



**LA PROTEZIONE DELLO STRANIERO E IL RIMPATRIO DI MIGRANTI
INTERCETTATI IN ALTO MARE TRA ORDINAMENTO EUROPEO ED ORDINAMENTO
INTERNO**

di

Tiziana De Pasquale

*(Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e diritto interno,
presso l'Università degli Studi di Palermo)*

28 luglio 2010

Sommario: 1. Premessa: il sistema di protezione dei migranti tra esigenze di tutela dei diritti inviolabili e di controllo dell'immigrazione – 1.1. Lo Stato responsabile della tutela dei diritti dei migranti nel caso delle operazioni di respingimento in alto mare. Oggetto e scopo del lavoro – 2. Breve rassegna degli strumenti di protezione dello straniero nell'ordinamento internazionale – 3. Il principio di *non refoulement* nell'ordinamento europeo – 4. La protezione dello straniero nell'ordinamento italiano: deficit di tutela? – 5. Considerazioni conclusive – 5.1. Il Trattato di Lisbona: quali prospettive?

1. Premessa: il sistema di protezione dei migranti tra esigenze di tutela dei diritti inviolabili e di controllo dell'immigrazione

La materia della protezione dello straniero si inserisce nella più generale tematica della regolamentazione dei flussi di persone in entrata nel territorio statale. Essa presenta molteplici

nodi problematici a causa della diversa natura degli interessi coinvolti connessi ad esigenze di tutela sia dei diritti umani fondamentali sia della sicurezza interna. Invero, i diritti dei migranti in cerca di protezione presso Stati di cui non sono cittadini ricevono, ormai da tempo, una formale tutela multilivello talmente ampia da rendere il tradizionale “*domaine réservé*” dello Stato in materia di regolazione del fenomeno migratorio, un “*domaine partagé*”¹. Dal punto di vista dell’ordinamento interno italiano, si tratta di un ambito di competenza limitato sia dall’adesione a numerose Convenzioni internazionali di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri, sia dalle misure in materia di immigrazione, asilo, rifugio adottate dall’Unione Europea.

La difficoltà di contemperare le due esigenze emerge con tutta evidenza dalla più recente politica italiana in materia di immigrazione. Questa, invero, pare essere concentrata prevalentemente sulla esigenza di fronteggiare le eventuali minacce alla sicurezza interna possibilmente derivanti da sbarchi incontrollati di migranti irregolarmente approdati sul suolo italiano, piuttosto che non all’individuazione e regolamentazione di strumenti di protezione dei medesimi soggetti. Si pensi, ad esempio, alla scelta da ultimo compiuta di inserire all’articolo 61 n. 11-*bis* c.p un’aggravante per l’autore del reato che “*si trovi illegalmente sul territorio nazionale*”², o all’introduzione del reato di immigrazione clandestina, nonché alla messa in atto di prassi volte ad evitare lo sbarco e l’ingresso incontrollato di migranti nel territorio nazionale.

Tale ultima categoria di pratiche, in particolare, nell’ultimo biennio, è stata posta in essere con una tale sistematicità e frequenza da potersi a buona ragione considerare un “*elemento caratterizzante della politica italiana di contrasto all’immigrazione clandestina*”³.

Tale dato, tuttavia, desta non poche preoccupazioni. Sembra, infatti, che lo Stato italiano abbia preferito operare in una zona presuntivamente neutra, quale le acque internazionali, in cui gli Stati possono ritenersi svincolati dagli obblighi di tutela dei migranti imposti non solo a livello internazionale, ma anche dall’ordinamento interno e dall’Unione Europea⁴. Ci si chiede dunque se la disciplina dei diritti spettanti a tali soggetti sia così debole

1 Cfr. E. Lagrange, *L’application de la Convention de Rome a des actes accomplis par les Etats Parties en dehors du territoire National*, in *Revue Générale de droit international public* n. 3 del 2008, 521;

2 Tale disposizione è stata da poco dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con Sentenza n. 249 dell’8 luglio 2010.

3 Cfr. F. De Vittor, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* n. 3 del 2009, 801.

4 Tale questione di natura internazionalistica inerisce alla portata extraterritoriale del principio di *non refoulement* in merito alla quale si è a lungo interrogata la dottrina. Sul punto, si ritiene opportuno richiamare, oltre che il contributo citato nella precedente nota, anche i lavori di recente pubblicazione di A. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 591 e ss., di S. Trevisanut, *La collaborazione Italia-Libia in materia di contrasto all’immigrazione clandestina via mare: profili di diritto del mare*, in

da cedere innanzi ad un mero dato territoriale. Per sedare ogni dubbio in merito a tale profilo, si ritiene opportuno nel seguente paragrafo dare contezza dei particolari fattuali e giuridici che hanno caratterizzato le vicende richiamate.

1.1 Lo Stato responsabile della tutela dei diritti dei migranti nel caso delle operazioni di respingimento in alto mare. Oggetto e scopo del lavoro

Le pratiche di rimpatrio di migranti intercettati in acque non territoriali hanno riguardato per lo più soggetti di nazionalità eritrea irregolarmente dipartiti dalla Libia i quali, dopo essere stati soccorsi in mare dalle Autorità italiane, sono stati respinti verso il Paese di partenza prima di raggiungere la nostra frontiera. Episodi simili si sono verificati a partire dall'aprile 2008, quando due motovedette della Guardia costiera ed una della Guardia di finanza hanno respinto in Libia migranti precedentemente soccorsi e fatti salire a bordo. La medesima pratica è stata poi posta nuovamente in essere con modalità parzialmente differenti a partire dal 6 maggio fino al 22 novembre 2009⁵.

