

di

Chiara Di Stasio \*

**SOMMARIO:** 1. L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere attuata dall'Unione europea e dagli Stati membri e i diritti umani dei migranti violati. – 2. La crisi migratoria al confine greco-turco di febbraio 2020: la “sospensione” del diritto di asilo e la violazione del divieto di *refoulement* – 3. L'esternalizzazione delle frontiere in Libia e la responsabilità internazionale dell'Italia al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso pendente *S.S. and Other v. Italy*. – 4. Considerazioni conclusive

### **1. L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere attuata dall'Unione europea e dagli Stati membri e i diritti umani dei migranti violati**

Negli ultimi anni, al fine di arginare l'afflusso di migranti, grande impulso è stato impresso alle misure volte ad ostacolare gli ingressi irregolari. Per raggiungere tale obiettivo, le istituzioni europee hanno iniziato a sviluppare politiche di cooperazione con gli Stati di origine o di transito<sup>1</sup>. Tali misure, però, non hanno impedito del tutto gli arrivi e hanno finito per ledere i diritti dei migranti e dei richiedenti asilo<sup>2</sup>. Si tratta di

---

\* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Brescia.

<sup>1</sup> Gli accordi di riammissione sono divenuti lo strumento principale con il quale l'UE persegue la sua politica estera in materia migratoria. V. tra gli altri: M. 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.; S. NICOLINI, *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.; 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.; 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.

<sup>2</sup> In tema, fra tanti, cfr. B. FRELICK, I.M. KYSEL, J. PODKU, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and other Migrants*, in *Journal on migration and Human security*, 2016, vol. 4, pp. 190-220; N. BRIGDEN, C. MAINWARING, *Matryoshka Journeys: immobility during migration*, in *Geopolitics*, 2016, pp. 407-434; COLLYER, *Stranded Migrants and the Fragmented*

provvedimenti che destano molte perplessità in quanto finalizzati ad accelerare le procedure o, meglio, a velocizzare il rinvio del richiedente di cui si accerti la provenienza da un Paese terzo sicuro<sup>3</sup>.

Anche se si tratta di una politica già da tempo nota ed utilizzata dall'UE<sup>4</sup>, mutuata per altro dalle scienze economiche, ambito nel quale, con il termine esternalizzazione, si indica la pratica delle imprese di ricorrere ad altre imprese per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo o in chiave di supporto ad altre attività, solo di recente gli Stati e l'Unione europea hanno delineato un quadro economico-legislativo nell'ambito del quale poter giustificare un controllo da remoto delle frontiere, delegandolo quasi esclusivamente ai Paesi terzi<sup>5</sup>. I recenti sviluppi di tale politica, in particolare a partire dal 2015, suscitano diverse perplessità in relazione alla legittimità del suo impiego. Le questioni controverse, oggetto della presente analisi, si originano

---

*Journey*, in *Journal of Refugee Studies*, 2010, pp. 273-293; ID., *In-between Places: Trans-Saharan Transit in Morocco and Fragmented Journey to Europe*, in *Antipode*, 2007, n. 4, pp. 668-690.

<sup>3</sup> Sul concetto di "Paese terzo sicuro" cfr. *ex multis*: G. CELLAMARE, *In tema di "Paese sicuro" nel sistema europeo di asilo*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, tomo I, Bari, 2017, p. 417-424; C. COSTELLO, *Safe Country? Says Who?*, in *Int. Journ. Ref. Law*, 2016, n. 4, pp. 601-62 che richiama G.S. GOODWIN-GILL, *Safe Country? Says Who?*, *ivi*, 1992, n. 4, p. 248 ss.

<sup>4</sup> Per quanto riguarda l'Unione europea, l'esternalizzazione delle frontiere si fa risalire alla Convenzione del 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen nella quale si stabilisce l'obbligo del vettore di riprendere immediatamente e a suo carico lo straniero da esso trasportato che sia respinto perché privo dei requisiti di ingresso.

<sup>5</sup> Sul concetto di esternalizzazione dei confini v. tra gli altri: S. CARRERA, S. VARA, S. TINEKE, *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in time of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, Cheltenham, Elgar, 2019; GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The rise of consensual containment: from 'contactless control' to 'contactless responsibility' for forced migration flows*, in S.S. JUSS (a cura di), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019; B. FRELIK, 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.; 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.; R. ZAIOTTI (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of 'remote control' practices*, London-New York, 2016; 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.; G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intragovernative, condivisione di responsabilità fra gli Stati e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015; F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Bordeaux, Roma, 2015; T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Externalisation of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden, 2012, pp. 273-298.

dalle politiche avviate nell'Agenda europea sulle migrazioni del 2015<sup>6</sup> e successivamente approfondite in una serie di ulteriori passaggi, in particolare: nel vertice de La Valletta di novembre 2015<sup>7</sup>, nel nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi, proposto nel 2016 dalla Commissione europea ed approvato dal Consiglio<sup>8</sup>, nella Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione per affrontare la rotta del Mediterraneo centrale del febbraio 2017<sup>9</sup>, nonché nel controverso codice di condotta delle ONG che effettuano salvataggi in mare Mediterraneo centrale<sup>10</sup> promosso dal governo italiano nel 2017. Non vanno poi dimenticati altri due strumenti adottati dalla Commissione europea e da alcuni Stati: il "Piano di azione sulle misure per sostenere l'Italia e ridurre la pressione migratoria nel Mediterraneo centrale"<sup>11</sup> del 4 luglio 2017 e la Dichiarazione congiunta di Parigi,

---

<sup>6</sup> Il 13 maggio 2015 la Commissione europea ha adottato un' *Agenda europea sulla migrazione* - COM(2015)240. Essa ha evidenziato l'esigenza di una migliore gestione della migrazione ed ha sottolineato che si tratta di una responsabilità condivisa. L'agenda copre tutti gli aspetti della gestione della migrazione ed esamina, inoltre, in modo pienamente integrato gli aspetti interni ed esterni. Essa individua azioni e misure concrete nei seguenti ambiti: ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare, salvare vite e garantire la sicurezza delle frontiere esterne, definire una forte politica in materia di asilo; definire una nuova politica di migrazione legale.

<sup>7</sup> Per i risultati del vertice si veda <http://www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>. La Dichiarazione è anche basata sulla Comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *La migrazione lungo la rotta del Mediterraneo centrale: Gestire i flussi e salvare vite umane*, Bruxelles, 25 gennaio 2017, JOIN(2017) 4 final. In tema, Cfr. Y. PASCOUAU, F. MC NAMARA, *EU external policy: In the kingdom of the blind the one-eyed man is king*, in *European Policy Centre – Commentary*, 6 February 2017, [www.epc.eu](http://www.epc.eu).

<sup>8</sup> <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/>.

<sup>9</sup> <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/migration-partnership-framework>

<sup>10</sup> A causa di una sempre crescente e continua presenza di navi appartenenti ad organizzazioni non governative nelle acque del Mediterraneo interessate nelle operazioni di salvataggio dei migranti, le autorità governative italiane proponevano la redazione di un codice di condotta per queste navi. Tale codice è stato adottato nel luglio 2017, a Tallin, sotto la presidenza dell'Estonia, dove i Ministri della Giustizia e Affari Interni degli Stati membri dell'UE hanno accolto con favore l'iniziativa del governo italiano, manifestando il proprio sostegno affinché le imbarcazioni ONG impegnate nella ricerca e salvataggio agissero in base a una gamma di regole presenti nel documento di condotta. Sul codice v. "Il codice di condotta in [http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice\\_condotta\\_ong.pdf](http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf).

<sup>11</sup> Il Piano è consultabile all'indirizzo

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_17\\_1882](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_17_1882).

adottata a fine agosto 2017<sup>12</sup>, entrambi volti ad accelerare le politiche di esternalizzazione.

Sempre nell'ambito della politica di esternalizzazione, vanno annoverati gli sviluppi del Processo di Khartoum del 2014<sup>13</sup>, nel corso del quale erano stati diffusi gli indirizzi della futura azione economica-politica dell'UE, che hanno portato all'istituzione del Fondo fiduciario UE-Africa. Sempre in quest'ottica, si ricordano le politiche volte, da una parte, ad accelerare il rimpatrio degli stranieri irregolari nella UE<sup>14</sup> e, dall'altra, ad ostacolare sia la creazione di canali di ingresso regolari, con la mancata riforma del Codice delle frontiere Schengen, sia l'utilizzo di quelli già esistenti. Particolarmente significativa al riguardo, la sentenza del 21 aprile 2017 resa nella causa C-638/16 PPU<sup>15</sup>, X e X, nella quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sostenuto che gli Stati membri della UE non sono tenuti, in forza del diritto dell'Unione, a concedere un visto umanitario<sup>16</sup> alle persone che intendono recarsi nel loro territorio con l'intenzione di

---

<sup>12</sup> La Dichiarazione di Parigi è consultabile all'indirizzo [http://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Notizieallegati/governo/Parigi\\_20170828/dichiarazione\\_congiunta\\_20170828.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Notizieallegati/governo/Parigi_20170828/dichiarazione_congiunta_20170828.pdf)

<sup>13</sup> Il 28 novembre 2014 a Roma si è tenuta una conferenza ministeriale tra i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione Europea, i Paesi del Corno d'Africa (Eritrea, Somalia, Etiopia e Gibuti) e alcuni Paesi di transito (Sud Sudan, Sudan, Tunisia, Kenya ed Egitto). Il Processo di Khartoum oltre a concentrarsi sui temi della lotta al traffico di migranti (c.d. "smuggling") e sulla tratta (c.d. "trafficking"), ha affrontato i temi della migrazione e della protezione internazionale, ritenuti, al pari dei primi, priorità per l'UE. In concreto, l'obiettivo dichiarato dell'UE è stato quello di cercare di trasferire nei Paesi di origine le frontiere europee, bloccando alla partenza sia i migranti "economici" sia richiedenti asilo.

