



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

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

2018, n. 2

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 di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesauro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente 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
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, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
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 Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario 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
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
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
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
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



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 **2018, n. 2**

NUMERO TEMATICO

A tre anni dall'Agenda europea sulla migrazione: la tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nel contesto dello sviluppo delle politiche 'comuni' di immigrazione e di asilo

Editoriale

Giancarlo Guarino p. 1

Saggi e Articoli

Il *Global Compact* sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea p. 7
Cristiana Carletti, Marco Borraccetti

¿Donde están los niños sirios? ¿Y dónde están sus derechos? La Unión Europea no puede olvidar sus principios ni traicionarse a sí misma p. 47
Ángeles Gutiérrez Zarza

No room for you in here? The past and the future of the asylum seekers' reception conditions in Italy p. 80
Eugenio Zaniboni

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 p. 104
Rossana Palladino

Operation EUNAVFOR MED *Sophia* in the Framework of the European Agenda on Migration: Practical Aspects and Questions of International Law p. 135
Eugenio Carli

Il diritto al gratuito patrocinio nella riforma del Sistema europeo comune di asilo (SECA): un passo avanti e due indietro? p. 152
Silvia Favalli

Commenti e Note

Il diritto penale "contro" lo straniero. Teoria e pratica delle politiche d'integrazione p. 171
Maria Ilia Bianco

L'Agenda europea sulla migrazione dal punto di vista delle migrazioni dei lavoratori qualificati: una valutazione sociologica p. 201
Mattia Vitiello

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

Rossana Palladino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dal controllo delle frontiere esterne dell'Unione europea all'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori nel quadro politico seguente all'Agenda europea sulle migrazioni. – 3. L'“accordo” con la Turchia. – 4. La cooperazione con la Libia nell'ambito del nuovo quadro di partenariato dell'UE – 5. I “costi” del processo di esternalizzazione: la privazione della libertà personale e i trattamenti inumani e degradanti sui migranti in Libia. – 6. I profili di responsabilità internazionale dell'Italia (e dell'UE). – 7. L'ipotesi di responsabilità dell'Italia per violazione della Convenzione EDU alla luce della pronuncia *Hirsi Jamaa* e del suo utilizzo quale *living instrument*.

1. Introduzione

Gli ingenti flussi migratori degli ultimi 15-20 anni diretti verso l'Europa, che hanno seguito principalmente la rotta balcanica e quella del Mediterraneo centrale, hanno determinato la progressiva esigenza di controllo e gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea. Emblematicamente, nell'Agenda europea sulla migrazione del 2015¹, la “gestione delle frontiere” viene a costituire uno dei quattro livelli di azione previsti, contemporaneamente assumendo rilievo “trasversale” anche per la realizzazione degli altri obiettivi, diretti a: “*ridurre gli incentivi alla migrazione*”

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea e titolare del Jean Monnet Module “Asylum-Seekers Protection Under Evolution”, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: rpalladino@unisa.it

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 13.5.2015, COM(2015) 240 final. Per l'analisi dei progressi realizzati nell'ambito dell'Agenda, si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 16.5.2018, COM(2018) 301 final.

irregolare”, “onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte”, “una nuova politica di migrazione legale”.

Espressione di un’ottica di fondo “securitaria” sono, in particolare, le misure inerenti all’approccio *Hotspot* e alla creazione di una Guardia di costiera e frontiera europea associate alla realizzazione dell’obiettivo di gestione delle frontiere, affidato principalmente a due strumenti tra loro in rapporto di complementarità: il rimpatrio dei migranti irregolari e l’esternalizzazione delle frontiere. In entrambi i casi, viene ad assumere rilievo essenziale la cooperazione con gli Stati di origine e/o di transito dei migranti attraverso la stipulazione di accordi di riammissione² e di intese, che sempre più vengono ad assumere una veste “informale”, che delocalizzano le procedure di identificazione e fermo dei migranti.

È, dunque, imputabile all’Agenda europea sulla migrazione l’aver impresso una netta accelerazione di quel processo definibile di “esternalizzazione”³ del controllo delle frontiere, nei termini in cui saranno qui specificati, sorretto da una duplice esigenza: evitare le morti in mare di migliaia di migranti, adottando contestualmente delle azioni che possano prevenire la loro stessa partenza dai paesi di origine o di transito. Nello specifico, il duplice fine di sicurezza e di prevenzione⁴ viene posto al centro delle relazioni fra Unione europea e Paesi dell’Africa, con particolare enfasi sull’imperativo di evitare la tragedia delle migliaia di migranti che rischiano la vita per attraversare il Mediterraneo e, nel più lungo periodo, sulla necessità di affrontare le cause profonde della migrazione servendosi del ruolo dell’UE sulla scena mondiale e del “ricco strumentario a sua disposizione”. In altre parole, la Commissione europea rafforza l’impegno dell’UE a intervenire, nelle regioni di origine e di transito, in collaborazione con il Servizio europeo per l’azione esterna (SEAE) e con i paesi partner per varare misure concrete, anche al fine di impedire la partenza per viaggi che si presenterebbero “carichi di rischi”.

Siffatto impegno è stato ribadito anche nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015, ove è stata ravvisata la necessità di rafforzare la cooperazione globale con i paesi di origine e di transito, “*sia per arginare i flussi migratori irregolari sia per affrontare le cause profonde della migrazione, al fine di ridurre gli incentivi alla*

² Che trovano la loro base giuridica nell’art. 79, par. 3, del TFUE in combinato con l’art. 78, lett. g). In tema, G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, n. 2, pp. 369-402 e R. CAFARI PANICO, *Gli accordi di riammissione nell’UE: un fallimento annunciato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, n. 4, p. 22 ss.

³ 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; F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Bordeaux, Roma, 2015; R. ZAIOTTI (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of ‘remote control’ practices*, London-New York, 2016.

⁴ Sull’intersezione tra i profili della “Securitization” e della “Humanitarianization” nel discorso socio-politico che ha riguardato la gestione dei flussi nella rotta centrale del Mediterraneo, si veda V. MORENO-LAX, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The ‘Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection’ Paradigm*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, n. 1, pp. 119-140. L’A. sottolinea che “*It (strategically) interweaves border security with human security vocabulary that helps enhance the legitimacy and reputation of securitizing forces*”, p. 122.

migrazione illegale e contrastare le reti dei trafficanti”, ponendo così un’evidente connessione con le misure di contrasto alla tratta di esseri umani⁵. Le iniziative intraprese dall’UE per affrontare la dimensione esterna della crisi migratoria, riguardano in particolare la lotta contro la criminalità organizzata, responsabile del traffico di migranti e della tratta di esseri umani, e la cooperazione rafforzata con i paesi di origine e di transito. Ciò comporta anche la necessità di contribuire a porre in essere nei paesi di origine un quadro e strutture intesi a proteggere e ad accogliere con dignità i migranti respinti, vulnerabili ed emarginati, fornendo loro i mezzi per un’efficace integrazione socioculturale.

Orbene, nell’ottica di tracciare un “bilancio” dell’attuazione degli obiettivi fissati dall’Agenda europea sulla migrazione a tre anni dalla sua adozione, il contributo tenderà in primo luogo di analizzare la linea politica che l’Unione europea ha sviluppato nell’ambito della dimensione esterna della politica di immigrazione, specie attraverso la creazione di un “*Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi*”. In tale alveo, si prenderà particolarmente in considerazione la cooperazione instauratasi tra Italia e Libia suggellata nel Memorandum d’intesa del 2 febbraio 2017, per analizzare i “costi” in termini di violazione dei diritti umani e i conseguenti profili di responsabilità internazionale dell’Italia (e dell’Unione europea). Se il processo di “esternalizzazione” del controllo delle frontiere mira, in ultima istanza, ad evitare l’“attivazione” della giurisdizione dell’Italia, specie in virtù di quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Hirsi*, è alla luce della stessa pronuncia *Hirsi* e dell’utilizzo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) quale *living instrument* che si tenderà di analizzare l’ipotesi di responsabilità per violazione degli obblighi convenzionali.

2. Dal controllo delle frontiere esterne dell’Unione europea all’esternalizzazione della gestione dei flussi migratori nel quadro politico seguente all’Agenda europea sulle migrazioni

A partire dai documenti citati nell’Introduzione è emerso l’intento politico delle Istituzioni dell’Unione europea di accentuare la dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo quale parte del complesso delle relazioni che l’UE intesse con gli Stati terzi⁶, agendo ai sensi dell’art. 21 del Trattato sull’Unione europea (TUE)⁷,

⁵ Di recente, la Commissione ha proposto al Parlamento europeo ed al Consiglio una serie di priorità mirate per potenziare l’azione e le attività dell’Unione europea finalizzate a prevenire la tratta di esseri umani. Esse consistono, in particolare: nello smantellamento del modello operativo da cui dipende la tratta di esseri umani; nel miglioramento dell’accesso delle vittime di tratta ai loro diritti; nel rafforzamento della risposta sia all’interno che all’esterno dell’Unione europea. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Relazione sul seguito dato alla strategia dell’UE per l’eradicazione della tratta degli esseri umani e individuazione di ulteriori azioni concrete*, COM/2017/728 final, 4 dicembre 2017.

⁶ Per profili generali sulla dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo dell’UE, si veda K. EISELE, *The External Dimension of the EU’s Migration Policy. Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU: A Comparative Perspective*, Leiden, 2014; M. MAES, M. C. FOBLETS, P. DE

impegnandosi a promuovere i valori che sorreggono la sua costruzione⁸. L'UE intende, in tal modo, rafforzare la presenza sulla scena internazionale che pone, a sua volta, al centro del dibattito la questione della "gestione globale" dei flussi migratori, di cui ve ne è riprova nella riunione ad alto livello dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite per affrontare i grandi flussi di rifugiati e migranti, del 19 settembre 2016. In tale consesso è emerso, infatti, il principio per cui i flussi migratori rappresentano una responsabilità globale che richiede una risposta globale efficace e una cooperazione

BRUYCKER (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy / Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Brussels, 2011, nonché J. ABRISKETA URIARTE, *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, n. 2, pp. 119-158; A. BALDACCINI, *The external dimension of the EU's asylum and immigration policies: Old concerns and new approaches*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, 2007, pp. 277-298; S. BOSWELL, *The 'External Dimension' of the EU Immigration and Asylum Policy*, in *International Affairs*, 2003, n. 3, pp. 619-638; P. GARCÍA ANDRADE, *La dimension externe de la politique migratoire de l'Union européenne: un bilan au travers de ses instruments*, in M. DONY (ed.), *La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm: un bilan à mi-parcours*, Brussels, 2012, pp. 113-145; ID., *EU External Competences in the Field of Migration: How to Act Externally when Thinking Internally*, in *Common Market Law Review*, 2018, pp. 157-200; G. PAPAGIANNI, *Forging an External EU Migration Policy: From Externalisation of Border Management to a Comprehensive Policy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, n. 3, pp. 283-299; S. STERKX, *The External Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Expanding Fortress Europe?*, in J. ORBIE (ed.), *Europe's Global Role: External Policies of the European Union*, Farnham, 2008, pp. 117-138; L. TEODORESCU, *The External Dimension of the EU Migration Policy: Framing the Issue*, in L. MOCCIA, L. POP (eds.), *Migrants and Refugees across Europe. How to Share the Challenge for a Shared World of Peace*, Berlin, 2017, p. 201 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, nn. 3-4, p. 9 ss. In generale sulla dimensione esterna dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, v. T. BALZAQ (ed.), *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs. Governance, Neighbours, Security*, Basingstoke, 2009; F. DE BRUYCKER, A. WEYEMBERGH, *The external dimension of the European Area of Freedom, Security and Justice*, in M. TELÒ (ed.), *The European Union and Global Governance*, London-New York, 2009, pp. 210-232; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: An Essential Part of the European Union's External Action*, in P. EECKHOUT, M. LOPEZ-ESCUDERO (eds.), *The European Union's External Action in time of crisis*, Oxford, 2016, pp. 509-529; S.D. ENGBRINK, *The European Union's External Action: Coherence in European Union Foreign Policy Despite Separate Legal Orders*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2017, n. 1, pp. 5-48.

⁷ L'articolo 21 del TUE afferma esplicitamente che "L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale". Sugli sviluppi della Politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, si rinvia a S. ADAM, S. HAMMAMOUN, E. LANNON, J.-V. LOUS, N. NEUWAHL, E. WHITE, *L'Union européenne comme acteur international*, Commentaire J. Mégret, Bruxelles, 2015; A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, nonché a U. VILANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 1, pp. 9-23. Per un confronto con l'epoca precedente al Trattato di Lisbona, si veda C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005.

⁸ In tema, E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016. Si veda anche S. ANGIOI, *La tutela dei diritti umani e dei principi democratici nell'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

rafforzata tra tutti i soggetti interessati ai fini di una soluzione sostenibile nel pieno rispetto dei diritti umani⁹.

In tale contesto, l'UE ha inteso rafforzare il proprio “approccio globale” alla migrazione che può essere fatto risalire, in particolare, al “*Global Approach for Migration*” (2005)¹⁰ e al “*Global Approach for Migration and Mobility*” (2011)¹¹, ove maturò l'idea di sviluppare la “dimensione esterna” della migrazione, attraverso un approccio basato sulla combinazione di una serie di strumenti d'azione interni ed esterni. In altri termini, le Istituzioni dell'UE hanno individuato una base di azione fondata sulla interconnessione degli strumenti interni ed esterni, tentando di adottare misure per affrontare il fenomeno della migrazione con i paesi terzi, per costruire una valida protezione della frontiera esterna dell'UE o per applicare i principi di solidarietà e responsabilità all'interno dell'UE¹².

In tempi più recenti, lo sviluppo di tale approccio è stato sorretto da vari *step* politici, tra cui il Summit UE-Africa di La Valletta dell'11-12 novembre 2015 (cui è seguita una Dichiarazione politica¹³ e un Piano d'Azione¹⁴) che ha posto le questioni migratorie al centro delle relazioni dell'UE con i paesi africani, muovendo la discussione sulle sfide e sulle opportunità offerte dalla migrazione, riconoscendo come questa rappresenti una responsabilità condivisa per i paesi di origine, di transito e di destinazione.

La Dichiarazione politica e il Piano d'azione adottati nel 2015 hanno preso atto di quanto emerso nel Summit, fissando gli obiettivi e 16 misure operative da attuare entro il 2016. In particolare, ci si è prefissati di: 1. affrontare le cause profonde della migrazione adoperandosi per contribuire alla creazione di pace, stabilità e sviluppo

⁹ Nell'ambito di questo processo, il 28 maggio 2018 è stato elaborato il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Draft Rev 2 che si affianca al *Global Compact on Refugees*. In tema, E. RUOZZI, *La Dichiarazione di New York del 2016 sui rifugiati e migranti fra aspetti giuridici e sociologici: una finta partenza nella gestione di massive movements?*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, pp. 281-298. Per ulteriori approfondimenti v. C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in questo numero della Rivista.

¹⁰ Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 dicembre 2005, Conclusioni della Presidenza, ove si afferma: “la necessità di un approccio equilibrato, globale e coerente, che riguarda le politiche di lotta all'immigrazione clandestina, e, in cooperazione con i paesi terzi, sfrutti i vantaggi della migrazione regolare». Il Consiglio europeo “Ricorda che le questioni migratorie sono un elemento centrale delle relazioni dell'UE, con numerosi paesi terzi, comprese, in particolare, le regioni limitrofe dell'Unione, segnatamente le regioni orientali, sudorientali e mediterranee e prende atto dell'importanza di assicurare che a tali politiche sia assegnato l'adeguato livello di risorse finanziarie. L'UE rafforzerà il dialogo e la cooperazione con tutti questi paesi sulle questioni migratorie, compresa la gestione dei rimpatri, in uno spirito di partenariato e tenuto conto della situazione di ciascun paese interessato”.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, Bruxelles, 18 novembre 2011, COM(2011) 743 definitivo.

¹² Per tale tipo di strategia, basata sulla interconnessione della dimensione interna ed esterna si veda anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Contributo della Commissione al dibattito tematico dei leader dell'UE sul futuro della dimensione interna ed esterna della politica di migrazione*, Bruxelles, 7.12.2017, COM(2017) 820 final.

¹³ Consultabile in: http://www.consilium.europa.eu/media/21841/political_decl_en.pdf.

¹⁴ Consultabile in: http://www.consilium.europa.eu/media/21839/action_plan_en.pdf.

economico; 2. migliorare il lavoro di promozione e organizzazione di canali di migrazione legale; 3. rafforzare la protezione dei migranti e dei richiedenti asilo, in particolare dei gruppi vulnerabili; 4. contrastare in maniera più efficace lo sfruttamento e il traffico di migranti; 5. collaborare più strettamente per migliorare la cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione.

I documenti politici in analisi rappresentano un tassello fondamentale per comprendere la linea che l'UE ha inteso, da questo momento in poi, seguire in relazione alle misure di "esternalizzazione". In particolare, risulta esplicativo il punto n. 4 del Piano d'Azione citato, intitolato *"Provide capacity building and financing for investments in improved border management systems at regional and national level"* e nel quale sono individuati i seguenti obiettivi chiave: - *support national capabilities to control land, sea and air borders as well as maritime surveillance capabilities for the purpose of prevention of irregular migration, crossborder crime, terrorism as well as enhanced search and rescue*; - *promote development and implementation of national and regional strategies and action plans on integrated border management*; - *strengthen the capacities in border management on respect for human rights of migrants*; - *promote or further enhance platforms that provide for the exchange of strategic knowledge and joint analysis engaging authorities from non-EU Partner Countries, EU Member States and associated countries (e.g. Liaison Officers) and EU Agencies (e.g. Frontex African Intelligence Community - AFIC)*; - *by the end of 2016, develop training mechanisms for border guards and police, including regional training centres and common curricula*.

Questi obiettivi sono ulteriormente rafforzati nel Vertice di Bratislava del 16 settembre 2016, cui è seguita una Dichiarazione politica e una tabella di marcia¹⁵. Va preso in analisi, in particolare, il punto II della tabella di marcia, specificamente dedicato a "migrazione e frontiere esterne", ove è prevista la realizzazione di patti sulla migrazione per la cooperazione e il dialogo con i paesi terzi volti alla riduzione dei flussi di migrazione illegale e all'aumento dei tassi di rimpatrio, quale misure da intraprendere in connessione con quelle atte a garantire la "sicurezza interna e esterna" e declinate nel punto III della medesima tabella di marcia. Quest'ultima individua, pertanto, iniziative specifiche che vanno intraprese anche in connessione con le nuove azioni rientranti nella rivista politica europea di vicinato¹⁶, che si muove in linea con le

¹⁵ Consultabili in <http://www.consilium.europa.eu/media/21238/160916-bratislava-declaration-and-roadmap-it.pdf>.

¹⁶ Comunicazione congiunta, *Riesame della politica europea di vicinato*, del 18 novembre 2015 (JOIN(2015)0050) e conclusioni del Consiglio del 14 dicembre 2015. In tema, si rinvia a V. BONAVITA, *The externalisation of border controls towards the EU's broader neighbourhood: Challenges and consistency*, in S. GSTÖHL, E. LANNON (eds.), *The European Union's broader neighbourhood: Challenges and opportunities for cooperation beyond the European Neighbourhood Policy*, London and New York, 2015, pp. 11-36; N. KOENIG, *Libya and Syria: Inserting the European Neighbourhood Policy in the European Union's Crisis Response Cycle*, in *European Foreign Affairs Review*, 2017, n. 1, pp. 19-38, nonché a D. BOURIS, T. SCHUMACHER (eds.), *The Revised European Neighbourhood Policy: Continuity and Change in EU Foreign Policy*, Basingstoke, 2016; H. KOSTANYAN, *The European Neighbourhood Policy reviewed: Shifting from value-driven to classical foreign policy*, in A. HUG (ed.), *Institutionally blind? International organisations and human rights abuses in the former Soviet Union*,

priorità politiche generali dell'azione esterna dell'UE concordate con il Consiglio¹⁷ dopo la pubblicazione della strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea nel giugno 2016. In particolare, in essa emerge l'ottica del supporto dell'UE verso i Paesi dai quali proviene l'immigrazione illegale, causata sia dai conflitti che da precarie condizioni economiche, è quella di "evitare movimenti di popolazione incontrollati".

Nel contesto "politico" così analizzato nelle sue linee principali, si iscrive poi la *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*¹⁸, sulla cui base sono stati adottati i cd. "patti" o "partenariati" tra cui rientra la cooperazione con la Libia che troverà spazio specifico di analisi *infra* al par. 4.

Nella Comunicazione della Commissione del 7 giugno 2016, la pressione migratoria esterna viene rappresentata come la "nuova normalità" sia per l'UE che per i paesi partner, a cui fare fronte attraverso un approccio più "coordinato, sistematico e strutturato per massimizzare le sinergie e gli effetti leva delle politiche interne ed esterne dell'Unione".

Di conseguenza, è prevista la creazione di patti (o partenariati) con i paesi terzi, corredati da incentivi economici, che si pongano, nel breve periodo, gli obiettivi di:

Foreign Policy Centre, London, 2016, pp. 17-21; M. LEIGH, *Rethinking the European Union's Neighborhood Policy*, in A. ÜNVER NOI, S. TOPERICH (eds.), *Challenges of Democracy in the European Union and its Neighbors*, Washington, 2016, pp. 109-122; S. POLI, *La revisione della politica europea di vicinato e il controverso rapporto tra condizionalità e geometria variabile*, in *European Papers*, 2016, n. 1, pp. 263-274. In generale, sulla politica europea di vicinato, si veda E. COHEN-HADRIA, *EU Member States and the ENP: Towards Greater Ownership?*, Euromed Survey No. 6, European Institute of the Mediterranean, Barcelona, 2016; N. GHAZARYAN, *The European Neighbourhood Policy and the Democratic Values of the EU: A Legal Analysis*, Oxford, 2014; S. GSTÖHL, *The European Neighbourhood Policy in a comparative perspective: Models, challenges, lessons*, Abingdon, 2016; G. HARPAZ, *Approximation of Laws under the European Neighbourhood Policy: the challenges that lie ahead*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, n. 3, p. 429 ss.; E. LANNON, *The European Neighbourhood Policy's challenges/Les défis de la politique euroéenne de voisinage*, Brussels, 2012; S. POLI (ed.), *The European Neighbourhood Policy: values and principles*, Routledge, 2016. Sui risultati e gli sviluppi della rinnovata politica europea di vicinato, è possibile consultare la prima Relazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sull'attuazione del riesame della politica europea di vicinato*, Bruxelles, 18 maggio 2017, JOIN(2017) 18 final.

¹⁷ Conclusioni del Consiglio, *Strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, doc. 13202/16 del 17 ottobre 2016, consultabile in: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13202-2016-INIT/it/pdf>.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, *sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 7 giugno 2016, COM(2016) 385 final. Gli sviluppi sono dettagliati nelle cinque relazioni finora presentate dalla Commissione europea. Si veda, in particolare l'ultima Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 6 settembre 2017, COM(2017) 471 final. Ad essa si associa la Comunicazione sugli sfollamenti forzati e lo sviluppo, COM(2016) 234 final del 26 aprile 2016. In tema, v. F. GRAZIANI, *The European Union External Action on Migration and Asylum: The 2016 Migration Partnership Framework and Its Outcomes*, in *International Relations*, 2017, n. 1, p. 30 ss.

salvare le vite nel Mediterraneo; aumentare i tassi di rimpatrio nei paesi di origine e di transito; consentire ai migranti e ai rifugiati di rimanere vicino a casa e di evitare viaggi pericolosi. L'intervento immediato con i "partner strategici" deve essere improntato a finalità specifiche e misurabili dirette a: collaborare con i partner strategici per migliorare il quadro legislativo e istituzionale sulla migrazione; fornire assistenza concreta per sviluppare le capacità di gestione delle frontiere e della migrazione, offrendo anche protezione ai rifugiati; aumentare i tassi di rimpatrio e di riammissione privilegiando il rimpatrio volontario e concentrandosi sul reinserimento; arginare i flussi irregolari e offrire al tempo stesso canali di migrazione legale, anche intensificando gli sforzi ai fini del reinsediamento¹⁹.

Emerge dalla Comunicazione in analisi, che tali patti devono essere varati con i "Paesi prioritari" sia di origine che di transito per assicurare una migliore gestione della migrazione con i paesi terzi e mettere ordine nei flussi migratori, anche attraverso l'integrazione degli esistenti programmi comuni su migrazione e mobilità, rafforzando il sostegno tecnico e finanziario da parte dell'Unione europea.

In sostanza, al fine di incidere sulla dimensione esterna dell'Agenda europea sulla migrazione per ogni paese partner viene prefigurata una "combinazione di incentivi positivi e negativi", la cui applicazione dovrebbe basarsi sul chiaro principio che le relazioni globali tra l'UE e il paese in questione dipenderanno in particolare dalla capacità e dalla volontà di quest'ultimo di cooperare in materia di gestione della migrazione. Il tutto, avvalendosi dell'intera gamma di politiche, strumenti finanziari e strumenti delle relazioni esterne dell'UE²⁰.

Sulla linea della Comunicazione della Commissione, il 3 febbraio 2017 il Consiglio europeo ha varato la Dichiarazione di Malta – seguita alla riunione informale dei Capi di Stato e di Governo dell'UE – incentrata sull'individuazione delle misure volte a contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare con particolare riferimento alla rotta del Mediterraneo centrale²¹.

¹⁹ Agli obiettivi di breve periodo vanno associate le misure a lungo termine, finalizzate anche all'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. A lungo termine, l'UE si prefigge di continuare ad affrontare le cause profonde della migrazione irregolare e degli sfollamenti forzati. A tal fine, occorrerà rivedere sostanzialmente la portata e la natura dei modelli tradizionali di cooperazione allo sviluppo. Bisogna affidare un ruolo molto più incisivo agli investitori privati in cerca di nuove opportunità di investimento sui mercati emergenti. Invece di lasciare che i migranti irregolari rischino la vita nel tentativo di raggiungere i mercati del lavoro europei, si dovrebbero mobilitare le risorse pubbliche e private europee per investire nei paesi terzi di origine dei migranti. Si contribuirebbe in tal modo allo sviluppo sostenibile delle economie locali e alla trasformazione raccomandata dall'Agenda 2030.