<sup>14</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017H043>.

<sup>15</sup> Consultabile all'indirizzo [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2017.144.01.0013.01.ITA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.144.01.0013.01.ITA)

<sup>16</sup> Negli ultimi anni, alcune comunità religiose o *private sponsorship*, in diversi Stati europei, hanno sperimentato l'apertura dei c.d. "corridoi umanitari" al fine di consentire l'accesso legale in Europa, salvando così i migranti dai rischi di una traversata in mare. La loro pratica, però, rimane purtroppo ancora marginale. In Italia, ad esempio, la Comunità di Sant'Egidio, in collaborazione con la Chiesa Valdese, ha lanciato l'idea di avviare le sponsorizzazioni private dei richiedenti asilo ed ha avviato un progetto sperimentale, attraverso un'intesa con il Ministero degli esteri, firmata il 14 dicembre 2015, per permettere ai profughi di raggiungere l'Italia in modo legittimo e, soprattutto, sicuro. Il progetto consiste nella possibilità di far entrare in Italia i richiedenti asilo intercettati nei Paesi di transito come Libia e Libano, grazie ad un visto regolare, nello specifico un Visto territorialmente limitato (VTL), previsto dall'art. 25 del regolamento UE 810/2009 che consente l'ingresso legittimo limitatamente ad un solo Paese dell'area Schengen, qualora sussistano "motivi umanitari". Occorre però osservare che i "motivi umanitari" sono stati sempre interpretati dalla Commissione europea in maniera restrittiva e tra di essi non è stata mai annoverata la fattispecie "profugo". Tuttavia, trattandosi di una categoria ampia ed elastica, sicuramente i "motivi umanitari" possono essere utilizzati per questo fine.

chiedere asilo, nonostante nelle sue conclusioni, presentate il 7 febbraio 2017, l'Avvocato Generale Mengozzi avesse argomentato circa il carattere obbligatorio del rilascio dello stesso<sup>17</sup>.

La più compiuta evoluzione della ormai "consolidata" politica di esternalizzazione delle frontiere è certamente rappresentata da una serie di strumenti conclusi sia dall'UE sia dai singoli Stati membri (in particolare dall'Italia) con i Paesi di transito o di origine. Si tratta di un insieme di atti c.d. "informali" e semplificati<sup>18</sup> in quanto, pur ponendo in capo alle parti vincoli e obblighi reciproci da rispettare, non sono stati conclusi seguendo l'iter richiesto per l'adozione di trattati, sacrificando, in questo modo, qualsiasi controllo da parte delle assemblee parlamentari e le relative garanzie. Ci si riferisce, in particolare, all'accordo tra UE e Turchia del 2016<sup>19</sup>, apripista del successivo Memorandum tra Italia e Libia del 2016<sup>20</sup>, dell'accordo UE-Afghanistan del febbraio 2017<sup>21</sup>, dell'accordo Italia-Niger di settembre 2017<sup>22</sup>, degli accordi in discussione con i Paesi che ospitano un maggiore numero di rifugiati (Giordania, Libano) o di potenziali migranti economici (accordo UE-Nigeria). Infine, grande preoccupazione e clamore mediatico ha suscitato la mancata pubblicazione dei contenuti dell'intesa raggiunta lo scorso 17 agosto 2020 dal governo italiano e da quello tunisino, a margine di un vertice fra i ministri dell'interno e degli esteri italiani, della

---

<sup>17</sup> Al riguardo v. C. DI STASIO, *La crisi del 'Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)' fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità dei principi di solidarietà*, in *Rivista dell'Unione europea*, n. 2, 2017, pp. 246 s.

<sup>18</sup> V. E. OLIVITO, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, 2018, n. 2, pp. 436 ss.; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nella esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 8-10.

<sup>19</sup>Cfr. EU-Turkey Statement, Council of the European Union, Press Release 144/16, del 18 marzo 2016, disponibile

su [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), sul quale si dirà più approfonditamente nel prosieguo. V. A. USTUBICI, *EU-Turkey cooperation on migration*, in *Euromed Survey*, 06, 2016, [http://www.iemed.org/recursos-compartits/pdfs/EuroMedSurvey16\\_EU\\_Turkey\\_migration\\_Ustubici.pdf](http://www.iemed.org/recursos-compartits/pdfs/EuroMedSurvey16_EU_Turkey_migration_Ustubici.pdf).

<sup>20</sup> Di cui si dirà in dettaglio nel prosieguo, v. par. 3.

<sup>21</sup> L'Accordo di cooperazione sul partenariato e sullo sviluppo - *Cooperation agreement on partnership and development (CAPD)* tra l'Unione europea e la Repubblica Islamica di Afghanistan è stato firmato a Monaco il 17 febbraio 2017. Esso è stato poi approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2019.

<sup>22</sup> Il cui testo, che ricalca nella sostanza quelli stipulati con gli altri Paesi, è disponibile su [https://cild.eu/wp-content/uploads/2019/02/Italia-Niger\\_Accordo-in-materia-di-Difesa.pdf](https://cild.eu/wp-content/uploads/2019/02/Italia-Niger_Accordo-in-materia-di-Difesa.pdf).

commissaria agli affari interni e dal commissario per l'allargamento e la politica di vicinato dell'UE, del presidente della repubblica tunisino, del *premier* incaricato e del ministro degli esteri *ad interim*. Secondo le notizie di stampa<sup>23</sup>, l'accordo prevede il sostegno economico italiano per il rafforzamento dei sistemi di controllo alle frontiere e per l'addestramento delle forze di sicurezza tunisine, al fine di prevenire la partenza dei migranti ed intercettare le imbarcazioni in acque tunisine.

Oltre che in relazione all'aspetto formale relativo alla loro conclusione<sup>24</sup>, si tratta di strumenti ontologicamente illegittimi perché fondati su un processo di deresponsabilizzazione degli Stati membri dell'UE in relazione alle violazioni dei diritti umani che si consumano nel processo di gestione dei migranti, interamente accollato in capo a Stati extra-UE, i cui *standard* di tutela dei diritti sono ben lontani da quelli europei ed internazionali previsti da trattati internazionali, dei quali, il più delle volte, tali Stati extra-UE non sono nemmeno parte. Tali strumenti sono basati su operazioni di c.d. *pull-back*, che rappresentano una sorta di evoluzione dei famosi "*push-back*", reiteratamente sanzionati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e fondati sull'idea di intercettare in alto mare i migranti, per evitare che ricadano nella giurisdizione degli Stati europei<sup>25</sup>. I *pull back*, invece, mirano a trattenere fisicamente i migranti nel territorio degli Stati di transito o di origine, impedendo loro l'accesso in Europa, eliminando così un "contatto" tra gli agenti dello Stato di destinazione e i migranti<sup>26</sup>. Questa forma di "*contactless*" consente agli Stati di arrivo di scrollarsi di

---

<sup>23</sup>[https://www.repubblica.it/cronaca/2020/09/21/news/migranti\\_al\\_via\\_i\\_rimpatri\\_straordinari\\_verso\\_la\\_tunisia\\_voli\\_charter\\_aggiuntivi\\_per\\_rimandare\\_indietro\\_chi\\_arriva\\_con\\_gli-267981368/](https://www.repubblica.it/cronaca/2020/09/21/news/migranti_al_via_i_rimpatri_straordinari_verso_la_tunisia_voli_charter_aggiuntivi_per_rimandare_indietro_chi_arriva_con_gli-267981368/).

<sup>24</sup> Sul tema dell' "approccio disinvolto alle prerogative parlamentari nella conclusione di accordi internazionali finalizzati alla gestione dei flussi migratori che costituiscono base giuridica o cornice giuridica di riferimento per condotte potenzialmente lesive dei diritti umani", v. A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra le decisioni del TAR sull'accordo con il Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SIDIblog*, 5 dicembre 2018. V. ancora F. PERRINI, *Sviluppi attuali in materia di accordi in forma semplificata nell'ordinamento italiano*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 67-85; A. ALGOSTINO, *Esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017.

<sup>25</sup> Il 23 febbraio 2012, la Corte ha condannato l'Italia per la pratica dei respingimenti dei migranti in alto mare, operata in esecuzione dei Protocolli di cooperazione, firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007 da Italia e Libia perché in contrasto con il divieto di *refoulement* e con il diritto di asilo ed ha sancito un'applicazione extraterritoriale della CEDU, cioè in alto mare, zona sottratta alla sovranità degli Stati, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, pubblicata in *Riv. coop. giur. inter.*, 2014, 237-250.

<sup>26</sup> Cfr. M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The rise of consensual containment*, cit., pp. 82 ss.

dosso qualsiasi responsabilità per eventuali violazioni del diritto internazionale commesse nei confronti dei migranti, che vengono totalmente imputate agli Stati delegati, i cui agenti materialmente realizzano le misure di *pull-back*. La dottrina recente<sup>27</sup> ha mostrato un accresciuto interesse in relazione allo sviluppo e alla diffusione di tali strumenti che appaiono sostanzialmente elusivi della responsabilità statale, concentrando l'attenzione sulle regole giuridiche poste alla base della disciplina dell'esternalizzazione, nel tentativo di ricondurre nell'alveo del diritto la distorsione originatasi, per affermare la piena la responsabilità nelle violazioni del diritto internazionale degli Stati "esternalizzanti" per l'assistenza fornita agli enti "esternalizzati". Da questo punto di vista, decisiva sarà la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, di recente investita della questione, nel caso attualmente pendente *S.S. and others v. Italy*, che di seguito si analizzerà.

Se gli Stati membri dell'UE sono riconosciuti come Stati di diritto, essi sono tenuti al rispetto dei diritti fondamentali non solo in quanto previsti nei trattati internazionali di cui sono parte e dai trattati istitutivi dell'UE, ma soprattutto perché, *in primis*, essi sono sanciti nelle Costituzioni nazionali. Pertanto, l'Unione europea e gli Stati membri non dovrebbero nemmeno accettare la negoziazione di siffatti strumenti anche se dotati di una natura "informale" e anche se nel preambolo, molto spesso, è presente un vago richiamo alla tutela dei diritti umani. Non può essere questa l'unica risposta all'emergenza migratoria perché i costi in termini di violazione dei diritti sono troppo alti. Infatti, l'efficacia della politica di esternalizzazione sta iniziando a mostrare i primi segni di cedimento. Due sono le circostanze recenti, oggetto della presente analisi, a cui bisogna guardare perché rappresentano la spia dell'inadeguatezza dell'attuale politica di esternalizzazione a fronteggiare, nel lungo periodo, l'emergenza migratoria e della necessità di un decisivo cambio di rotta, con una politica più lungimirante e più rispettosa dei diritti fondamentali dei migranti: la crisi migratoria al confine greco-turco del febbraio 2020 e la questione della responsabilità internazionale dell'Italia, per violazione dei diritti umani, relativa alla attuazione del *Memorandum* con la Libia del 2017.

---

<sup>27</sup> V. G. PASCALE, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law*, 2019, vol. 56, pp. 35 ss.; G. PUMA, *Complicità tra Stati e organizzazioni internazionali nella violazione di obblighi erga omnes*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, n. 1, pp. 69 ss.

## 2. La crisi migratoria al confine greco-turco di febbraio 2020: la “sospensione” del diritto di asilo e la violazione del divieto di *refoulement*

L'esternalizzazione delle frontiere ha manifestato tutto il suo potenziale erosivo nei confronti dei diritti fondamentali, già per altro prefigurato da ampia dottrina, nella crisi definita “umanitaria” che, a fine febbraio 2020, si è consumata al confine greco-turco. Mentre il mondo era concentrato a fronteggiare l'emergenza sanitaria, scarso rilievo mediatico e ancor meno attenzione da parte degli esperti sono stati rivolti alla sospensione del diritto di asilo architettata dal governo greco al fine di arginare lo sconfinamento da parte dei migranti, affastellati alla frontiera, dovuto alla violazione da parte del governo di Ankara dell'accordo-dichiarazione UE-Turchia del 2016.

Come si diceva, la cooperazione avviata nel 2016 dall'Unione europea con il governo turco rappresenta una forma di “esternalizzazione” dei suoi confini. L'“accordo-dichiarazione” con la Turchia è stato incorporato, dapprima, nel piano di azione comune del 29 novembre 2015<sup>28</sup> e nella Dichiarazione del 18 marzo 2016<sup>29</sup> poi, ma non ha mai concluso l'iter legislativo previsto per i trattati. Esso è stato pertanto oggetto di numerosi rilievi<sup>30</sup> fondati sia sulla violazione delle norme relative alla conclusione dei trattati nel diritto dell'UE, sia sulla sua compatibilità con la tutela dei diritti umani. Da un lato, infatti, l'accordo è stato criticato per essere stato concluso senza rispettare i requisiti stabiliti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>31</sup> e, dall'altra, perché presuppone che la Turchia sia considerata un “Paese terzo sicuro” verso il quale poter rinviare persone bisognose di protezione. Entrambi

---

<sup>28</sup> Cfr. EU-Turkey joint action plan, *Challenges are common and responses need to be coordinated. Negotiating candidate country Turkey and the EU are determined to confront and surmount the existing challenges in a concerted manner*, Brussels, 15 October 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_en.htm). Cfr. A.G. YILDIZ, *The European Union's Immigration Policy: Managing Migration in Turkey and Morocco*, Basingstoke, 2016; G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 221 ss.

<sup>29</sup> V. <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

<sup>30</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, disponibile su [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu), p. 3 ss.; F. CASOLARI, *La crisi siriana, l'esodo dei rifugiati e la Dichiarazione UE-Turchia*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia: Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 219 ss.

<sup>31</sup> V., fra gli altri, M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it).

questi profili sono stati sollevati in un procedimento dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, all'esito del quale la natura giuridica di tale "accordo" e la sua imputabilità al diritto dell'Unione sono rimaste ancora controverse<sup>32</sup>. Il Tribunale, infatti, nella criticabile ordinanza<sup>33</sup>, resa nella causa *N.F. c. Consiglio Europeo*<sup>34</sup>, ha negato il coinvolgimento dell'Unione europea, escludendo la propria giurisdizione perché "l'espressione 'membri del Consiglio europeo' e il termine 'UE', figuranti nella dichiarazione UE-Turchia come diffusa per mezzo del comunicato stampa n 144/16, debbono intendersi come riferimenti ai capi di Stato o di governo dell'Unione"<sup>35</sup>. La decisione del Tribunale ha suscitato in dottrina opinioni dissenzienti<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr., fra gli altri: G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?*, in *European Papers*, 2017, pp. 303-309; O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, disponibile all'indirizzo [eumigrationlawblog.eu](http://eumigrationlawblog.eu), 10 giugno 2016; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, disponibile all'indirizzo [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it), 7 aprile 2016; S. PEERS, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, disponibile all'indirizzo [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it), 16 marzo 2016; M. MARCHEGIANI, L. MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, pp. 59-82.

<sup>33</sup> V. ex multis F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, p. 5 ss.; A. RIZZO, *La dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sviluppi recenti e sfide aperte*, in *Freedom, Security and Justice*, 2017, n. 1, pp. 147-177; E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?*; cit., p. 3 ss.; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, "Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?", in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016, disponibile su [eulawanalysis.blogspot.com](http://eulawanalysis.blogspot.com); C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, pp. 405 ss., p. 405 ss.; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, 2016; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in <http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ueturchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/>

<sup>34</sup> Cfr. Tribunale di primo grado dell'Unione europea, ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo* (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188483&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1864651>). In pari data il Tribunale ha adottato altre due ordinanze di analogo contenuto nei casi T-193/16 e T-257/16.

<sup>35</sup> Cfr. punto 70 della decisione del Tribunale.

<sup>36</sup> Per una nota critica, cfr. E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism A Quick Comment on NF v. European Council*, in *Insight in European Papers*, 2017, n. 1, pp. 251-257; S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, in *CEPS Policy Insights*, 2017, n. 15, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu); G. CAGGIANO, *Are You Syrian? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice*, 2017, n. 2, pp. 7-25.

L'accordo-dichiarazione in esame ruota su due previsioni cardine: innanzitutto, è stabilito che tutti i migranti giunti sulle isole greche vengano ricondotti in Turchia, inclusi i potenziali richiedenti asilo; in secondo luogo, è previsto che per ogni siriano riammesso in Turchia un altro siriano venga reinsediato dalla Turchia verso uno Stato membro UE. L'accordo, pertanto, ha sollevato diverse critiche<sup>37</sup> anche in relazione alla sua compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali. Innanzitutto, la norma in base alla quale si prevede di far rientrare tutti i nuovi migranti irregolari, che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche, a causa della sua formulazione ampia e generica ha ingenerato il timore che possa dar luogo a espulsioni collettive<sup>38</sup>, vietate dall'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU e dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché alla violazione del principio del *non-refoulement*. La Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>39</sup>, d'altronde, ha stabilito che l'espulsione di un gruppo di stranieri possa avvenire solo in seguito alla valutazione ragionevole e oggettiva del caso individuale di ciascun componente del gruppo. Quanto al divieto di *refoulement*, esso non viene disatteso laddove un richiedente sia rinvioato verso un Paese terzo sicuro, un Paese, cioè, ove non corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Il nodo della questione riguarda proprio la possibilità di considerare la Turchia Paese terzo sicuro, secondo i criteri elencati nell'art. 38, par. 1<sup>40</sup> della "direttiva procedure". La Turchia ha ratificato la Convenzione

---

<sup>37</sup> V. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, cit.; LABAYLE, DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne – Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, 23 marzo 2016, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>; MANDAL, *EU-Turkey Refugee Deal Is Vulnerable to Legal Challenge*, 16 marzo 2016, <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/eu-turkey-refugee-deal-vulnerable-legal-challenge>.