²⁰ Come affermato poi anche dal Consiglio dell'UE del luglio 2016, il nuovo quadro è basato su "effective incentives and adequate conditionality", ove "cooperation on readmission and return will be a key test of the partnership between the EU and [its] partners". Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *External aspects of migration-Monitoring results*, 4 luglio 2016.

²¹ Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo, *sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, Valletta, 3 febbraio 2017. 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*

Necessita di essere messo in evidenza l'obiettivo prioritario individuato nella Comunicazione del febbraio del 2017, consistente nella “*formazione, equipaggiamento e supporto per la guardia costiera nazionale libica e altre agenzie pertinenti*”, affinché siano in grado di contrastare la tratta di esseri umani, attivarsi per le operazioni di *search and rescue*, in grado di prevenire la partenza di imbarcazioni verso l'Europa. La realizzazione di siffatto obiettivo rappresenta, infatti, il nucleo dell'attuale strategia di “esternalizzazione” del controllo delle frontiere, basato sulla realizzazione di un sistema che è stato definito di “*remote*”²² o “*contactless control*”²³, ove il “contatto” con i migranti e i richiedenti protezione internazionale è lasciato ai Paesi terzi, la cui azione è sorretta da incentivi prevalentemente di tipo economico proveniente dall'UE e dai suoi Stati membri²⁴.

Si viene, pertanto, a delineare una *governance* “multilivello” che vede coinvolta una pluralità di attori finalizzata a prevenire l'ingresso stesso di migranti e di richiedenti protezione internazionale nel territorio – o comunque nel raggio della giurisdizione – degli Stati dell'UE. Il tutto attraverso una combinazione di azioni unilaterali, bilaterali o multilaterali che includono assistenza tecnica e strumenti finanziari basati, come si è già detto, sul principio della condizionalità economica²⁵.

3. L'“accordo” con la Turchia

Il processo di esternalizzazione della gestione dell'immigrazione fuori dai confini dell'Unione europea ha trovato un primo *step* nell'“accordo” UE-Turchia²⁶: è noto che,

the kingdom of the blind the one-eyed man is king, in *European Policy Centre – Commentary*, 6 February 2017, www.epc.eu.

²² Cfr. R. ZAIOTTI (ed.), *Externalizing Migration Management*, cit., *passim*.

²³ Le espressioni sono mutate da V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÉ, *The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=494096120005025118004103121124105092024017086086029049025118029085126113093127083028003123122026051006023090093073126117077069043047074030003024024106102103008073095017051028027064121096093016097088120066107072096115074109104112111000008109064000112023&EXT=pdf>.

²⁴ Considerato lo stanziamento anche di fondi che fanno capo al Titolo III, Parte V del TFUE, dedicato alla Cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario, si osserva una interconnessione con la cooperazione allo sviluppo. Sulle diverse tipologie di finanziamenti e fondi utilizzabili, v. F. FERRI, *Convergenza delle politiche migratorie e di cooperazione allo sviluppo dell'Unione Europea e accordi con Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, nn. 3-4, pp. 36-69; L. DEN HERTOOG, *Money Talks. Mapping the funding for EU external migration policy*, CEPS Paper in Liberty and Security, November 2015, in www.ceps.eu. Tra i finanziamenti più rilevanti si ricorda il Fondo europeo fiduciario per l'Africa che pure ha sollevato elementi di criticità in particolare con riferimento all'esclusione del Parlamento europeo, per cui si rinvia a S. PRESTIANNI, *Le torbide basi economiche dell'esternalizzazione delle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione Europea in Africa*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, nn. 3-4, pp. 74-81.

²⁵ In termini generali, si veda S. ANGIOI, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, Napoli, 2006.

²⁶ In argomento, A.G. YILDIZ, *The European Union's Immigration Policy: Managing Migration in Turkey and Morocco*, Basingstoke, 2016, nonché G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 221 ss.

piuttosto che ad un “accordo” in senso formale, alla Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2017²⁷ è stato affidato il compito di individuare misure atte ad arginare i flussi di migranti che hanno messo in crisi la tenuta dei sistemi Schengen e Dublino²⁸. Si tratta di una dichiarazione che si innesta sul precedente Piano d’azione UE-Turchia concordato il 29 novembre 2015²⁹, nonché su una articolata serie di relazioni basate principalmente sull’accordo di associazione risalente al 1963 e sul negoziato per l’adesione della Turchia all’UE aperto nel 2005³⁰.

Per quanto attiene ai contenuti, il testo della Dichiarazione verte sulla creazione di una misura “*straordinaria e temporanea in attesa che cessino le sofferenze umane e sia ripristinato l’ordine pubblico*”, consistente principalmente nella definizione dell’obbligo – in capo alla Grecia – di procedere al rimpatrio verso la Turchia di tutti dei migranti irregolari giunti attraverso quest’ultimo paese nelle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016.

All’obbligo di rimpatrio del quale si fa carico la Grecia verso la Turchia è associato un ulteriore meccanismo – divenuto noto come “sistema 1:1” – in virtù del quale per ogni cittadino siriano rimpatriato in Turchia è prevista l’ammissione di un cittadino siriano nell’Unione europea. Fungono da corollario di questi due principali obblighi, le azioni che l’UE e la Turchia si impegnano ad attuare sia per sostenere lo sforzo della Turchia nell’accoglienza dei rifugiati sia per il rafforzamento della cooperazione al fine di prevenire i flussi migratori irregolari verso l’Unione europea. In virtù del principio di “condizionalità economica” cui si è fatto riferimento anche *supra* al par. 1, in capo all’Unione europea è stato fissato principalmente un impegno di tipo finanziario, finalizzato a fornire sostegno alla Turchia per il sistema di accoglienza dei rifugiati, per

²⁷ Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016, in <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>, su cui si vedano F. CHERUBINI, *The “EU-Turkey Statement” of 18 March 2016: A (Umpteenth?) Celebration of Migration Outsourcing*, in S. BALDIN, M. ZAGO (eds.), *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, 2017; 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. 405-425; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, 2016; A. RIZZO, *La dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sviluppi recenti e sfide aperte*, in questa Rivista, 2017, n. 1, pp. 147-177; 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/>.

²⁸ Tale aspetto è sottolineato da C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, cit., ove si evidenzia che la cooperazione con la Turchia è contemplata espressamente nella tabella di marcia che la Commissione UE ha pubblicato verso il ritorno al pieno funzionamento del sistema Schengen (Ritorno a Schengen. Una tabella di marcia, COM(2016)12 del 4 marzo 2016, p. 3 e 9). Inoltre, l’A. sottolinea “Se, infatti, fosse stato prioritario risolvere la crisi dei migranti, sarebbe stata avviata una grande operazione autenticamente umanitaria, per dare prima di tutto accoglienza alle persone bisognose di protezione, facilitando l’accesso legale di queste senza essere costrette a ricorrere alla rete dei trafficanti. L’Unione e, in particolare, i Capi di Stato e di Governo non hanno invece mai neanche accennato all’adozione di una misura straordinaria di carattere umanitario, mentre, come vedremo, hanno deciso di realizzare una misura straordinaria di rimpatrio di migranti irregolari e di richiedenti asilo”.

²⁹ Piano d’azione comune UE-Turchia del 29 novembre 2015, disponibile su www.consilium.europa.eu.

³⁰ Per una più compiuta ricognizione delle relazioni esistenti tra l’UE e la Turchia, si rinvia C. DI COSTANZO, *The Unique Case of Turkey: The European Union’s Method in the Quest of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2016, n. 2, pp. 355-376.

l'accelerazione delle modifiche necessarie a rinforzare il sistema di asilo turco e per una più rapida attuazione dell'accordo di riammissione³¹.

In considerazione di siffatti obblighi, è noto che l'aspetto che più di altri presenta criticità è legato alla conformità di strumenti atti ad arginare l'afflusso di cittadini di paesi terzi – specie siriani³² – rispetto alle garanzie da riservare ai richiedenti protezione internazionale³³. Sotto il profilo “formale”, il pericolo di incorrere nella violazione di obblighi imposti dal diritto internazionale e dal diritto dell'UE, tra cui il divieto di espulsioni collettive, risulta essere mitigato dalla precisazione, contenuta nella Dichiarazione, secondo cui qualunque domanda d'asilo sarà trattata individualmente dalle autorità greche conformemente alla direttiva sulle procedure d'asilo, in cooperazione con l'UNHCR³⁴. Ulteriore enfasi sul rispetto dei principi e delle norme relative alla protezione internazionale è riposta anche nelle relazioni adottate dalla Commissione al fine di monitorare l'applicazione delle misure individuate dalla Dichiarazione, ove è precisato che queste ultime vanno attuate “*rigorosamente in conformità agli obblighi previsti dal diritto internazionale e dall'UE e nel pieno rispetto del principio di non respingimento*”³⁵.

Nell'ipotesi in cui i migranti non presentino domanda d'asilo o la domanda sia ritenuta infondata o non ammissibile, la Dichiarazione prevede il rimpatrio in Turchia, sul presupposto che quest'ultima sia da considerarsi “Paese terzo sicuro” ai sensi della direttiva 2013/32/UE³⁶. In particolare, quelle che rilevano sono le disposizioni relative alla provenienza dei richiedenti asilo da un Paese di primo asilo (art. 35) o da uno Stato non membro dell'UE considerato sicuro (art. 38)³⁷, che si differenziano per la

³¹ L'attuazione del Piano d'azione è affidata alla Commissione UE e all'Alto Rappresentante e al Governo Turco, attraverso l'istituzione di un Gruppo di alto livello sull'immigrazione UE-Turchia.

³² Sulla situazione siriana si veda G. GUARINO, *Il conflitto in Siria tra guerra, rivoluzione e terrorismo. Alla ricerca di una logica (...normativa?)*, Napoli, 2018.

³³ Con riferimento anche alla conformità rispetto all'impianto costituzionale, v. A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 1.

³⁴ Nell'ipotesi in cui i migranti presentano domanda d'asilo o la domanda sia ritenuta infondata o non ammissibile, in virtù della direttiva citata, ai sensi della Dichiarazione essi saranno rimpatriati in Turchia.

³⁵ Da ultimo, v. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Settima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della dichiarazione UE-Turchia*, Bruxelles, 6.9.2017, COM(2017) 470 final.

³⁶ Sulla nozione di “Paese terzo sicuro”, v. per tutti 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, nonché C. COSTELLO, *Safe Country? Says Who?*, in *Int. Journ. Ref. Law*, 2016, n. 4, pp. 601-622, che riprende il più risalente contributo di G.S. GOODWIN-GILL, *Safe Country? Says Who?*, *ivi*, 1992, n. 4, p. 248 ss.

³⁷ Tuttavia, sul piano sostanziale, da molti rapporti delle ONG emergono profili di criticità in relazione alla conformità di alcuni comportamenti e prassi rispetto alla tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale da parte della Turchia. In particolare, cfr. HRW, *Turkey: Syrians Pushed Back at the Border*, 23 novembre 2015, in <https://www.hrw.org/news/2015/11/23/turkey-syrians-pushed-back-border>; Amnesty International, *Europe's Gatekeeper: unlawful detention and deportation of refugees from Turkey*, 16 dicembre 2015, in <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3022/2015/en/>; ECRE, *ECRE strongly opposes legitimizing push-backs by declaring Turkey a 'safe third country'*, 29 gennaio 2016, in <http://www.ecre.org/ecre-strongly-opposes-legitimising-push-backs-by-declaring-turkey-a-safe->

circostanza che, nella prima ipotesi, il soggetto interessato ha già visto riconoscersi la protezione internazionale, laddove, nella seconda ipotesi, il Paese terzo deve garantire un accesso effettivo alla protezione, alla luce di una verifica non soltanto formale ma anche sostanziale, in linea con quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza³⁸.

Oltre agli aspetti sostanziali, l'“accordo” con la Turchia risulta emblematico anche in relazione al tipo di strumento giuridico “soft” utilizzato per sancire gli impegni tra l'Unione europea e lo Stato terzo coinvolto. Piuttosto che ad un accordo internazionale concluso seguendo la procedura appositamente prevista dall'art. 218 del TFUE, si è fatto ricorso ad una Dichiarazione o *Statement* connotato da informalità e dal ruolo pregnante dei Capi di Stato e di Governo a discapito del Parlamento europeo, di cui pure l'art. 218 del TFUE prevede il coinvolgimento³⁹.

Come è noto, a dipanare i dubbi circa la qualificazione giuridica della Dichiarazione quale accordo internazionale dell'UE a prescindere dalla forma da esso assunta, è intervenuto il Tribunale risolvendo la questione in senso negativo, ossia ritenendo lo *Statement* non riconducibile ad un accordo dell'Unione europea. Attraverso delle pronunce⁴⁰ che hanno suscitato non poche perplessità nella dottrina anche in ordine al ricorso quasi “strategico” a siffatte forme di assunzione di impegni in ambito internazionale⁴¹, il Tribunale ha ritenuto in particolare che le espressioni utilizzate nella

thirdcountry/; Statewatch, *Why Turkey is not a 'safe country'*, 18 febbraio 2016, in <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf>.