<sup>38</sup> In argomento, v. PEERS, ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong?*, 5 febbraio 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>.

<sup>39</sup> V. Corte EDU, *Factsheet – Collective expulsions of aliens*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Collective\\_expulsions\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_ENG.pdf).

<sup>40</sup> Art. 38, par. 1, della Direttiva (UE) 32/2013 (c.d. "procedure"): "Gli Stati membri possono applicare il concetto di Paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel Paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla Convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture

di Ginevra del 1951 e il suo Protocollo del 1967, tuttavia, limita il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai cittadini degli Stati parte del Consiglio d'Europa. La legge turca del 2013 in materia di asilo<sup>41</sup> ha previsto la possibilità di estendere lo *status* di rifugiato anche a cittadini di Paesi non europei, circoscrivendo però i diritti concessi e consentendo loro di risiedere solo temporaneamente in Turchia. Nel sistema turco, poi, i siriani rappresentano un'eccezione nel senso che sono soggetti a un regime speciale di protezione temporanea che evita loro di dover passare attraverso la procedura ordinaria. Tuttavia, anche i siriani possono risiedere in Turchia solo per un certo periodo di tempo e vedono fortemente limitati i loro diritti. Va, inoltre, rilevato che, nonostante la Turchia riconosca il principio del *non-refoulement*, esso è stato violato in diversi episodi, resi noti da ONG internazionali (tra cui *Human Rights Watch*<sup>42</sup> e *Amnesty International*<sup>43</sup>). Non solo, ma la Turchia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per i trattamenti inumani e degradanti e le torture perpetrate nei confronti dei migranti nei centri di detenzione<sup>44</sup>. Non va, infine, dimenticato che la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>45</sup> e la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>46</sup>, in numerose decisioni, hanno ribadito che non si può rinviare un richiedente asilo verso un Paese nel quale egli rischi di subire trattamenti inumani o degradanti, in violazione del principio del *non-refoulement*.

---

né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; ed e) esiste la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione (...)"

<sup>41</sup> V. *Law of foreign and international protection*, n. 6458, del 4 aprile 2013, [http://www.goc.gov.tr/files/files/eng\\_minikanun\\_5\\_son.pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/eng_minikanun_5_son.pdf).

<sup>42</sup> V. Human Rights Watch, *Turkey: Syrians Pushed Back at the Border*, 23 novembre 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/11/23/turkey-syrians-pushed-back-border>.

<sup>43</sup> Amnesty International, *Europe's Gatekeeper: Unlawful Detention and Deportation of Refugees from Turkey*, 16 dicembre 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3022/2015/en/>.

<sup>44</sup> V. Corte EDU, sentenza del 22 settembre 2009, *Abdolkani c. Turchia*, ric. n. 30471/08; 15 dicembre 2015, *S.A. c. Turchia*, ric. n. 74535/10.

<sup>45</sup> V. Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09; 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit.; 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09; 4 novembre 2014; *Tarakhel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12,

<sup>46</sup> V. Corte giust., 21 dicembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E.*, causa C-411/10 e 493/10, in *Racc.* 2011, I-13905; 10 dicembre 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, causa C-394/12, pubblicata nella Raccolta digitale; 30 maggio 2013, *Zuheyir Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, causa C-528/11, pubblicata nella Raccolta digitale.

Un altro profilo di dubbia legittimità della dichiarazione congiunta UE-Turchia riguarda il principio dell'“uno per uno”. Esso contrasta con i principi fondamentali alla base delle politiche di asilo internazionali ed europee, le quali riconoscono la centralità delle circostanze individuali di ogni singolo richiedente. Un tale principio non tiene conto di esse né, tantomeno, delle specifiche vulnerabilità dei migranti. Il sistema, invero, non pone sullo stesso piano i richiedenti, ma sembra punire chi ha tentato di fare ingresso irregolarmente in Europa. Quest'ultimo viene, infatti, rispettato in Turchia. A chi invece non è irregolare viene consentito di fare ingresso in Europa, quale misura premiale. Inoltre, dal momento che tale misura riguarda esclusivamente i richiedenti di origine siriana, si crea una discriminazione basata sulla provenienza che è vietata dall'art. 3 della Convenzione di Ginevra<sup>47</sup>.

Nonostante i rilievi di legittimità sollevati da più parti, dal 2016 l'accordo UE-Turchia continua ad essere applicato ed ha prodotto, da un lato, una diminuzione degli arrivi in Grecia, senza però interromperli del tutto e, dall'altro, profonde violazioni dei diritti umani. La situazione, in rapida degenerazione, è esplosa il 28 febbraio 2020, quando il governo turco, in violazione dell'accordo, ha deciso unilateralmente di aprire ai migranti il confine tra Turchia e Grecia. Dopo tale decisione, migliaia di persone si sono riversate alla frontiera con la Grecia in cerca di una via di accesso in Europa. Il governo greco ha quindi decretato un rafforzamento militare dei controlli alle frontiere per impedire gli ingressi giudicati “irregolari” e la Turchia, a sua volta, ha dispiegato forze speciali per respingere i migranti che tentavano di oltrepassare i confini. La tensione ha originato gravi episodi di violenza perpetrati dalle forze di polizia greca contro i migranti. La decisione della Turchia è arrivata dopo che per mesi il governo turco aveva minacciato l'Europa di aprire le sue frontiere e di permettere a milioni di rifugiati di abbandonare il Paese, se l'Unione non le avesse corrisposto tutti gli aiuti economici promessi nella dichiarazione-accordo del 2016.

Il 1° marzo 2020 la Grecia, in risposta alle azioni del governo turco, oltre a rafforzare la militarizzazione dei confini, ha deciso di sospendere per un mese la possibilità di fare domanda d'asilo a coloro che stavano entrando in modo irregolare nel Paese.

---

<sup>47</sup> In tema si rinvia a A. USTUBICI, *The impact of externalized migration governance on Turkey: technocratic migration governance and production of differentiated legal status*, in *Comparative migration studies*, 2019, vol. 11, pp. 1-18.

Inoltre, a causa dell'emergenza COVID-19, dal 13 marzo è stato interrotto completamente il servizio di richiesta d'asilo, fino al 10 aprile. Le argomentazioni adottate dal Primo Ministro e dal Ministro degli Affari Esteri greci per legittimare la sospensione del diritto di asilo sono state essenzialmente due. Innanzitutto è stato richiamato il comma 3 dell'78 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE), il quale sancisce: "Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo". È di tutta evidenza che nel caso di specie non è stata seguita la procedura ivi descritta, trattandosi di provvedimenti nazionali adottati unilateralmente dalla Grecia. Ma anche nel caso in cui l'Unione europea fosse davvero ricorsa all'utilizzo dell'art. 78 TFUE per arginare la crisi al confine greco-turco, è chiaro che non avrebbe potuto adottare misure implicanti l'unilaterale sospensione delle procedure per presentare domanda di asilo, in quanto esse si pongono in netto contrasto con vincoli di natura internazionale, derivanti da norme consuetudinarie e pattizie, contenute *in primis* nella Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato. Più in particolare, il provvedimento adottato dal governo greco è palesemente in contrasto con l'art. 33 di tale Convenzione di Ginevra, il quale sancisce il c.d. divieto di *refoulement*. Si tratta di un principio basilare del diritto internazionale che, oltre ad essere previsto anche da altri strumenti internazionali, come la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU), il Patto sui diritti civili e politici e la Convenzione dell'ONU contro la tortura, è stato dedotto in via giurisprudenziale, tanto che la dottrina maggioritaria ritiene che abbia ormai assunto rango di diritto consuetudinario<sup>48</sup>. L'espressione "in qualsiasi modo" contenuta nell'art. 33 sta a significare che il principio di non-*refoulement* va applicato in tutti i casi in cui si realizzi il rischio di persecuzione o di minaccia per l'individuo interessato, a prescindere dalle modalità con cui si verifica l'allontanamento (espulsione, estradizione, respingimento,

---

<sup>48</sup> In questo senso v. tra gli altri: J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *Int. Journ. Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.; E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and the Content of the Principle of Non-Refoulement*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (edited by), *Refugee protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2001.

“rendition”, o non ammissione alla frontiera)<sup>49</sup>. Non esiste, dunque, alcun meccanismo legittimo volto a permettere alla Grecia di sospendere l’efficacia di norme di diritto internazionale, quali la Convenzione di Ginevra.