³⁸ La Corte di giustizia ha, infatti, affermato che la nozione di protezione debba essere interpretata non in senso formale, bensì in senso sostanziale, dovendo lo Stato che voglia svestirsi della competenza di esaminare la domanda di asilo verificare l'effettività della protezione che altri accordi alla persona in questione nella zona soggetta al proprio controllo. Cfr. in particolare la sentenza della Grande Sezione del 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2010:351.

³⁹ M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, www.eurojus.it.

⁴⁰ Ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:128, avverso cui è stata proposta impugnazione innanzi alla Corte di giustizia: impugnazione proposta il 21 aprile 2017 da NF avverso l'ordinanza del Tribunale (Prima Sezione ampliata) del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF/Consiglio europeo*, causa C-208/17 P, in *GUUE* L 231 del 17.7.2017. Vd. Anche l'ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-193/16, *NG c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:129 e ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-257/16, *NM c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:130. Successivamente, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ne ha parlato in termini di “*un accord sur l'immigration conclu le 18 mars 2016 entre les États membres de l'Union européenne et la Turquie*”. Cfr. Sentenza del 25 gennaio 2018, ricorso n. 22696/16, *J.R. e altri c. Grecia*, par. 7.

⁴¹ Per le quali si vedano, in particolare, E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism, A Quick Comment on NF v. European Council*, 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 No. 2017/15, www.ceps.eu; G. CAGGIANO, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in questa Rivista, 2017, n. 2, pp. 7-25. V. anche 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; 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. In generale, sull'uso “strategico” del diritto non-UE, v. P. SLOMINSKI, F. TRAUNER, *How do Member States Return Unwanted Migrants? The Strategic (non-) use of*

Dichiarazione e in diversi documenti ad esso afferenti (specie l'uso dell'espressione "membri del Consiglio europeo" e di "UE") fanno riferimento esclusivo a diversi incontri avvenuti tra i rappresentanti della Turchia e i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione riuniti in seno al Consiglio, e non direttamente al Consiglio europeo.

Di conseguenza, il Tribunale ha rilevato che la Dichiarazione UE-Turchia, come diffusa per mezzo del comunicato stampa n. 144/16, non può essere considerata come un atto adottato dal Consiglio europeo, né peraltro da un'altra istituzione, da un organo o da un organismo dell'Unione o come prova dell'esistenza di un simile atto e, quindi, il Tribunale non è competente a pronunciarsi sulla sua legittimità, atteso che *"gli atti adottati dai rappresentanti degli Stati membri che agiscano in qualità, non di membri del Consiglio, ma di rappresentanti dei rispettivi governi e che esercitino così collegialmente le competenze degli Stati membri non sono soggetti al sindacato di legittimità esercitato dalla Corte"*⁴².

4. La cooperazione con la Libia nell'ambito del nuovo quadro di partenariato dell'UE

Sulla *"cooperazione senza precedenti"* realizzata con la Turchia è stata riposta particolare enfasi nelle dichiarazioni della Commissione europea in vista della creazione di ulteriori rapporti di partenariato con i principali paesi di origine dei migranti irregolari o con i principali paesi di transito. Ciò emerge in particolare nella già analizzata Comunicazione della Commissione del 7 giugno 2016 (COM(2016)0385) e viene ulteriormente ribadita nei diversi consessi in cui – soprattutto a seguito della chiusura della rotta balcanica – ha acquisito centralità maggiore la gestione della rotta del Mediterraneo centrale.

Ci si riferisce, in particolare, alla citata Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo, *sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale* del 3 febbraio 2017, in cui si pone l'obiettivo di intensificare la collaborazione con la Libia quale principale paese di partenza e con i suoi vicini in Africa settentrionale e subsahariana. Il tutto ribadendo l'importanza di garantire un controllo efficace della frontiera esterna e di arginare i flussi illegali verso l'UE, quali elementi centrali di una politica migratoria che possa considerarsi "sostenibile".

Peraltro, va evidenziato che le prerogative dell'UE sottese all'intensificazione dei rapporti con i Paesi africani, tra cui principalmente la Libia, avevano trovato formulazione esplicita anche nella Comunicazione congiunta della Commissione

'Europe' during the Migration Crisis, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, n. 1, pp. 101-118. Gli Autori evidenziano che: *"While Member States increasingly use the EU's operational and financial resources and are determined to pool their powers to externalize their migration control and informalize the return policy, we also demonstrate that their deliberate 'non-use' of Europe, for example, by using national leeway or vague EU rules, has been a central strategy for advancing the efficiency of the return"*.

⁴² Sentenza del 30 giugno 1993, causa C-181/91 e C-248/91, *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, EU:C:1993:271.

europea e dell'Alto rappresentante dal titolo “*La migrazione lungo la rotta del Mediterraneo centrale - Gestire i flussi e salvare vite umane*”⁴³ da cui emergeva una situazione molto preoccupante lungo la rotta migratoria del Mediterraneo centrale, con una stima di 700.000/1 milione di migranti bloccati in Libia, più di 180.000 partenze irregolari da questo paese verso l'Italia e quasi 5.000 decessi durante gli attraversamenti nel 2016.

Al fine di porre rimedio alle criticità evidenziate, nella citata Comunicazione congiunta ci si poneva l'obiettivo di ridurre il numero di vite perse in mare, di intensificare la lotta contro gli scafisti e i trafficanti, garantire la protezione dei diritti dei migranti, sostenere le comunità di accoglienza e aumentare i rimpatri volontari assistiti attraverso una serie di azioni che beneficeranno di finanziamenti per 200 milioni di euro nel 2017 dal Fondo fiduciario d'emergenza dell'Unione europea per l'Africa. In siffatto contesto, la Libia veniva identificata come la principale destinataria dell'intervento dell'UE, da realizzarsi attraverso “accordi” riecheggianti quello con la Turchia.

Le recenti relazioni intessute in particolar modo dall'Italia con la Libia fanno direttamente capo alla Dichiarazione di Malta, al piano d'azione relativo al Mediterraneo centrale e al nuovo quadro di partenariato delineato dalle Istituzioni europee⁴⁴.

Nella specie, il Governo italiano ha formalizzato tali relazioni attraverso un Memorandum di intesa sottoscritto con il Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato libico⁴⁵, avente quale principale oggetto la cooperazione nel settore del contrasto all'immigrazione illegale⁴⁶ e che richiama espressamente i più risalenti accordi sottoscritti tra i due Paesi e sospesi durante la primavera araba e la guerra civile libica⁴⁷.

⁴³ 8 JOIN(2017) 4 final del 25 gennaio 2017, cit.

⁴⁴ M.G. GIUFFRÉ, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus*, 20 marzo 2017, reperibile in <<http://rivista.eurojus.it/from-turkey-to-libya-the-eu-migration-partnership-from-bad-to-worse/>>

⁴⁵ Il Governo di riconciliazione nazionale (presieduto da Faye al-Serraj) è stato costituito nel gennaio 2016 in applicazione dell'intesa conclusa tra le parti del conflitto libico il 17 dicembre 2015 a Skhirat (Marocco) grazie alla mediazione dell'ONU, che lo hanno riconosciuto come unico detentore del potere esecutivo in Libia. Cfr. le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 2259/2015 e 2278/2016, confermate da altre successive risoluzioni. Tuttavia, il Governo di riconciliazione nazionale non governa l'intero territorio dello Stato, esercitando un controllo parziale in Tripolitania, laddove la Cirenaica è sottoposta al Governo presieduto dal generale Khalifa Haftar con sede a Tobruk e il resto della Libia è controllato da varie tribù. Cfr. il *Final Report of the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011)*, UN doc. S/2017/466, del 1° giugno 2017.

⁴⁶ *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*, 2 febbraio 2017, reperibile in <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>.

⁴⁷ Nella parte introduttiva del Memorandum vengono, in particolare, richiamati il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 (specie il suo art. 19, che prevede misure congiunte di controllo delle acque territoriali libiche) e la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012. Ai sensi del suo art. 8, Il Memorandum entra in vigore al momento della firma. Esso ha validità triennale e sarà tacitamente rinnovato alla scadenza per un periodo equivalente, salvo notifica per iscritto di una delle due Parti contraenti, almeno tre mesi prima della scadenza del periodo di validità. L'assenza di una discussione parlamentare e dell'autorizzazione alla ratifica determina, evidentemente, problematiche

In ordine al suo contenuto, rilevano in particolar modo gli impegni assunti ai sensi dell'art. 1 del Memorandum – che ha trovato approvazione da parte dell'intero Consiglio europeo il giorno seguente alla sua sottoscrizione, nella citata Dichiarazione di Malta, adottata il 3 febbraio 2017 – finalizzati ad intraprendere iniziative di cooperazione per il sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari libiche al fine di arginare i flussi di migranti illegali e affrontare le conseguenze da essi derivanti. In particolare, il Governo italiano si impegna a fornire supporto di tipo tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno.

Guardando al piano della cooperazione di “lungo periodo”, il Memorandum prevede l'impegno di entrambe le parti per “*eliminare le cause dell'immigrazione clandestina*”, in particolare attraverso il sostegno nell'attuazione di progetti strategici di sviluppo (in virtù dell'art. 2, punto 4).

Inoltre, per quanto concerne gli aspetti economici, l'art. 4 stabilisce l'impegno della parte italiana a provvedere al finanziamento delle iniziative menzionate nel Memorandum o di quelle proposte dal comitato misto previsto dall'art. 3⁴⁸, anche attraverso l'utilizzo di fondi disponibili derivanti dall'Unione europea.

Rispetto agli impegni assunti finalizzati precipuamente ad esternalizzare il controllo delle frontiere e ad arginare il flusso dei migranti, è evidente che un ruolo del tutto marginale è assunto dal profilo della tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale.

All'art. 5 è affidata una clausola generica che impegna le parti ad interpretare e applicare il Memorandum nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui Italia e Libia siano parte. Su di un piano più specifico si pongono le previsioni contenute nell'art. 2, che tengono esplicitamente conto della difficoltà a contemperare gli impegni assunti dalle parti con il rispetto dei diritti umani dei migranti in un territorio, come quello libico, noto per le diffuse prassi in violazione di standard minimi di tutela⁴⁹. In particolare, il punto 2) dell'art. 2 impegna le Parti all'adeguamento e finanziamento dei centri di accoglienza libici già attivi, usufruendo di

anche in relazione alla compatibilità rispetto all'art. 80 della nostra Costituzione, atteso che l'accordo palesa la sua natura politica e comporta oneri finanziari. Sul punto, cfr. anche 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, n. 1, pp. 5-27, in particolare p. 8 ss., che pur rilevando che la conclusione in forma semplificata sembrerebbe giustificata sulla base del presupposto che il Memorandum abbia la semplice funzione di “*attuare gli accordi sottoscritti tra le Parti in merito, tra cui il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30/08/2008, ed in particolare l'articolo 19 dello stesso Trattato, la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012 e altri accordi e memorandum sottoscritti in materia*” (come si legge nel Preambolo), evidenzia come il Memorandum non possa essere considerato quale mera “attuazione” degli accordi citati.

⁴⁸ Ai sensi del quale, “*Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al presente Memorandum, le parti si impegnano a istituire un comitato misto composto da un numero di membri uguale tra le parti, per individuare le priorità d'azione, identificare strumenti di finanziamento, attuazione e monitoraggio degli impegni assunti*”.

⁴⁹ Di tale aspetto, con riferimento specifico alla detenzione dei migranti, si darà conto *infra* al par. 4.

risorse disponibili da parte italiana e di finanziamenti dell'Unione europea. Inoltre, in capo all'Italia è posto l'impegno, attraverso la fornitura di medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza, a soddisfare le esigenze di assistenza sanitaria dei migranti illegali, per il trattamento delle malattie trasmissibili e croniche gravi. In virtù del punto 3) dell'art. 3, le Parti si impegnano anche alla formazione del personale libico all'interno dei centri di accoglienza per far fronte alle condizioni dei migranti illegali, sostenendo i centri di ricerca libici che operano in questo settore, in modo che possano contribuire all'individuazione dei metodi più adeguati per affrontare il fenomeno dell'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani.

Gli impegni così assunti tra Italia e Libia nel febbraio del 2017 vanno ad innestarsi su di una serie di rapporti già esistenti con l'Unione europea, atteso il coinvolgimento diretto di quest'ultima attraverso la missione EUBAM, nonché in virtù dell'operazione militare EUNAVFOR MED, nel più ampio contesto del coinvolgimento di una pluralità di attori che, nel mar Mediterraneo, è impegnata nelle azioni di salvataggio delle vite umane⁵⁰.

In particolare, la missione EUBAM Libia⁵¹ trova la sua base giuridica negli articoli 28, 42, par. 4, e 43, par. 2 del TUE e ha il mandato di fornire alle autorità libiche sostegno per sviluppare – a breve termine – la capacità di accrescere la sicurezza delle frontiere terrestri, marine e aeree libiche e per sviluppare – a più lungo termine – una

⁵⁰ Per un quadro di insieme, si rinvia a S. MARINAI, *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, pp. 901-939. Per ulteriori profili inerenti alla cooperazione internazionale, si veda anche F. IPPOLITO, S. TREVISANUT, *Migration in the Mediterranean. Mechanism of International Cooperation*, Cambridge, 2015.

Il quadro normativo internazionale relativo alle attività di soccorso in mare, fa capo alla Convenzione SOLAS del 1974, alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 ed infine alla Convenzione SAR del 1979 (*International Convention on Maritime Search and Rescue*, adottata il 27.4.1979 ed entrata in vigore il 22.6.1985, 1405 UNTS 118, come emendata (SAR)) che richiede allo Stato della SAR e allo Stato che ha coordinato i soccorsi di assistere i naufraghi e portarli in un porto sicuro. A tali norme vanno poi aggiunte quelle dell'ordinamento dell'Unione europea, in particolare gli artt. 3 e art. 9 del regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo 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 L 189 del 27.6.2014. In particolare, sul ruolo delle ONG, specie a seguito dell'adozione del Codice di condotta italiano, v. D. IRRERA, *Migrants, the EU and NGOs: The 'Practice' of Non-Governmental SAR Operations*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2016, p. 20; I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 3, pp. 1-29; A. RAUTI, *Il codice di condotta per le ONG ed il controllo sul mare extraterritoriale*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, n. 4, pp. 899-902; F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 1, pp. 189-198.

⁵¹ Decisione (PESC) 2017/1342 del Consiglio, del 17 luglio 2017, recante modifica e proroga della decisione 2013/233/PESC sulla missione dell'Unione europea di assistenza alla gestione integrata delle frontiere in Libia (EUBAM Libia), in GUUE L 185 del 18.7.2017, pag. 60. Sotto il profilo economico, rilevano le integrazioni apportate dalla Decisione (PESC) 2017/2162 del Consiglio del 20 novembre 2017, recante modifica alla decisione 2013/233/PESC sulla missione dell'Unione europea di assistenza alla gestione integrata delle frontiere in Libia (EUBAM Libia), in GUUE L 304 del 21 novembre 2017. Quest'ultima decisione ha stabilito che l'importo di riferimento finanziario destinato a coprire la spesa relativa all'EUBAM Libia per il periodo dal 1° dicembre 2017 al 31 dicembre 2018 è pari a € 31.200.000,00.

strategia più ampia di gestione integrata delle frontiere. Per conseguire tali obiettivi la missione svolge compiti di sostegno alle autorità libiche per rafforzare sia i servizi di frontiera mediante attività di formazione e accompagnamento – ciò in vista di una strategia nazionale libica di “gestione integrata dei confini nazionali” (IBM) – sia le capacità operative istituzionali libiche.

L'operazione militare EUNAVFOR MED è, invece, basata sull'articolo 42, par. 4, e l'articolo 43, par. 2 del TUE ed è attualmente disciplinata dalla Decisione (PESC) 2017/1385 che ne proroga il mandato sino al 31 dicembre 2018⁵². Il nucleo centrale della missione, avviata nel 2015, consisteva, in origine, nello “*smantellare il modello di business delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale*”⁵³. Ad un anno di distanza, il Consiglio ne ha ampliato il perimetro di operatività, in particolare attraverso la previsione di competenze in ordine alla “*formazione della guardia costiera e della marina libiche*”⁵⁴.

5. I “costi” del processo di esternalizzazione: la privazione della libertà personale e i trattamenti inumani e degradanti sui migranti in Libia

Come è emerso nei paragrafi precedenti, l'obiettivo primario che ha sorretto il processo di esternalizzazione del controllo delle frontiere è da rinvenirsi nella necessità di arrestare i sempre più ingenti flussi migratori verso l'Europa, posto in associazione alla necessità di evitare le morti in mare. Per alcuni aspetti, la tutela delle posizioni giuridiche dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale è venuta ad assumere un rilievo “secondario”, di tal che si è sempre più diffusamente cominciato ad interrogarsi circa la “sorte” della tutela dei diritti umani in termini di “costi” della

⁵² Decisione (PESC) 2017/1385 del Consiglio del 25 luglio 2017, *che modifica la decisione (PESC) 2015/778 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED operazione SOPHIA)*, in GUUE L 194 del 16 luglio 2017.

⁵³ Cfr. art. 1 della Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015, *relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (UNAVFOR MED)*, in GUUE L 122 del 19 maggio 2015.

⁵⁴ Decisione (PESC) 2016/993 del Consiglio del 20 giugno 2016, *che modifica la decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015, relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (UNAVFOR MED operazione SOPHIA)*, in GUUE L 162 del 21 giugno 2016. I compiti dell'operazione sono stati ampliati anche da alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU, tra cui la n. 2240/2015 e la n. 2292/2016. In tema, M. GESTRI, *Eunavfor Med: Fighting Migrant Smuggling Under UN Security Council Resolution 2240 (2015)*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, n. 25, pp. 21-54, nonché I. CARACCILO, *Migration and the Law of the Sea: Solutions and Limitations of a Fragmentary Regime*, in A. Pellet, J. CRAWFORD ET AL. (eds.), *Collected Studies in Honour of Djamchid Momtaz*, Oxford, 2017, p. 274 ss.; E. CARLI, *Operation EUNAVFOR MED SOPHIA in the Framework of the European Agenda on Migration: Practical Aspects and Questions of International Law*, in questo numero della Rivista; E. PAPASTAVRIDIS, *EUNAVFOR MED Operation Sophia: Fighting Smuggling of Migrants or Protecting Human Rights?*, in S. POLI (a cura di), *Protecting Human Rights in the European Union's External Relations*, Cleer Papers, 2016, p. 139 ss.; G. ZICCARDI CAPALDO, *The EUNAVFOR MED Operation and the Use of Force*, in *ASIL Insight*, 2015, n. 27, in <https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/27/eunavfor-med-operation-and-use-force>; in particolare p. 36 ss.; Sull'intervento dell'UE in Libia, si veda anche F. BATTAGLIA, *The role of the European Union in promoting Peace/State-Building in Libya*, in *Rivista di Studi Politici*, 2017, n. 2, pp. 123-141, <http://www.istitutospio.it/rivista>.

dimensione esterna della politica di immigrazione e di asilo così sviluppata dall'Unione europea e dagli Stati membri⁵⁵.

I “costi” dell'esternalizzazione del controllo delle frontiere sono stati oggetto di numerosi documenti ufficiali e di rapporti delle Organizzazioni non governative (ONG) che lavorano sul campo, specie con riferimento alla situazione della Libia e allo stato di detenzione in cui versano i migranti in territorio libico, laddove il presupposto per la cooperazione dell'UE con tale Paese dovrebbe in astratto sempre poggiare sul concetto di “Paese sicuro”, come si è già detto *supra* al par. 2.

Invero, già nella citata Comunicazione della Commissione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato (2016) si sottolineava la particolare attenzione da riporre per fronteggiare la situazione della Libia, “*al cui interno sono stati individuati oltre 230 000 migranti. Di questi, tra 4 000 e 5 000 si trovano in centri di detenzione e molti non hanno accesso all'assistenza sanitaria e alimentare; inoltre, la fragilità dello Stato suscita chiari dubbi in merito all'esistenza di misure basilari di protezione e al rispetto dei loro diritti*”⁵⁶. Seppure in Libia erano state realizzate alcune attività limitate in materia di migrazione, in particolare in collaborazione con l'UNHCR e

⁵⁵ In dottrina, si vedano in particolare A. ALGOSTINO, *Brevi riflessioni sul vertice di Parigi del 28 agosto 2017: gestione dei flussi migratori ed “effetti collaterali”*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 3, pp. 1-9; O. BURLYUK, *The ‘Oops!’ of EU Engagement Abroad: Analyzing Unintended Consequences of EU External Action*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, n. 5, pp. 1009-1025; B. FRELICK, 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, n. 4, pp. 190-220; T. SPIJKERBOER, *The Human Costs of Border Control*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 127-139. Nel valutare complessivamente l'inasprimento delle politiche migratorie degli Stati membri, un recentissimo rapporto dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) ha messo in evidenza come, negli ultimi due anni, sia sempre più difficile per i migranti e i richiedenti protezione internazionale avere accesso al territorio degli Stati membri dell'UE. Seppure è noto che non sia riconoscibile un diritto di accesso nel territorio, è evidente che le pratiche poste in essere rischiano – come la stessa Agenzia dell'UE sottolinea nel suo rapporto – quanto meno di interferire con il diritto di asilo che trova esplicito riconoscimento nell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Allo stesso modo, possono sorgere dubbi circa la violazione del divieto di espulsioni collettive e del principio di non respingimento di cui all'art. 19 della stessa Carta. Tali timori sono peraltro suffragati dalla più circostanziata analisi di casi concreti riportati nel documento redatto dall'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (a p. 7 vengono, in particolare, riportati i casi della Polonia, dei respingimenti dalla Francia all'Italia senza una formale decisione di espulsione e senza informazioni circa la possibilità di richiedere protezione internazionale, dell'Ungheria, della Grecia, della Spagna) dai quali emergono, in primo luogo, prassi nella gestione delle frontiere non sufficientemente attente alle esigenze di protezione dei migranti e dei richiedenti asilo, che si traducono talvolta anche in maltrattamenti da parte delle forze dell'ordine, nonché l'applicazione di procedure “sommarie” in ordine ai dinieghi di ingresso negli Stati e ai rimpatri. In secondo luogo, il Rapporto in esame mette in luce il ricorso diffuso a maltrattamenti da parte delle forze di polizia e delle guardie di frontiera, specie sulla rotta Balcanica, oltre a casi di diniego di ingresso o, addirittura, espulsioni collettive alle frontiere terrestri e marittime, di persone alle quali è negata la possibilità di fare richiesta di protezione internazionale. Cfr. FRA, *EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, Migration to the EU: five persistent challenges*, February 2018, reperibile in file:///C:/Users/Osservatorio%20SLSG/Downloads/fra-2018-february-migration-report-focus-five-challenges_en.pdf. Vd. Anche FRA, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, Luxembourg, 2016; FRA, *Guidance on how to reduce the risk of refoulement in external border management when working in or together with third countries*, Luxembourg, 2016.

⁵⁶ Dei 765 cittadini dell'Africa occidentale presenti nei centri di detenzione, 572 si sono detti interessati a tornare nel proprio paese d'origine.

l'Organizzazione internazionale per le migrazioni, la Commissione preventivava il rafforzamento della cooperazione soltanto dopo che la situazione politica si fosse stabilizzata e che fosse migliorata la sicurezza.

Alla fine del 2016, in un Rapporto del Segretariato Generale delle Nazioni Unite sul supporto alla missione in Libia (UNSMIL)⁵⁷ viene dato conto della situazione di instabilità della Libia e delle criticità legate al carente rispetto dei diritti umani in generale. Con riferimento specifico alla situazione dei migranti, il Rapporto fa emergere il diffuso ricorso alla detenzione arbitraria – anche di minori tenuti, peraltro, in strutture “miste” insieme ad adulti – sia all'interno di centri gestiti dal Dipartimento per il contrasto all'immigrazione illegale sia nell'ambito di centri “informali” di detenzione posti sotto il controllo di gruppi armati e di reti criminali dedite alla tratta e al traffico di esseri umani. Il Rapporto mette in luce un quadro critico, atteso che *“Migrants detained in centres operated by the Department did not go through any legal process, and there was no oversight by judicial authorities. Conditions in the centres were inhuman, with people held in warehouses in appalling sanitary conditions, with poor ventilation and extremely limited access to light and water. In some detention centres, migrants suffered from severe malnutrition, and UNSMIL received numerous and consistent reports of torture, including beatings and sexual violence, as well as forced labour by armed groups with access to the centres”*⁵⁸.

Oltre che dal successivo Rapporto del Panel di esperti in Libia dell'ONU⁵⁹, tale quadro risulta confermato anche all'interno di un documento del Servizio per l'azione esterna dell'Unione europea del gennaio 2017⁶⁰ inerente alla missione EUBAM, in cui si riportano *“gross human rights violations and extreme abuse and mishandling of detainees, including sexual abuse, slavery, forced prostitution, torture and maltreatment. Detainees do not have access to proper medical facilities. The trafficking of migrants for organs has also been reported”* (punto 4.3.). Inoltre, viene messa in evidenza l'assenza di registrazioni formali che determina la conseguente impossibilità di individuare il numero esatto di migranti detenuti (che viene, comunque,

⁵⁷ United Nations Security Council, *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 1 December 2016, S/2016/1011, reperibile in http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_1011.pdf.

⁵⁸ Cfr. punto 41 del Rapporto. Si veda anche UNITED NATIONS SUPPORT MISSION IN LIBYA AND OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *“Detained and Dehumanised”*. *Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya*, 13 December 2016, reperibile in <http://www.ohchr.org>.