Sempre al fine di giustificare le proprie azioni, il governo greco è arrivato ancora a scomodare le norme diritto internazionale, sostenendo che la propria condotta dovesse considerarsi una “contromisura” alla violazione della propria sovranità territoriale compiuta dalla Turchia. Anche volendo ammettere che si sia trattato di violazione della sovranità territoriale da parte della Turchia, dubbi sorgono in relazione alla possibilità di considerare legittime le contromisure della Grecia, per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, queste non sono state messe in atto verso il governo turco, bensì verso individui; dunque, o il governo greco riteneva che gli individui al confine fossero agenti del governo turco (tesi alquanto paradossale) oppure non si può parlare di contromisure. In secondo luogo, l’adozione di contromisure incontra il limite della tutela dei diritti fondamentali: nel caso di specie, appare di tutta evidenza che le condotte del Governo greco hanno dato luogo alla violazione dei diritti umani dei migranti.

L’UNHCR, intervenuta nella vicenda con una dichiarazione<sup>50</sup>, ha sottolineato che, pur nella consapevolezza che ogni Stato ha il diritto di esercitare il controllo delle proprie frontiere e di gestire i flussi irregolari di persone, esso deve evitare di fare uso eccessivo o sproporzionato della forza e assicurare il funzionamento di sistemi che consentano di prendere in carico domande di asilo secondo procedure ordinate. L’UNHCR ha ricordato che né la Convenzione di Ginevra né il diritto dell’Unione europea in materia di asilo contemplano alcuna base legale che permetta di poter sospendere la presa in carico delle domande di asilo. Va, infatti, ricordato che il “diritto di asilo” è inderogabile. La Convenzione di Ginevra non prevede eccezioni alle prerogative in essa contenute in circostanze eccezionali o di emergenza<sup>51</sup>. Va all’uopo

---

<sup>49</sup>In tal senso si esprimono: E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and the Content*, op. cit., p. 113; G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: a Right to Entry under International Law?*, in *Int. Journ. Refugee Law*, 2005, p. 548.

<sup>50</sup> Disponibile all’indirizzo <https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/notizie/dichiarazione-unhcr-in-merito-alla-situazione-al-confine-turchia-ue/>

<sup>51</sup> Si ricordi che il richiedente può essere considerato immeritevole di protezione esclusivamente quando sussistano fondati motivi per ritenere che il soggetto abbia commesso, prima dell’arrivo nello Stato membro ospitante, crimini di diritto internazionale (un crimine contro la pace, un

rammentato che lo *status* di “richiedente protezione internazionale” si acquista solo nel momento in cui si presenta la relativa domanda attraverso le modalità previste nello Stato di ingresso. Di conseguenza, il presupposto per poter diventare formalmente “richiedente” è la possibilità di far ingresso in quello Stato. È una circostanza piuttosto comune che un migrante entri irregolarmente nel territorio di uno Stato, per ivi presentare domanda di protezione internazionale. Come risulta abbastanza frequente che tra i migranti che premono ai confini per fare ingresso ci siano anche i c.d. “migranti economici”. Non compete però alle autorità di frontiera operare una valutazione delle ragioni che hanno indotto a lasciare il Paese di origine, essendo questo ruolo demandato ai competenti organismi territoriali *ad hoc* istituiti in ciascuno Stato, i quali, qualora accertino l’effettiva sussistenza dei motivi, concedono lo *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, in caso contrario ordinano il rimpatrio. Al riguardo, la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, nella sentenza resa nel caso *Hirsi*<sup>52</sup>, di fronte alla pratica del *push back* attuata dal governo italiano in alto mare al precipuo scopo di evitare che i migranti potessero presentare domanda di asilo, per la prima volta ha affermato non solo l’obbligo dello Stato di attivare d’ufficio la procedura di asilo, ma anche il corrispettivo diritto dei migranti di ottenere informazioni sufficienti per accedere alle procedure e per presentare domanda di protezione. Anzi, in forza del diritto ad un ricorso effettivo di cui all’art. 13 CEDU, la Corte ha statuito che, in questi casi, è necessario interrompere il respingimento a causa del carattere potenzialmente irreversibile delle violazioni dei diritti fondamentali che ne potrebbero derivare. La vicenda dei respingimenti via mare non differisce molto da quella attuata via terra dal governo greco, in relazione alle conseguenze che ne potrebbero derivare. Nell’uno e nell’altro caso, ai migranti viene di fatto negata la possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale. Il “diritto di asilo”, dunque, non si esaurisce nel

---

crimine di guerra o un crimine contro l’umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali pertinenti), gravi reati di diritto nazionale o atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, ai sensi dell’art.1F della Convenzione di Ginevra. È però opportuno ribadire che, anche qualora un richiedente incorra in una causa di esclusione che conduca a un diniego di protezione internazionale, non è detto che tale soggetto possa essere automaticamente espulso verso il Paese di provenienza. Ciò in ottemperanza del principio di *non-refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951). V. al riguardo Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 7 luglio 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, §79 e ss.; 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

<sup>52</sup> Cfr Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, cit.

riconoscimento della protezione internazionale, ma riguarda l'obbligo per gli Stati di assicurare il funzionamento del processo di richiesta della stesso.

### 3. L'esternalizzazione delle frontiere in Libia e la responsabilità internazionale dell'Italia al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso pendente *S.S. and Other v. Italy*

Anche le strategie praticate già da tempo dall'Italia e da altri Paesi europei di frontiera<sup>53</sup>, con l'obiettivo di arginare i flussi migratori, e che hanno ottenuto l'avallo dell'Unione europea, rientrano nell'ambito della politica di esternalizzazione delle frontiere. Il Consiglio europeo, ad esempio, ha espresso apprezzamento nei confronti dell'Italia che, il 2 febbraio 2017<sup>54</sup>, ha siglato un accordo di cooperazione con il governo

---

<sup>53</sup> In particolare gli accordi sono siglati con gli Stati africani. In tema v. P. MULLER, P. SLOMINSKI, *Breaking the legal link but not the law? The externalization of EU migration control through orchestration in the Central Mediterranean*, in *Journal of European Public Policy*, 2020, pp. 1-20; V. S. MICHAEL, O. MARTINS, B. ROUTLEDGE, *Claiming parity between unequal partners: how African counterparts are framed in the externalization of EU migration governance*, in *Global Affairs*, 2019, Vol 5, p. 235-246.

<sup>54</sup> Cfr. "Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana", disponibile all'indirizzo <http://www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia>, sul quale v. M. MANCINI, *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia*, cit., p. 203 ss.; ID., *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya without Regard for their Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, n. 1, p. 262; R. MARTINO, *Externalizing Migration Management through Soft law: The case of Memorandum of Understanding between Libya and Italy*, in *Global Jurist*, 2019, vol. 20; V. 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*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n.1, 2019; L. DI MAJO, I. PATRONI GRIFFI, *Migrazioni e relazioni bilaterali tra Italia e Libia dal Trattato di Bengasi del 2008 al Memorandum of Understanding del 2017*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2018 p. 203 ss.; R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2018; F. PACELLA, *Cooperazione italia-libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, disponibile <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2fpdf-fascicoli%2fdpc%204%202018.pdf#page=5>; C. SBAILÒ, *Libia, la posta in gioco. Un compromesso costituzionale su un bicefalismo dell'esecutivo di tipo tunisino*, in *Federalismi.it*, 14 novembre 2018. Per una ricostruzione e un commento agli accordi bilaterali Italia-Libia in tema di immigrazione, cfr. G. BATTISTA, *La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011; N. RONZITTI, *Il futuro dei trattati tra Italia e Libia*, in *Affari internazionali*, 2 febbraio 2012; C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005.

libico guidato da al-Serraj, rinnovatosi automaticamente il 2 novembre 2019<sup>55</sup>. La ragione politica sottesa all'incremento della cooperazione con gli Stati terzi deriva dal venir meno dei controlli prima esercitati dai Paesi che si affacciano sul Mediterraneo meridionale e orientale per conto dei Paesi europei. Fenomeni come la primavera araba, la caduta del governo Gheddafi, il conflitto siriano e il dilagare dell'Isis hanno prodotto un crollo della stabilità istituzionale in quei Paesi. Il vuoto di potere ha favorito l'espandersi delle attività criminali, incrementando in particolare il traffico di esseri umani. In base al testo del *Memorandum*, Italia e Libia mirano a risolvere "alcune questioni che influiscono negativamente sulle Parti, tra cui il fenomeno dell'immigrazione clandestina e il suo impatto, la lotta contro il terrorismo, la tratta degli esseri umani e il contrabbando di carburante". In particolare, il contenuto dell'accordo prevede che: le parti si impegnino a cooperare per il "sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari (libiche) al fine di arginare i flussi di migranti illegali" (art. 1); l'Italia fornisca "supporto tecnico e tecnologico" alla Guardia costiera libica per chiudere il confine meridionale della Libia (art. 2), principale punto di transito per i migranti dell'Africa sub-sahariana; le parti si impegnino a intraprendere azioni di "adeguamento e finanziamento" di quelli che eufemisticamente vengono definiti "centri di accoglienza" esistenti in Libia, che sono, invece, veri e propri centri di detenzione, dove viene perpetrato ogni genere di trattamento inumano e degradante, nonché la tortura; le parti si impegnano "a proporre, entro tre mesi [...] una visione di cooperazione euro-africana più completa e ampia, per eliminare le cause dell'immigrazione clandestina". L'Italia, poi, si impegna a provvedere al finanziamento di tutte le iniziative previste dall'accordo, compreso "l'avvio di programmi di sviluppo [...] nelle regioni libiche colpite dall'immigrazione illegale".