⁵⁹ UN Security Council, *Letter dated 1 June 2017 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council, Final Report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, 1 June 2017, S/2017/466. Gli allegati al Rapporto mettono in luce, anche attraverso immagini fotografiche, la situazione in cui versano i centri di detenzione degli immigrati in Libia, in cui si perpetrano costantemente violazioni dei diritti umani. Per rilievi analoghi, si veda anche UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Libya – Update I*, ottobre 2015, reperibile in <http://www.refworld.org>.

⁶⁰ Cover note from the European External Action Service to Committee for Civilian Aspects of Crisis Management, *EUBAM Libya Initial Mapping Report Executive Summary*, Brussels, 25 gennaio 2017, reperibile in <http://statewatch.org/news/2017/feb/eu-eeas-libya-assessment-5616-17.pdf>.

approssimativamente stimato in numero di circa 4.000 persone provenienti prevalentemente dall'Africa occidentale).

Tra i rapporti delle ONG risulta particolarmente dettagliato quello recentemente pubblicato da *Amnesty International*, che contiene una netta denuncia della situazione libica paventando anche delle responsabilità in capo all'Unione europea e agli Stati membri⁶¹. Si tratta, infatti, di un Paese dove sono criminalizzati sia l'ingresso che il soggiorno illegale e dove non è prevista alcuna disposizione legislativa che disciplini la protezione internazionale (sebbene in teoria l'art. 10 della Costituzione del 2011 preveda il diritto di asilo) in un contesto in cui non è stata ratificata la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato e nemmeno è stata formalizzata la presenza dell'UNHCR.

Quale riflesso del principio di criminalizzazione dei migranti irregolari, dal rapporto di *Amnesty* emerge che *"in mass, arbitrary and indefinite detention becoming the primary migration management system in the country"*. Siffatto sistema ha favorito la diffusione di maltrattamenti e violenze perpetrate nei luoghi di detenzione, in cui rifugiati e migranti sono alla mercé di autorità, milizie e gruppi armati. Inoltre, l'assenza di strumenti giudiziari atti ad assistere il processo di detenzione e la quasi totale impunità con cui operano i funzionari, ha facilitato l'istituzionalizzazione della tortura e altri maltrattamenti nei centri di detenzione. Dall'analisi del Rapporto di *Amnesty International*, risulta che sino a 20.000 rifugiati e migranti sarebbero attualmente detenuti nei centri di detenzione gestiti dal citato Dipartimento per il contrasto all'immigrazione illegale istituito nel 2012 per affrontare i flussi migratori in Libia. Altri luoghi di prigionia sono gestiti da milizie e bande criminali. In entrambi i casi, le persone sono detenute illegalmente in condizioni disumane e sottoposte a tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, compresa la violenza sessuale.

La situazione di instabilità generale e di diffusi trattamenti inumani nei confronti dei migranti detenuti in Libia, perpetrati da gruppi criminali con la connivenza delle autorità libiche o comunque in un regime di incapacità di gestione, ha trovato, in ultimo, conferma anche da parte della Corte di assise di Milano che, con la sentenza n. 10/2017 del 10 ottobre 2017, in forza di numerose testimonianze raccolte, ha condannato un soggetto accusato di aver concorso nella gestione di un campo di raccolta in Libia (in specie, quello di Bani Walid) in cui erano stati condotti molti profughi provenienti dalla Somalia⁶².

⁶¹ Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses against Europe-Bound Refugees and Migrants*, 11 December 2017, reperibile in <https://www.amnesty.org>. Si veda anche Amnesty International, *A Perfect Storm. The Failure of European Policies in the Central Mediterranean*, 2017, reperibile in <https://www.amnesty.org>.

⁶² Nella specie, l'imputato è ritenuto colpevole del reato di sequestro di persone a scopo di estorsione continuata di centinaia di migranti (almeno 500) avute sotto il suo controllo nel campo di Bani Walid e dei migranti che ha tenuto prigionieri nel campo di Sabrata. I fatti di reato risultano aggravati in relazione agli art. 61 n. 1 e 5 c.p. ed all'art. 4 L. 146/06. Infatti risulta che l'imputato ha sottoposto i suoi prigionieri ad un regime inumano e a violenze gravissime. Ad essi si aggiungono altri capi di imputazione, in particolare per omicidio, che hanno condotto alla pena dell'ergastolo.

Nel dettagliare le dinamiche sottese alla gestione dei migranti in Libia, dalla sentenza emerge il protagonismo di gruppi “criminali” che, dopo aver fatto entrare i migranti clandestinamente in Libia, li pongono in stato di trattenimento in dei campi, privandoli di ogni libertà ed in condizioni di assoluto degrado (p. 99 della sentenza). In particolare, risulta accertato che nel centro di raccolta in questione, i migranti sono trattati in modo inumano sia per le condizioni igienico-sanitarie in cui sono costretti, sia per le violenze fisiche e psicologiche loro inflitte, sia per la totale assenza di cure mediche⁶³.

Alcuni dei rapporti analizzati hanno assunto rilievo centrale anche nel rigetto della richiesta di sequestro preventivo della nave della *Open Arms* della ONG Proactiva operante nel Mediterraneo⁶⁴, basato dalla sussistenza della scriminante dello stato di necessità, atteso che la Libia viene considerato quale “luogo in cui avvengono gravi violazioni dei diritti umani (con persone trattenute in strutture di detenzione in condizioni di sovraffollamento, senza accesso a cure mediche e ad un’adeguata alimentazione, e sottoposte a maltrattamenti, stupri e lavori forzati), di contro non si ha prova in atti che, parallelamente al procedere del progetto UE LMRCC (Libyan Maritime Rescue Coordination Center), si sia pervenuti in Libia o in porzioni del suo territorio ad un assetto accettabile di protezione dei migranti soccorsi in mare e ivi riammessi, mediante la costituzione di idonei POS. (...) Allo stato degli atti manca però la prova anche della sussistenza di *place of safety* in territorio libico (ad esempio sotto l’egida di istituzioni interazionali), in grado di accogliere i migranti soccorsi nelle acque SAR di competenza, nel rispetto dei loro diritti fondamentali”⁶⁵.

6. I profili di responsabilità internazionale dell'Italia (e dell'UE)

Orbene, fin qui si è analizzato lo sviluppo della politica di gestione dell'UE ed in particolare dell'Italia che si è orientata verso un sistema di “remote” o “contactless control”, caratterizzato per l'appunto dalla progressiva esternalizzazione del controllo. In altri termini, gli Stati europei non eseguono direttamente alcun contenimento, ma chiedono agli Stati terzi, loro partner, di adempiere ai propri impegni di controllare la migrazione da e attraverso i loro territori verso l'Europa in cambio di aiuti allo sviluppo e altri vantaggi.

In relazione a tali meccanismi di controllo delle frontiere sorretto dal principio della “esternalizzazione”, ci si può interrogare circa la configurabilità della responsabilità

⁶³ “I migranti sono ammassati in un hangar pieni di pidocchi, sovraffollato e non areato. In 500 persone hanno potuto usufruire solo di due bagni e solo durante il giorno. Non potevano muoversi e conversare fra loro, non ricevevano alcuna assistenza sanitaria, venivano costantemente minacciati e venivano puniti senza motivo ed anche quando le famiglie avevano pagato la cifra richiesta”, p. 102. È emerso poi che “per tutti i migranti approdati al campo di Bani Walid la privazione della libertà personale era totale: tutti erano costantemente sorvegliati da uomini armati ed alla notte erano tenuti chiusi in un capannone, senza possibilità di parlare tra loro, di muoversi dentro e fuori dal capannone, senza alcuna libertà di autodeterminarsi”, p. 104.

⁶⁴ Tribunale di Ragusa, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, 16 aprile 2018.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 14-15.

internazionale in capo all'Italia e all'Unione europea per violazione degli obblighi internazionali assunti a protezione dei diritti umani, *in primis* il divieto di respingimento, il divieto di tortura ma anche il diritto a lasciare il proprio paese⁶⁶.

Come si è esaminato nei paragrafi precedenti, l'azione dell'Italia, avallata dall'Unione europea, risulta specialmente diretta all'incremento della capacità operativa della Guardia di costiera libica tramite la fornitura di imbarcazioni per il pattugliamento⁶⁷, nonché al supporto delle forze di sicurezza libiche “*per le attività di controllo e contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di esseri umani mediante un dispositivo aeronavale integrato da capacità ISR (Intelligence, Surveillance, Reconnaissance)*”⁶⁸. Pertanto, oltre alla fornitura di mezzi militari atti al controllo delle proprie frontiere e al rimpatrio o “*pullback*” di coloro che tentano di lasciare il territorio libico, in adempimento degli accordi assunti l'Italia contribuisce anche alla formazione delle forze di polizia libiche, nonché al finanziamento della costruzione di centri di “accoglienza” dove i migranti sono posti in stato di detenzione.

Sotto il profilo della responsabilità dell'Italia, ci si può allora chiedere se la cooperazione posta in essere sia suscettibile di integrare un “aiuto o assistenza” nella

⁶⁶ All'uopo si ricorda, infatti, che l'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che “*Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*”, venendo a configurare un diritto fondamentale ad emigrare che trova conferma nell'art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite. Un diritto che, come è noto, non mina le prerogative statali di controllo dell'immigrazione che anche le giurisdizioni internazionali a presidio della tutela dei diritti dell'uomo – quale in particolare la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur nella definizione di una serie di “limitazioni” – non hanno mancato di qualificare quale “*diritto inalienabile*” degli Stati. Si veda, in particolare, Corte EDU, sentenza *Amuur*, cit., par. 41, “*Contracting States have the undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory*” e sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*, par. 73, “*Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens*”. V. anche sentenza del 28 maggio 1986, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, ricorsi nn. 9214/80; 9473/81; 9474/81, parr. 67-68 e sentenza (Grande Camera) del 29 gennaio 2008, ricorso n. 13229/03, *Saadi c. Regno Unito*, par. 64; sentenza del 21 ottobre 1997, ricorso n. 25404/94, *Boujlifa c. Francia*, par. 42; sentenza del 7 aprile 2009, ricorso n. 1860/07, *Cherif e altri c. Italia*, par. 58. La Corte ha pure sottolineato l'assenza, nel testo convenzionale, di alcun diritto di ingresso o di soggiorno nel territorio di uno Stato di cui un individuo non goda dello *status* di Cittadino. Cfr., tra le più recenti, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2012, ricorso n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*, par. 36 e Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 133. Così come ha avuto modo di pronunciarsi sull'assenza di un diritto all'asilo politico, in particolare nella sentenza del 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, par. 102 e nella sentenza del 17 dicembre 1996, ricorso n. 25964/94, *Ahmed c. Austria*, par. 38.

⁶⁷ Nel 2017 risultano fornite 4 navi di pattugliamento veloce: *Ministero dell'Interno italiano, Contro il traffico dei migranti: consegnate le prime motovedette alla Marina libica*, 21 aprile 2017, www.interno.gov.it/it/notizie/controllo-traffico-dei-migranti-consegnate-prime-motovedette-alla-marina-libica; Minniti in Libia: fronte comune contro il traffico di migranti, 16 maggio 2017, www.interno.gov.it/it/notizie/minniti-libia-fronte-comune-controllo-traffico-migranti. Quanto alle forniture nel 2018, v. Navi di pattugliamento consegnate nel 2018, http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2018-02-24/libia-e-niger-bilancio-dell-italia-e-l-eredita-il-prossimo-governo--212523.shtml?uuid=AEwxvQ6D&refresh_ce=1

⁶⁸ Deliberazione del consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla guardia costiera Libica (DOC CCL, n.2), 28 July 2017, www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/250/002/INTERO.pdf.

commissione di un atto internazionalmente illecito⁶⁹. In tal senso, può essere preso in esame l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione del diritto internazionale⁷⁰, secondo cui *“Uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento”*. La responsabilità internazionale dello Stato che presta assistenza è subordinata alla sussistenza di una duplice condizione, essendo configurabile soltanto *“se: a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato”*.

In relazione alla seconda delle due condizioni, può facilmente constatarsi che gli illeciti ascrivibili alla Libia integrano la violazione di norme consuetudinarie, tra cui il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, nonché di una pluralità di norme convenzionali che vincola sia la Libia che l'Italia, tra cui in particolare la Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione del 1926 contro la schiavitù, fatta propria dall'ONU nel 1956. Come si è detto, non risulta, invece, ratificata dalla Libia la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati: ad ogni buon conto, è noto che molti dei diritti garantiti nella Convenzione, in specie il principio di *non refoulement*, sono ritenuti espressione di norme consuetudinarie dalla natura non derogabile⁷¹.

⁶⁹ Sul punto, v. anche F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea*, cit.; R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, *Torture in Libya and Questions of EU Member State Complicity*, 11 January 2018, <https://www.ejiltalk.org/torture-in-libya-and-questions-of-eu-member-state-complicity/>; G. PASCALE, *“Esterneizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violation dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, n. 1, pp. 413-440; A. SKORDAS, *A 'blind spot' in the migration debate? International responsibility of the EU and its Member States for cooperating with the Libyan coastguard and militias*, 30 January 2018, in <http://eumigrationlawblog.eu>.

⁷⁰ Redatto nel 2011, il Progetto è stato annesso alla Risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001 dell'Assemblea Generale dell'ONU e non ha assunto la forma di Convenzione, sebbene le sue disposizioni riflettono in larga parte il diritto internazionale consuetudinario. Cfr. J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002; M.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. Con riferimento alla complicità, si vedano in particolare 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. La previsione contenuta nell'art. 16 del Progetto di articoli è stata ritenuta corrispondente al diritto internazionale consuetudinario. Cfr. la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Genocidio*, par. 420. In dottrina, v. V. LANOVY, *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; G. PUMA, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, 2018.

⁷¹ Si veda J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.; N. COLEMAN, *Renews Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2003, p. 23 ss.; G.S. GOODWINS-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 201 ss.; K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and “Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 866 ss.; E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.),

Maggiori dubbi interpretativi sono, invece, legati alla nozione di “consapevolezza delle circostanze” dell’atto internazionalmente illecito, sia per la mancata specificazione in ordine agli elementi atti ad integrarne il contenuto sia per la lettura “restrittiva” che può esserne fatta alla luce dei Commenti al Progetto di articoli redatti dalla stessa Commissione di diritto internazionale nel 2001. “Consapevolezza” che è atta ad integrare la responsabilità “indiretta” dell’Italia in ordine a comportamenti che di per sé sarebbero astrattamente leciti. All’uopo, dai Commenti al Progetto di articoli emerge che “*A State providing material or financial assistance or aid to another State does not normally assume the risk that its assistance or aid may be used to carry out an internationally wrongful act*”. La fornitura di mezzi militari da parte dell’Italia non risulta, dunque, di per sé suscettibile di palesare una complicità nella commissione del fatto illecito, così come pure il dichiarato intento di ristabilire una presenza operativa della Guardia costiera libica capace in maniera autonoma di effettuare il controllo sull’immigrazione. Tuttavia, tale cooperazione può venire ad integrare l’“aiuto”, proprio in considerazione della “consapevolezza” del trattamento riservato ai migranti in Libia che risulta acclarato nei Rapporti delle Organizzazioni Internazionali, delle ONG e nelle pronunce analizzate *supra* al par. 5.

Maggiori difficoltà nel rilevare la responsabilità internazionale dell’Italia emergono dall’applicazione dell’ulteriore precisazione contenuta nei commenti al Progetto di articoli, laddove si considera necessario che “*the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of the wrongful act, and must actually do so*”. Seguendo l’impostazione restrittiva del commento all’art. 16⁷², la responsabilità risulterebbe integrata solo nell’ipotesi in cui vi sia l’intento di facilitare la commissione del fatto illecito, ossia qualora sia rilevabile la volontà dell’Italia di sostenere la Libia nel perpetrare torture e trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei migranti.

Ad ogni buon conto, l’elemento dell’intenzionalità nella facilitazione potrebbe ritenersi non escluso particolarmente nell’ipotesi fosse accertata un’attività di coordinamento delle operazioni di soccorso effettuate dalle autorità libiche – nonché di cooperazione con le stesse – che determinano il trasporto dei migranti in luoghi non sicuri dove questi ultimi sono sottoposti alle forme di violenza, sfruttamento e detenzione che emergono nei Rapporti citati. In merito, può sottolinearsi che la sussistenza di siffatte circostanze è stata di recente accertata dal Tribunale di Catania

Refugee Protection in International Law, Cambridge, 2009, p. 87 ss.; B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II, Bari, 1995, p. 519 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, p. 694 ss.; F. SALERNO, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *DUDI*, 2010, n. 4, p. 487 ss.; R.M.M. WALLACE, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAIL, C. BAULOZ (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014, pp. 417-438.

⁷² Lo ritiene un elemento necessario, ad esempio, A. SKORDAS, *A “Blind Spot” in the Migration Debate?*, cit. *Contra*, F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea*, cit., e G. PASCALE, *“Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell’Italia e dell’UE*, cit.

che ha ritenuto che le attività di coordinamento, specie in relazione ai fatti del 6 novembre 2017 avvenuti nella zona SAR libica, sono “*essenzialmente affidat(e) alla Marina Militare italiana, con le proprie unità navali e con quelle fornite ai libici*”⁷³. Sugli stessi fatti riguardanti il sequestro della nave *Open Arms* della ONG Proactiva si è successivamente pronunciato il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Ragusa con decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo del 16 aprile 2018, ritenendo che “*si dovrebbe concludere che il coordinamento dei soccorsi dei migranti ricadeva nella responsabilità della Guardia di Costiera libica, che ne aveva assunto l'onere*”, pur evidenziando il ruolo di fatto svolto anche dalla IMRCC di Roma che, nel caso di specie, aveva effettuato le prime segnalazioni di un evento SAR direttamente alla nave *Open Arms*.

La politica di assistenza prestata dall'Italia agli organi libici impegnati a intercettare i migranti e a condurli e contenerli nei centri di accoglienza situati in Libia ha trovato “condanna” anche da parte dell'Alto commissario ONU per i diritti umani che ha esteso le sue critiche all'Unione europea⁷⁴. Quest'ultima, infatti, non solo appoggia in maniera esplicita la politica italiana ma, come si è analizzato al par. 1, sollecita – pur all'interno di un quadro intergovernativo che non involge la produzione di atti vincolanti – alla realizzazione di intese volte all’“esternalizzazione” del controllo delle frontiere. L'Unione europea è protagonista della missione navale EUNAVFOR MED Operazione *Sophia* ed è dunque impegnata nell'addestramento della guardia costiera libica coinvolta nel trattenimento dei migranti in Libia. È paventabile, pertanto, l'applicazione delle norme sulla responsabilità delle Organizzazioni Internazionali che trovano affermazione l'art. 14 del Progetto di articoli sulla Responsabilità delle Organizzazioni internazionali⁷⁵ che, formulato sulla falsariga dell'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, anch'esso prevede la sussistenza della duplice condizione analizzata.

7. L'ipotesi di responsabilità dell'Italia per violazione della Convenzione EDU alla luce della pronuncia *Hirsi Jamaa* e del suo utilizzo quale *living instrument*

Le questioni che attualmente pone la cooperazione con la Libia riecheggiano quelle inerenti alle prassi dei respingimenti effettuati in alto mare da parte dell'Italia verso le coste libiche che hanno trovato censura nella nota pronuncia relativa al caso *Hirsi Jamaa*, resa dalla Grande Camera della Corte EDU nel 2012⁷⁶, originata dal ricorso di

⁷³ Tribunale di Catania, Sezione del Giudice per le Indagini Preliminari, Decreto di convalida e di sequestro preventivo, 26 marzo 2018.

⁷⁴ Si veda in particolare il comunicato del 14 novembre 2014, *UN Human Rights Chief: Suffering of Migrants in Libya Outrage to Conscience of Humanity*, consultabile in <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22393>, ove la politica dell'UE viene considerata “inumana”.

⁷⁵ (UNGA res. 66/100).

⁷⁶ C. ZANGHÌ, *Emigrazione e respingimento in mare* e D. FANCIULLO, *L'applicazione extraterritoriale del divieto di espulsioni collettive di stranieri: il caso Hirsi*, in A. DI STASI, L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli,

alcuni cittadini somali ed eritrei che avevano lasciato le coste libiche per raggiungere l'Italia nel maggio del 2009. Essi facevano parte di un gruppo più numeroso di persone che, intercettate sulle imbarcazioni a trentacinque miglia marine a sud di Lampedusa, ossia all'interno della zona marittima di ricerca e salvataggio che rientra nella giurisdizione di Malta, furono trasferite sulle navi della Guardia di finanza e della Guardia costiera italiane, ricondotte a Tripoli e consegnate alle autorità libiche.

Il caso non risultava isolato nella prassi dei respingimenti in alto mare praticata dall'Italia, considerato anche quanto previsto dagli accordi bilaterali con la Libia, ed ha posto una questione preliminare circa la sussistenza della giurisdizione dello Stato italiano ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione⁷⁷. Seppure “*principalmente territoriale*”⁷⁸, in circostanze eccezionali le azioni degli Stati contraenti compiute o produttive di effetti fuori dal territorio possono costituire “*esercizio della giurisdizione*” da parte degli stessi ai sensi dell'art. 1 CEDU⁷⁹. Tali principi hanno trovato applicazione nel caso di specie, ove la Corte ha in primo luogo ammonito il Governo italiano (che, nel tentativo di sottrarsi alla sua “giurisdizione”, ha definito i fatti controversi

2013, rispettivamente pp. 9-21 e pp. 175-198; P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, n. 2, pp. 447-449; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 491 ss.; A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2012, n. 1, pp. 85-93; A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, n. 3, p. 2358 ss.; M. GIUFFRÉ, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others V Italy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, n. 3, p. 728 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 721 ss.; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, *ivi*, 2012, p. 415 ss.; N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 436 ss.; S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2, pp. 1-11; A. DEL GUERCIO, *La compatibilità dei respingimenti dei migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, n. 2, pp. 255-282.

⁷⁷ Il quale recita: “*Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione*”.

⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirsi Jamaa*, cit., par. 71. Si vedano anche la sentenza dell'8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99, *Ilaşcu e altri c. Moldova e Russia*, par. 312 e la sentenza del 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, *Banković e altri c. Belgio*, par. 61 e 67.

⁷⁹ Analizzando la giurisprudenza della Corte EDU emerge che la giurisdizione può essere anche stabilita quando uno Stato esercita il controllo su di un'area o su di un territorio di un altro Stato oppure quando i suoi agenti esercitano un controllo effettivo su di un individuo. Si veda, in particolare, Corte EDU, *Al Skeini v. United Kingdom* (2001) par. 133-137 (Stage agent authority and control), par. 138-140 (effective control over an area). In argomento, si veda P. DE SENA, *The Notion of “Contracting Parties’ Jurisdiction” under article 1 of the ECHR: Some marginal remarks on Nigro’s Paper*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, pp. 75-82, nonché, anche con riferimento alle problematiche scaturenti dalla possibile adesione dell'Unione europea alla CEDU, L. PANELLA, *La nozione di giurisdizione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sua applicazione all'UE*, in *Grotius*, 2012, n. 5, pp. 33-54; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011; S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 857.

un'operazione di salvataggio in alto mare), non condividendo l'argomentazione secondo la quale l'Italia non sarebbe stata responsabile della sorte dei ricorrenti in considerazione del preteso ridotto livello del controllo che le sue autorità esercitavano sugli interessati al momento dei fatti. Al contrario, essendosi i fatti svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali, ad avviso della Corte, sin dalla salita a bordo delle navi stesse e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si sono trovati sotto il “*controllo continuo ed esclusivo*”, tanto *de iure* quanto *de facto*, delle autorità italiane.

Una volta appurata la giurisdizione dell'Italia, la Corte ha esaminato nel merito le lamentate violazioni della Convenzione, nella specie dell'articolo 3 e dell'articolo 4, Protocollo n. 4 CEDU.

L'art. 3, che stabilisce il divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, è venuto in rilievo per il divieto di *refoulement* – tradizionalmente rientrante nel parametro convenzionale richiamato – nella sua doppia declinazione “diretta” e “indiretta”, atteso che i ricorrenti hanno lamentato non solo il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti in Libia⁸⁰, ma anche quello derivante dal rimpatrio nei rispettivi paesi di origine (Eritrea e Somalia)⁸¹. Sotto questo profilo rileva particolarmente il principio dell’“onere” in capo alle autorità statali di informarsi circa le modalità con cui il paese di destinazione adempie ai propri obblighi internazionali in materia di protezione internazionale, atteso che gli obblighi derivanti dall'articolo 3 della Convenzione vanno rispettati anche se i ricorrenti abbiano omesso di chiedere asilo o di esporre i rischi cui andavano incontro a causa dell'assenza di un sistema di asilo in Libia. La Corte afferma in proposito che le autorità italiane “*sapevano o dovevano sapere*” che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinvii arbitrariamente nei loro Paesi di origine, tenuto conto in particolare dell'assenza di una procedura di asilo e dell'impossibilità di far riconoscere da parte delle autorità libiche lo *status* di rifugiato accordato dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (par. 156 della pronuncia).

In relazione, poi, alla violazione dell'articolo 4, Protocollo n. 4 della Convenzione – che, con lapidaria affermazione, sancisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri – la pronuncia *Hirsi Jamaa* assume rilievo centrale nella misura in cui rappresenta la prima occasione per la Corte EDU di esaminare l'applicabilità “extraterritoriale” della

⁸⁰ La Corte ha basato la valutazione sulla Libia come Paese “sicuro” proprio sui numerosi rapporti di organi internazionali e di organizzazioni non governative che rilevavano il mancato rispetto di tutte le norme sulla di tutela dei rifugiati, considerato che i “clandestini” venivano sistematicamente arrestati e detenuti in condizioni definite “inumane”, oltre che sottoposti ad ulteriori condizioni di tortura, a cattive condizioni igieniche, in assenza di cure mediche, etc...Né tantomeno la Corte ha ritenuto che l'Italia potesse ritenersi esonerata da qualsivoglia responsabilità per il solo fatto di invocare gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali con la Libia, essendo tenuta comunque al rispetto dei diritti contemplati nella Convenzione.