Il *Memorandum* in commento ha sollevato diverse critiche. Innanzitutto, nulla viene specificato in merito al trattamento dei migranti trattenuti in Libia. La Libia, infatti, non è parte della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e, di conseguenza, identifica tutti i migranti illegali come criminali, imprigionandoli, senza neppure aver riguardo del fatto che, in ragione della loro provenienza o storia personale, possano aver diritto alla protezione internazionale. Inoltre, la Libia, non essendo tenuta al

---

<sup>55</sup> Sul rinnovo tacito del *Memorandum* cfr. A. ACITO, *Osservazioni critiche sul Memorandum d'intesa tra Italia e Libia: Realpolitik vs. Diritti Umani?* In *OCSM Papers*, n. 5, 2020.

rispetto nemmeno di altre norme contenute in fonti di diritto internazionale, come la CEDU, non offre nessun tipo di tutela dei diritti dei migranti. Di conseguenza, l'articolo del *Memorandum* in base al quale "le parti si impegnano ad interpretare" gli impegni assunti "nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte" (art. 5 del *Memorandum*) appare una formula vuota. Ne deriva che l'Italia, con questo accordo, si sottrae ai suoi obblighi internazionali e viola apertamente il divieto di *refoulement* in quanto espone i migranti a trattamenti inumani e degradanti. Non va dimenticato che un analogo accordo concluso nel 2009 sempre con il governo libico<sup>56</sup>, nel 2012 è valso la condanna all'Italia, per violazione del divieto di *refoulement*, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel già citato caso *Hirsi*<sup>57</sup>.

Il *Memorandum* presenta dubbi profili di legittimità anche dal punto di vista formale, per quanto riguarda i soggetti legittimati alla sua stipulazione, sia relativamente all'Italia sia per quanto concerne la Libia. In relazione all'Italia, il trattato è stato concluso dal Governo in violazione dell'art. 80 della Costituzione, a norma del quale i trattati di natura politica e comunque quelli che comportino oneri alle finanze devono essere ratificati con una legge del Parlamento. Non si può tralasciare il fatto che non si tratta di un accordo meramente tecnico, ma di un trattato che ha indubbiamente natura politica e che richiederebbe l'intervento del Parlamento, il quale tuttavia, negli ultimi tempi, è stato sempre "escluso" dalla conclusione di accordi che rientrano nella politica di esternalizzazione delle frontiere. Per tale motivo, un gruppo di parlamentari ha sollevato, di fronte alla Corte Costituzionale, una questione di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato lesivo delle prerogative parlamentari. Ha stupito al riguardo la decisione della Corte costituzionale<sup>58</sup> che ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di legittimazione attiva in quanto, trattandosi della violazione degli art. 80 (riserva di legge) e art. 72 (riserva di assemblea) della Costituzione, legittimata a sollevarne la violazione avrebbe dovuto essere la Camera di

---

<sup>56</sup> Cit.

<sup>57</sup> Cit.

<sup>58</sup> Cfr. ordinanza Corte costituzionale n. 164 del 4 luglio 2018, disponibile all'indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/2018/0164o-18.html>. V. A. GOLIA, *La fortezza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, n. 3, p. 80 ss.

appartenenza e non il singolo parlamentare. A fronte di queste argomentazioni formali, sembra che la Corte abbia deciso di non decidere e, quindi, di non entrare nel merito di una questione, quella della immigrazione, che è oggi piuttosto spinosa e al centro del dibattito politico nazionale ed europeo.

Anche per quanto concerne la Libia, possono formularsi analoghe critiche. Infatti, il 22 marzo 2017, il Tribunale amministrativo di Tripoli<sup>59</sup> ha sospeso, in via cautelare, l'applicazione del *Memorandum*. La legittimità dell'accordo è stata sollevata, in quanto lo stesso è stato firmato da un'autorità, quella del Governo di Riconciliazione Nazionale, che non avrebbe il potere formale per stipulare accordi internazionali in nome dello Stato di Libia in quanto non controlla una parte del territorio libico e non ha il riconoscimento formale da parte di forze politiche che le contendono l'amministrazione e il controllo del Paese. Nonostante la decisione del Tribunale di Tripoli, l'attuazione del *Memorandum* è tuttora in corso.

La politica di esternalizzazione condotta dall'Italia per blindare i confini ed evitare nuovi arrivi ha comportato la violazione di diversi obblighi internazionali, in particolare del divieto di *refoulement* e del divieto di trattamenti inumani e degradanti. L'Italia, dunque, non può ritenersi immune dalla responsabilità che ne può derivare sul piano del diritto internazionale<sup>60</sup>. Le norme sulla responsabilità internazionale sono di natura consuetudinaria e il loro contenuto è rinvenibile nel c.d. "Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001"<sup>61</sup>. Analizzando le condotte degli Stati coinvolti nell'esternalizzazione alla luce delle norme sulla responsabilità internazionale, la Libia, in relazione alle violenze commesse nei centri di detenzione, è

---

<sup>59</sup> V. <https://www.libyaherald.com/2017/03/22/tripoli-court-blocks-serrajs-migrant-deal-with-italy-effect-unclear>, 22 marzo 2017.

<sup>60</sup> Cfr. A. LIGUORI, *Migration law and the externalization of border controls: European State Responsibility*, London Routledge, 2019.

<sup>61</sup> Il progetto è stato redatto nel 2011 e annesso alla Risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001 dell'Assemblea Generale dell'ONU. Esso, tuttavia, non ha assunto forma di un trattato, sebbene recepisca in gran parte il diritto consuetudinario in materia. Su di esso v. M. LONGOBARDO, *Rapporti fra strumenti di codificazione: il Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati e le convenzioni di diritto umanitario*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, pp. 1136-1163; G. PUMA, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, 2018; M. AKSENOVA, *Complicity in International Criminal Law*, Oxford, 2016; H.P. AUST, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2013; M. JACKSON, *Complicity in International Law*, Oxford, 2015; L. ALAIMO, A. GIANELLI (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006; M. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002.

responsabile per la violazione dei divieti di tortura, trattamenti inumani e degradanti e schiavitù ivi perpetrati<sup>62</sup>. La responsabilità della Libia non esclude tuttavia quella dell'Italia, che potrebbe essere configurata alla luce dell'art. 16 del Progetto di articoli<sup>63</sup>, ai sensi del quale: "A State which aids or assists another in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State". Si potrebbe imputare all'Italia una responsabilità per il supporto tecnico e finanziario fornito alla Libia, attraverso il quale quest'ultima ha commesso i sopra citati illeciti all'interno dei centri di detenzione. Risultano, infatti, soddisfatti tutti i requisiti richiesti dalla norma. In particolare, in relazione all'elemento oggettivo la condotta dello Stato che presta assistenza, accessoria rispetto all'illecito principale, può essere di per sé lecita e realizzarsi, ad esempio, attraverso la conclusione di un accordo internazionale, proprio come nel caso degli accordi italo-libici<sup>64</sup>. Deve essere, inoltre, presente un nesso causale fra la condotta di chi assiste che sia idonea ad agevolare la commissione del fatto illecito perpetrato dallo Stato assistito. Si può al riguardo rilevare che gli aiuti economici, logistici e l'addestramento forniti dall'Italia alla Libia destinati al mantenimento dei centri di detenzione siano sufficienti ad agevolare le violazioni dei diritti umani ivi commesse. In relazione poi all'elemento soggettivo, l'art. 16 del Progetto di articoli richiede la rappresentazione in capo allo Stato assistente delle circostanze del fatto principale, mentre generalmente non viene richiesto il dolo. Se anche il dolo fosse richiesto, nel caso specifico in cui sono realizzate violazione di norme *erga omnes*, potrebbero operare alcune presunzioni: il dolo si riterrebbe integrato quando l'illecito principale è manifesto. Nel caso in esame, l'Italia non potrebbe negare

---

<sup>62</sup> Cfr. Commissione del diritto internazionale (CDI), *Commentary on Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, fifty-third Session, UN Doc. A/56/10 (2001), artt. 4, 5, 8.

<sup>63</sup> La norma di cui all'art. 16 del Progetto di articoli è stata ritenuta, dalla giurisprudenza, corrispondente al diritto internazionale consuetudinario. Cfr. la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Bosnia Erzegovina c. Serbia*, 26 febbraio 2007, par. 420, disponibile all'indirizzo [www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf). Sul punto in dottrina si rinvia a v. V. LANOVOY, *Complicity in an International Wrongful Act*, in A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, 2014.

<sup>64</sup> Cfr. al riguardo CDI, *Report of the International Law Commission on the work of its Thirtieth session*, 8 May-28 July 1978, UN Doc. A/33/10, p. 102 ([https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_33\\_10.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_33_10.pdf)).

la piena conoscenza delle “*gross violation*” dei diritti umani commesse nei centri di detenzione libici<sup>65</sup>. Infine, anche l’elemento della c.d. “*opposability*”, previsto sempre dall’art. 16, sarebbe soddisfatto in quanto tutti gli obblighi internazionali che si ritengono in questo caso violati (divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti, schiavitù), vincolano sia la Libia sia l’Italia perché previsti da norme di diritto internazionale consuetudinario.

In dottrina<sup>66</sup>, vi è pure chi ha sostenuto che potrebbe essere contestata all’Italia una responsabilità “autonoma” per le condotte e omissioni configurabili nella vicenda in esame. Alcuni ritengono, infatti, che la responsabilità italiana risulterebbe da una sua condotta omissiva, in quanto l’Italia sarebbe tenuta ad osservare obblighi positivi di *due diligence* insiti nei divieti di tortura e schiavitù e nel divieto di *refoulement* che discendono dai trattati e dalle consuetudini vincolanti sia per l’Italia che per la Libia. L’Italia, in particolare, violerebbe tali obblighi in quanto non adotterebbe tutte le misure in suo potere, idonee ad evitare le violazioni poste in essere dalla Libia, Stato sulle cui condotte l’Italia esercita un’influenza di rilievo.

Altri, poi, ritengono<sup>67</sup> che la responsabilità dell’Italia sia configurabile anche ai sensi dell’4, n. 2 del Progetto di articoli, in forza del quale: “[n]o State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation”. Tale norma, prevista nei casi di violazioni di norme di *jus cogens*, fra le quali si annoverano senza dubbio i divieti di schiavitù e di trattamenti inumani e degradanti, impone un obbligo di non *facere*, ossia di non

---

<sup>65</sup> Diversi sono i documenti delle Nazioni Unite, di organizzazioni internazionali, di ONG o di giudici interni che hanno denunciato le violazioni dei diritti umani di cui sono vittima i migranti detenuti nei centri libici. Cfr. *ex multis*: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Libya, UN Doc A/HRC/34/42, 13 gennaio 2017, pp. 9 ss.; European Parliament resolution of 4 February 2016 on the situation in Libya, 2016/2537(RSP), 4 febbraio 2016, par. 10; Corte penale internazionale, Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya, 6 novembre 2019; Unione africana, Joint Statement on the Migrant Situation in Libya, novembre 2017; Corte assise Milano, 10 ottobre 2017, n. 10 ([http://questionegiustizia.it/doc/sentenza\\_corte\\_assise\\_milano\\_10\\_ott\\_1\\_dic\\_2017.pdf](http://questionegiustizia.it/doc/sentenza_corte_assise_milano_10_ott_1_dic_2017.pdf)); Asgi; Anche la Corte d’Assise di Agrigento riconosce la condizione di schiavitù in cui sono tenuti i migranti in Libia, 14 giugno 2018 ([www.asgi.it/attivita/azioni-legali/libia-schiavitù-condanna-agrigento/](http://www.asgi.it/attivita/azioni-legali/libia-schiavitù-condanna-agrigento/)); IOM, *Learns of ‘Slave Market’ Conditions Endangering Migrants in North Africa*, 4 novembre 2017; OHCHR, *Libya must end “outrageous” actions of enslaved people*, UN experts insist, 30 novembre 2017.

<sup>66</sup> Cfr. M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The rise of consensual containment*, cit.

<sup>67</sup> Cfr. G. PUMA, *Complicità tra Stati e organizzazioni internazionali*, cit., pp. 69 ss.

agevolare uno Stato terzo nel mantenere una situazione di fatto derivante da una violazione di una norma imperativa. L'Italia sta sicuramente aiutando la Libia a mantenere una situazione in cui perdurano *gross violation* dei diritti umani all'interno dei centri di detenzione. Ciò sarebbe a maggior ragione dimostrato dal perdurare della cooperazione italo-libica che non è stata finora oggetto di ripensamenti da parte del Governo italiano, nonostante le prime pronunce di condanna della giurisprudenza di merito. In particolare, il Tribunale di Roma, con sentenza n. 22917/2019<sup>68</sup>, ha condannato il Governo a concedere l'asilo, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione italiana e a risarcire un gruppo di eritrei che, in esecuzione dell'accordo con la Libia siglato nel 2009, erano stati intercettati dalla Marina militare italiana e respinti collettivamente in Libia, Paese da cui erano partiti per chiedere protezione internazionale.

La questione della responsabilità internazionale dell'Italia non è certamente passata inosservata<sup>69</sup>, tanto che, oggi, gli occhi sono tutti puntati su un procedimento presentato nel 2019 e attualmente pendente dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo al caso *S.S. e altri c. Italia*<sup>70</sup>, in occasione del quale i giudici potrebbero condannare l'Italia per aver assistito la Guardia costiera libica per i respingimenti operati nel novembre del 2017. Il caso riguarda le attività di ricerca e soccorso condotte dalla nave pattuglia della Guardia costiera libica e dalla ONG *Sea Watch 3* in risposta ad una richiesta di soccorso diffusa dal Centro di coordinamento del soccorso marittimo italiano (MRCC) proveniente da un gommone di migranti alla deriva, che trasportava circa 150 passeggeri. Secondo i diciassette sopravvissuti all'incidente, che hanno presentato il ricorso, l'arrivo della Guardia costiera libica avrebbe causato un forte movimento dell'acqua che ha portato alla morte di almeno 20 persone cadute dalla barca. Inoltre, la Guardia costiera libica avrebbe ostacolato le operazioni di soccorso della *Sea Watch* lanciando oggetti, oltre a colpire e minacciare i

---

<sup>68</sup> Consultabile su <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/08/sentenza-22917.pdf>. Per un commento v. M. GIUFFRÈ, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 1, p. 190 ss.

<sup>69</sup> V. al riguardo F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea*, cit.

<sup>70</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.S. and other v. Italy*, ric. n. 21660/18, domanda comunicata al Governo italiano il 26 giugno 2019, sulla quale v. A. FAZZINI, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2020, p. 87 ss.

migranti con corde e armi e non avrebbe fornito i giubbotti di salvataggio a chi si stava annegando in mare. In quella circostanza, la *Sea Watch* è riuscita a soccorrere e portare in salvo in Italia cinquantanove passeggeri, mentre quarantasette migranti sono stati rimpatriati in Libia, dove in molti hanno subito gravi violazioni dei diritti umani, tra cui il trattenimento in condizioni disumane, violenze fisiche e torture. In relazione al ruolo dell'Italia, va rilevato che la Guardia Costiera libica, prima di arrivare sulla scena, era stata informata dall'MRCC di Roma sull'ubicazione imbarcazione in pericolo. Inoltre, la motovedetta della Guardia costiera libica, che ha eseguito l'operazione, era una delle quattro motovedette che erano state donate dall'Italia alla Libia 15 maggio 2017. Infine, durante l'incidente era presente un elicottero della marina italiana. Secondo i ricorrenti, dunque, si potrebbe configurare una responsabilità per le violazioni dei diritti umani perpetrate nei confronti dei migranti nella misura in cui l'Italia ha effettivamente consentito alla nave della Guardia costiera libica di condurre misure di intercettazione che hanno prodotto le violazioni contestate, tra cui l'articolo 3 della CEDU.

In relazione alla decisione che sarà chiamata ad adottare, sicuramente le norme sulla responsabilità internazionale sopra analizzate potrebbero costituire strumenti utili di cui la Corte EDU potrebbe avvalersi anche se, al riguardo, la stessa dovrà risolvere una serie di complesse questioni giuridiche preliminari. Dal momento che, come si diceva, le pratiche di esternalizzazione sono state artatamente architettate al fine di creare un sistema c.d. "*contactless control*" sui migranti, in modo tale da non subire alcun addebito di responsabilità, per prima cosa la Corte sarà chiamata a stabilire se le violazioni dei diritti umani in Libia siano state condotte sotto la giurisdizione dell'Italia. Solo in caso di risposta affermativa, infatti, il nostro Paese potrebbe essere a sua volta condannato per *gross violation* dei diritti dei migranti; in caso contrario la Corte dovrà dichiarare il ricorso inammissibile. Secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, gli Stati parte hanno giurisdizione all'interno del proprio territorio e, solo eccezionalmente, tale giurisdizione si estende al di fuori. Ciò può avvenire, secondo una consolidata giurisprudenza, quando lo Stato abbia il controllo

effettivo su di una zona<sup>71</sup> al di fuori dei propri confini dove la violazione è posta in essere o quando un suo organo eserciti un'autorità, un potere o un controllo sull'individuo vittima della violazione<sup>72</sup>. Ciò pone la maggior parte delle violazioni commesse nell'ambito di cooperazioni volte all'esternalizzazione delle frontiere al di fuori della giurisdizione degli Stati membri della CEDU, perché esse sono compiute senza che la vittima entri in contatto con il territorio o con gli organi dello Stato responsabile.