⁸¹ Per costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, esso impone che gli Stati parte vigilino affinché lo straniero allontanato dal loro territorio non sia esposto a un rischio di subire trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione finale. Sul *refoulement* indiretto, si veda, *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 7 marzo 2000, ricorso n. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito*; sentenza (GC) del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 342.

disposizione in esame, ossia ad una fattispecie in cui l'allontanamento degli stranieri verso uno Stato terzo è stato effettuato al di fuori del territorio nazionale. È proprio quest'ultima circostanza che è stata posta a supporto della tesi del Governo italiano, volta a sostenere la mancata configurazione di una “*espulsione*” nel senso comune del termine.

Al contrario, la Corte ha sposato le istanze dei ricorrenti, procedendo ad un'interpretazione della norma ispirata agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nonché del principio, “*saldamente radicato nella giurisprudenza della Corte*”, secondo il quale la Convenzione è un *living instrument*, che necessita di essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, oltre che uno strumento da interpretare ed applicare in modo da rendere le garanzie in esso contenute “*concrete ed effettive e non teoriche ed illusorie*”⁸².

Posto in altri termini, la Corte ha utilizzato il principio dell’“effetto utile” della disposizione in esame – che ha come obiettivo ultimo quello di evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale e, di conseguenza, senza permettere loro di esporre le loro argomentazioni per contestare il provvedimento adottato dall'autorità competente – in considerazione del moltiplicarsi di fenomeni di respingimento in alto mare, quale elemento caratterizzante le tipologie moderne di contrasto all'immigrazione irregolare⁸³.

Partendo da tali considerazioni, la Corte ha conferito, in via eccezionale, portata extraterritoriale alla nozione di “*espulsione*” contenuta nell'articolo 4, Protocollo n. 4, adottando un *iter* argomentativo parallelo a quello seguito in riferimento alla nozione di “*giurisdizione*” ex articolo 1 CEDU, ritenendo applicabile il divieto posto dalla norma in esame. Norma che, nel caso di specie, è stata ritenuta violata nel merito, considerato che il trasferimento dei ricorrenti verso la Libia è stato effettuato in assenza di qualsiasi forma di valutazione della situazione individuale di ciascun ricorrente⁸⁴.

Orbene, rispetto alle attuali forme di cooperazione realizzate tra Italia e Libia nell'ambito di quel processo di “*esternalizzazione*” del controllo delle frontiere, è evidente che, ai fini di ritenere violati gli obblighi imposti dalla CEDU, il concetto di applicazione “*extraterritoriale*” della giurisdizione dovrebbe essere soggetto a ulteriori

⁸² Così si legge al par. 175 della sentenza *Hirsi Jamaa*, cit.

⁸³ In generale, sulle questioni giuridiche legate al fenomeno dell'immigrazione via mare, v. T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212 ss.; S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirsi Jamaa*, cit., par. 185. In analoga violazione è incorsa l'Italia anche per i respingimenti effettuati nei porti dell'Adriatico, in particolare quello di Ancona (sentenza *Sharifi*), ove la Corte richiama espressamente i principi poc'anzi affermati nella pronuncia *Hirsi Jamaa* per censurare quelle che ha configurato come “*espulsioni collettive*” che rilevano anche perché lesive dell'accesso alle procedure di asilo. Da entrambe le sentenze, infatti, emerge il legame evidente tra le espulsioni collettive di cui sono stati oggetto i ricorrenti e il fatto che sia stato concretamente impedito loro di chiedere l'asilo o di avere accesso a una qualsiasi altra procedura nazionale che soddisfi le esigenze dell'articolo 13 CEDU. Rubricato “*Diritto a un ricorso effettivo*”, esso stabilisce che: “*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*”.

spinte evolutive in nome proprio dell'effettività della protezione dei diritti fondamentali all'interno di uno strumento “*living*” quale è la Convenzione EDU⁸⁵.

Escluso che all'Italia sia direttamente imputabile la gestione dei centri di detenzione libica e che quindi possa essere eccepita in maniera diretta la violazione dell'art. 5⁸⁶ e dell'art. 3 della CEDU, può comunque rilevare il rispetto degli obblighi rientranti in quest'ultima previsione che impone in divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti anche attraverso una tutela *par ricochet*.

Alla luce anche del precedente *Hirsi* appena analizzato, in tale violazione l'Italia può incorrere solo allorquando sia provato il controllo “*de iure e de facto*” nelle operazioni di soccorso in mare. Un controllo sulla cui base sembrerebbe fondarsi il ricorso recentemente presentato innanzi alla Corte di Strasburgo in relazione ai fatti del 6 novembre 2017⁸⁷ che, per l'appunto, rientra nelle ipotesi in cui il Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*, IMRCC) ha svolto una funzione attiva di coordinamento dei soccorsi in mare. In questo come in casi analoghi, pertanto, può giocare un ruolo fondamentale l'accertamento del tipo di attività svolta dalle autorità italiane di tal che possa ritenersi integrato il concetto di “*effettivo controllo continuo ed esclusivo*”, alla cui configurazione concorrono anche le misure di supporto di natura finanziaria, politica, etc...⁸⁸.

⁸⁵ In relazione all'intervento italiano in Libia è stato sollevato un “richiamo” al Governo italiano, con correlata richiesta di chiarimento, da parte del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, in cui si precisava che il rispetto degli obblighi convenzionali va garantito non solo nelle acque extraterritoriali, ma anche in acque di un altro Stato: “*the Court has found that obligations arising from the Convention may, under certain circumstances, also apply when a state party is acting wholly on the territory of a third country. This may be the case when a state party to the Convention exercises effective control or authority over an individual on the territory or in the territorial waters of another state. Such a situation may, in my view, arise when Italian vessels intercept or rescue migrants in Libyan territorial waters*”, <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-government-s-res/168075baea>. La risposta del Ministro degli Interni Minniti si è incentrata sul fatto che “*mai navi italiane o che collaborano con la Guardia Costiera italiana hanno riportato in Libia migranti tratti in salvo*”. L'attività italiana è diretta, infatti, “*alla formazione, all'equipaggiamento e al supporto logistico della Guardia Costiera libica in stretta collaborazione con gli organismi dell'Unione europea. In questo quadro, la collaborazione con le Autorità libiche è, quindi, finalizzata a rafforzarne le autonome capacità operative, e non ad attività di respingimento*”: <https://rm.coe.int/reply-of-the-minister-of-interior-to-the-commissioner-s-letter-regardi/168075dd2d>.

⁸⁶ Nel sancire che “*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*”, la previsione contenuta nell'art. 5 CEDU è finalizzata “*to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion*”. Cfr. Corte EDU, sentenza del 24 ottobre 1979, ricorso n. 6301/73, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, par. 37, ove anche è sottolineato il rilievo del diritto alla libertà in una società democratica. Il divieto di restrizione o di privazione della libertà è affiancato dalla previsione di casi tassativi in cui esse risultano consentite nei modi previsti dalla legge. In particolare, la lett. f) dell'art. 5 CEDU contempla “*l'arresto o (...) la detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o estradizione*”, ossia quale strumento di controllo dell'immigrazione da parte degli Stati.

⁸⁷ Si veda quanto riportato sul sito dell'ASGI in relazione alla conferenza stampa dove è stato illustrato il ricorso: <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/migranti-libia-guardia-costiera-cedu/>

⁸⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 giugno 2015, ricorso n. 13216/05, *Chiragov e altri c. Armenia*.

Se il profilo del controllo “*de facto*” e l’esistenza di un “*jurisdictional link*” rappresenta l’elemento di più difficile configurazione⁸⁹, al fine dell’individuazione di una responsabilità da parte dell’Italia potrebbe acquisire ruolo decisivo il profilo del “sapere” o comunque del “dover sapere” circa la non sussistenza di garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinviati arbitrariamente nei loro Paesi di origine o di transito. E ciò anche alla luce di quanto stabilito nella sentenza *Hirsi Jamaa*, ove affiora una censura alle attività delle autorità di uno Stato che “*producono l’effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato*”⁹⁰ nelle quali, pur tenendo in mente le perplessità rilevate, potrebbero essere ricondotte le azioni degli Stati dell’UE nell’ambito del processo di esternalizzazione.

Tale consapevolezza potrebbe assumere un valore pregnante nella configurazione di una responsabilità in considerazione della “agevolazione” dell’Italia alla commissione dei fatti contrari al parametro dell’art. 3 della CEDU.

In tale ottica, va pure segnalato il valore assunto dall’elemento della “consapevolezza” e dell’“agevolazione” degli Stati Parte alla CEDU nella commissione del fatto principale da parte di un altro Stato nell’accertamento delle responsabilità dei primi nelle cause relative ad operazioni di *extraordinary reditions*⁹¹. Può essere portata ad esempio la sentenza resa dalla Corte di Strasburgo nel caso *El-Masri*⁹² ove è stata accertata la responsabilità della Repubblica di Macedonia non solo in ragione della esposizione del ricorrente al rischio di subire trattamenti contrari al parametro convenzionale, ma soprattutto, in considerazione della concreta agevolazione del fatto principale. All’uopo, merita di essere sottolineato il passaggio della pronuncia in cui i giudici di Strasburgo affermano che le autorità macedoni “*actively facilitated his subsequent detention in Afghanistan by handing him over to the CIA, despite the fact that they were aware or ought to have been aware of the risk of the transfer*”⁹³.

ABSTRACT: Nell’ottica di tracciare un “bilancio” dell’attuazione degli obiettivi fissati dall’Agenda europea sulla migrazione a tre anni dalla sua adozione, il contributo analizza la linea politica che l’Unione europea ha sviluppato nell’ambito della

⁸⁹ Perplessità al riguardo sono espresse da F. MC NAMARA, *Externalised and Privatised Procedures of EU Migration Control and Border Management. A Study of EU Member State Control and Legal Responsibility*, Florence, 2017, in http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47306/McNamara_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Per la determinazione dell’“effettivo controllo” da parte di uno Stato parte della CEDU, si rinvia in particolare ai criteri identificati nella sentenza *Loizidou*, parr. 16 e 56; *Ilaşcu*, par. 287. Da ultimo, questi principi sono stati ribaditi nella sentenza della Grande Camera del 23 febbraio 2016, relativa al caso *Mozer c. Moldavia e Russia* (ricorso n. 11138/10).

⁹⁰ Cfr. par. 180.

⁹¹ Nozione che la stessa Corte di Strasburgo indica come il “*trasferimento extragiudiziario di una persona dalla giurisdizione o dal territorio di uno Stato a quello di un altro Stato, per fini di detenzione e di interrogatorio al di fuori del sistema giuridico ordinario, misura che comporta un rischio reale di tortura o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti*”.

⁹² Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 13 dicembre 2012, ricorso n. 39630/09, *El-Masri c. FYROM*.

⁹³ Sentenza *El-Masri*, cit., par. 239. Di conseguenza, la Macedonia è stata ritenuta responsabile della violazione dell’art. 5 della CEDU.

dimensione esterna della politica di immigrazione, specie attraverso la creazione di un “*Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi*”. In tale alveo, è presa particolarmente in considerazione la cooperazione instauratasi tra Italia e Libia suggellata nel Memorandum d’intesa del 2 febbraio 2017, in relazione all’analisi dei “costi” in termini di violazione dei diritti umani e ai conseguenti profili di responsabilità internazionale dell’Italia (e dell’Unione europea). Se il processo di “esternalizzazione” nel controllo delle frontiere mira, in ultima istanza, ad evitare l’“attivazione” della giurisdizione dell’Italia, specie in virtù di quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Hirsi*, è alla luce della stessa pronuncia *Hirsi* e dell’utilizzo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo quale *living instrument* che si tenta di analizzare l’ipotesi di responsabilità per violazione degli obblighi convenzionali.

KEYWORDS: Nuovo quadro di partenariato per la migrazione – controllo delle frontiere – esternalizzazione – cooperazione Italia-Libia – responsabilità internazionale.

THE NEW EU MIGRATION PARTNERSHIP FRAMEWORK AND PROFILES OF ITALY (AND THE EUROPEAN UNION) RESPONSIBILITY IN THE LIBYAN CASE

ABSTRACT: With a view to reviewing the implementation of the objectives set by the European Agenda on Migration three years after its adoption, the essay analyzes the political path that the European Union has developed in the context of the external dimension of immigration policy, especially through the creation of a “*New Migration Partnership Framework with Third Countries*”. In particular, the paper focuses on the cooperation between Italy and Libya established through the Memorandum of Understanding of 2 February 2017, in relation to the analysis of “costs” in terms of violation of human rights and the consequent international responsibility profiles of Italy (and of the European Union). If the “outsourcing” process in border control ultimately aims to avoid the triggering of Italian jurisdiction, especially considering the stance adopted by the European Court of Human Rights in the *Hirsi* ruling, the essay addresses the hypothesis of a responsibility for violation of ECHR obligations in the light of that same judgment, as well as of the use of the Convention as a living instrument.

KEYWORDS: New Migration Partnership Framework – Border Management – Externalization – Italy-Libya Cooperation – International Responsibility.