Per superare l'*impasse* insita nell'interpretazione del concetto di giurisdizione previsto dalla CEDU, si potrebbe pensare di ricorrere alla fattispecie *ex art 16* Progetto di articoli, sopra analizzata. Tuttavia la Corte è tradizionalmente riluttante a usare il Progetto di articoli e non ha mai fatto ricorso, in particolare, all'art. 16. In alternativa, in dottrina si è ipotizzato il ricorso a più ampi modelli di giurisdizione. Ricostruendo infatti i passaggi essenziali della giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio, c'è chi condivide, nel caso di specie, l'adozione del c.d. "approccio funzionale"<sup>73</sup> della nozione di giurisdizione, già per altro prefigurato nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>74</sup>, ma non ancora consolidato, che presupporrebbe la necessità di interpretare la giurisdizione in relazione alla natura peculiare della CEDU e del suo scopo, che è quello di tutelare i diritti umani. Tuttavia, nell'ottica di questo approccio, mancando l'esercizio di un *effective control*, andrebbe ben dimostrato il nesso causale tra la condotta dello Stato e la violazione lamentata dalla vittima.

Alcuni<sup>75</sup>, poi, ritengono che l'idoneità ad esercitare un'influenza decisiva<sup>76</sup> sulla commissione delle violazioni, tale per cui senza detta influenza le violazioni non

---

<sup>71</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 1996, ric. 15318/89, *Loizidou c. Turkey*; 8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilaşcu and Others c. Moldova and Russia*. Alle stesse conclusioni giunge la Corte nel caso *Catan*, 19 ottobre 2012, ric. 43370/04, 8252/05 18454/06.

<sup>72</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza del 12 marzo 2003, ric. n. 46221/99, *Ocalan c. Turkey*; 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, *Issa and others c. Turkey*; 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08, *Al-Saadon e Mufdi c. United Kingdom*. I due paradigmi, individuale e territoriale, sono stati poi richiamati nella celebre sentenza del 7 luglio 2011, *Al Skeini and others c. United Kingdom*, ric. n. 55721/07, senza però dare una nozione unitaria di giurisdizione in grado di conferire coerenza a tutta la giurisprudenza precedente.

<sup>73</sup> Cfr. S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, n. 4, p. 1086 ss.

<sup>74</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, ric. n. 60167/00, *PAD and others c. Turkey*; 27 ottobre 2009, ric. n. 45653/99, *Andreou c. Turkey*.

<sup>75</sup> Cfr. K. DA COSTA, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Brill, Leida, 2012, pp. 251-251; Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General Comment No. 36*, UN

sarebbero state realizzate, andrebbe ritenuta un esercizio della giurisdizione al pari del controllo effettivo esercitato su una parte di territorio<sup>77</sup> o su di un individuo. Gli indici di tale influenza si evidenzino nell'assistenza di tipo militare, economico e politico idonei ad influire sull'azione delle autorità dello Stato terzo.

Alla luce della rapida ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di giurisdizione, va quindi verificato se possa acclamarsi una responsabilità in capo all'Italia per violazione del divieto di *refoulement* derivante dalle politiche di esternalizzazione in Libia. Va subito rilevato che la costruzione di un sistema di controllo da remoto delle frontiere delegato alla Libia ha prodotto l'effetto di bloccare i migranti in quel Paese, esponendoli al rischio di trattamenti inumani e degradanti. Come si è infatti rilevato, anche se non sono direttamente le autorità italiane a perpetrare siffatte violazioni, l'Italia esercita una influenza dominante sulle autorità libiche attraverso il finanziamento, l'addestramento, il supporto logistico alle operazioni di *pull back*, che vengono eseguite in osservanza degli impegni assunti nel *Memorandum*. Ne consegue che, l'Italia, con la stipula dell'accordo ha assunto il rischio degli effetti secondari della strategia intrapresa, in termini di violazione dei diritti umani.

Un'influenza decisiva si può ravvisare altresì nell'utilizzo delle autorità costiera libica nelle operazioni di ricerca e salvataggio, nonostante la loro totale inaffidabilità dovuta alla collusione con la rete dei trafficanti e alle violenze perpetrate nei confronti dei migranti. Inoltre, la responsabilità dell'Italia può essere individuata ogni volta in cui il Centro Nazionale di Coordinamento e soccorso Italiano, ricevuta una segnalazione, richiama espressamente l'intervento della guardia costiera libica. In tale ipotesi, infatti, l'Italia ha il dovere, ai sensi del diritto internazionale, di condurre le operazioni di ricerca e salvataggio in modo tale da trasferire le persone soccorse in un "porto sicuro"<sup>78</sup>. Tale dovere è violato ogni volta in cui si richiede l'intervento delle

---

Doc. CCPR/C/CG/36, 30 ottobre 2018, parr. 22, p. 63; M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The Raise of Consensual Containment*, op. cit.

<sup>76</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, *Ilascu c. Moldavia e Russia*, ricorso n. 48787 e *Catan* cit..

<sup>77</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 1995, ricorso 15318/99, *Loizidou c. Turchia*.

<sup>78</sup> Sul concetto di porto sicuro e sulle recenti vicende legate alla chiusura dei porti si rinvia, *ex multis*, a C. DI STASIO, *Crisi migratoria e "porti chiusi": ancora un vulnus ai diritti umani dei migranti*, in questa rivista, fascicolo 2, 7 ottobre 2019, pp. 1-34.

autorità libiche con il conseguente *pull back* in Libia dei migranti che sono sotto il controllo delle autorità italiane.

Va, infine, rilevato che se l'elemento del controllo di fatto e l'individuazione di un "*jurisdictional link*" costituiscono gli aspetti più difficilmente dimostrabili, al fine di configurare la responsabilità in capo all'Italia un ruolo centrale potrebbe assumere la "consapevolezza" circa l'assenza di garanzie idonee a evitare che i migranti rischino di essere rinviiati nei Paesi di origine o di transito. Ciò anche in considerazione della decisione resa nel già citato caso *Hirsi*, in cui la Corte EDU ha condannato le attività di uno Stato che producono l'effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere di uno Stato<sup>79</sup>.

Si può dunque concludere, alla luce della ricostruzione fornita, che nel caso *S.S. and Other* possa essere configurata la sussistenza dell'esercizio di una giurisdizione da parte delle autorità italiane e, di conseguenza, l'Italia potrebbe essere condannata dalla Corte EDU per violazione del divieto di *refoulement* in relazione al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art 3 CEDU.

#### 4. Considerazioni conclusive

Quale che sia l'interpretazione di giurisdizione che la Corte EDU deciderà di accogliere nella sua decisione, che dovrà essere necessariamente estensiva dei principi della CEDU, è necessario un suo intervento al riguardo, in quanto ciò corrisponderebbe ad una decisa presa di posizione di un collegio giudicante internazionale su di una politica, quella di esternalizzazione, sulla quale gli organismi politici internazionali sembrano essere troppo accondiscendenti e poco inclini a esprimere condanne, nonostante gli alti costi in termini di violazioni dei diritti umani. L'eventuale decisione assume pertanto un ruolo ancora più importante di quello che si potrebbe immaginare. In un generale clima di sbandamento, in cui manca un indirizzo comune di azione, la voce autorevole della Corte EDU potrebbe "orientare" la condotta degli Stati, quantomeno sulla questione della legittimità della politica di esternalizzazione, in relazione agli obblighi internazionali interessati.

---

<sup>79</sup> Cfr. sentenza *Hirsi*, cit., par. 180.

Ciò in un contesto in cui, sorprendentemente, nemmeno l'Unione europea sembra incline a voler cambiare rotta. Infatti, il recente *Patto su asilo e immigrazione* della Commissione europea presentato il 23 settembre 2020<sup>80</sup>, si inserisce nel solco delle vecchie politiche "restrittive" attuate dalle istituzioni europee, nell'ultimo decennio, al fine di arginare la crisi migratoria. I punti centrali della proposta sono infatti: il rafforzamento dei controlli alle frontiere, il miglioramento dei programmi di rimpatrio, gli accordi con i Paesi di partenza e di transito e un "meccanismo di rimpatri sponsorizzati" che sostituisce il criterio delle ripartizioni obbligatorie. In pratica, al posto di continuare ad assistere ad un rifiuto degli Stati in relazioni alle politiche di *resettlement* e *relocation*, i Paesi che non vogliono accogliere i rifugiati devono farsi carico dei migranti che non possono restare in Europa. Ancora una volta, in un'Europa in cui manca la solidarietà, l'unico obiettivo su cui tutti sembrano d'accordo è la riduzione degli arrivi, che però, come si è visto, non può essere l'unica risposta alla crisi migratoria perché, nel lungo periodo, produce inaccettabili violazioni dei diritti umani.

---

<sup>80</sup>Consultabile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/new-pact-migration-and-asylum\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/new-pact-migration-and-asylum_en).