Due ordini di differenze, invero, sono riscontrabili tra le operazioni compiute nell'ultimo anno e quelle poste in essere precedentemente.

La prima riguarda le modalità dei respingimenti. Taluni di essi, infatti, sono stati effettuati mediante il trasbordo dei migranti soccorsi dalle motovedette della Guardia Costiera o di Finanza Italiana sulle motovedette libiche direttamente coinvolte nelle operazioni di trasferimento verso la Libia; altri, invece, sono stati effettuati con il solo coinvolgimento delle Autorità italiane le quali, dopo avere soccorso ed accolto a bordo i migranti, li hanno condotti nei porti libici.

La seconda differenza riguarda il *locus* in cui è avvenuto il soccorso. Le imbarcazioni militari italiane, infatti, hanno operato, talvolta, nelle acque corrispondenti alla *Search and Rescue zone* (zona SAR) italiana, talaltra in acque internazionali di competenza di Malta.

Id., 2009, 609 e ss. e di S. Klepp, *A contested Asylum system: the European Union between refugee protection and border control in the Mediterranean Sea*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 12 del 2010, 1 ss.

⁵ Secondo quanto riferito al Senato nella seduta del 25 maggio 2009 dall'attuale Ministro dell'Interno Roberto Maroni, "nei giorni dal 6 al 10 maggio scorso sono stati intercettati a bordo di natanti in acque internazionali e ricondotti in Libia, Paese di partenza, 471 cittadini stranieri che, in tre distinte occasioni, avevano tentato di raggiungere clandestinamente le nostre coste. Il primo gruppo, di 231 persone, è stato ricondotto nel porto di Tripoli il 6 maggio da unità navali della Guardia di finanza e del Comando generale delle Capitanerie di porto. Il secondo gruppo, di 77 stranieri, soccorsi e recuperati in acque libiche da un rimorchiatore della compagnia petrolifera ENI, è stato ricondotto, sempre nel porto di Tripoli, il successivo 8 maggio. Il terzo gruppo, di 163 cittadini stranieri, intercettati in acque maltesi, è stato ricondotto nel medesimo porto libico il giorno 10 maggio a bordo della motonave *Spica della Marina militare*". Da allora (dal 6 maggio 2009 in poi), in tutto, sono state condotte nel Mediterraneo dalle autorità navali italiane e libiche otto operazioni di respingimento di 757 immigrati.

In ognuno di tali episodi, l'attività di respingimento dei migranti verso un Paese come la Libia, tradizionalmente poco attento alla tutela dei diritti dell'uomo, ha dato adito a numerose critiche. È del tutto plausibile, invero, l'ipotesi secondo cui la stragrande maggioranza dei soggetti respinti in Libia stesse fuggendo da situazioni di pericolo tali da legittimarli a cercare protezione nel nostro Paese. Il principale fattore di disapprovazione, infatti, ha riguardato l'assenza, nell'ordinamento libico, di una seppur minima tutela del diritto di asilo: non solo quest'ultimo non riceve alcun riconoscimento a livello interno, ma la Libia non è neanche parte di nessun sistema di protezione dei migranti⁶. Ciò comporta, innanzitutto, la possibilità che i soggetti respinti verso la Libia ricevano trattamenti non conformi alle se pur minime norme a tutela dei diritti dell'uomo; ed in secondo luogo, la possibilità che i medesimi soggetti vengano respinti ulteriormente verso i Paesi di origine dai quali erano fuggiti per mettersi in salvo dal rischio di tortura⁷.

Da un punto di vista strettamente giuridico, per altro, la disciplina applicabile a tutti i differenti episodi su accennati sembra essere la medesima. A tal proposito, basti qui rilevare che, già dal quadro normativo interno, emerge chiaramente come qualsiasi episodio avvenuto successivamente all'attività di trasbordo dei migranti sulle unità navali vada ricondotto alla sfera di giurisdizione dello Stato italiano. L'art. 4 del codice penale italiano, invero, stabilisce che *“Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato”*. Negli stessi termini, per altro, si esprime l'art. 4 del codice della navigazione il quale specifica che debbano essere considerate come territorio italiano anche le navi italiane che si trovano in località non soggette alla sovranità di alcuno Stato. Come si vedrà nel prosieguo, inoltre, anche il diritto dell'Unione europea pare giungere alle medesime conclusioni.

Ciò comporta che le suddette operazioni di respingimento – ovunque e comunque effettuate – possano a tutti gli effetti essere equiparate a quelle poste in essere nei confronti di migranti già presenti alla frontiera o sul suolo italiano. Al pari di queste, pertanto, le attività esercitate in alto mare andrebbero sottoposte alla disciplina predisposta sia dal diritto internazionale ed europeo, sia da quello nazionale in materia di protezione dello straniero. Ragionando *a contrario*, si rischierebbe altrimenti di giungere alla conclusione secondo la quale l'effettività degli strumenti di tutela a più livelli predisposti potrebbe non essere garantita, o comunque

6 Cfr. *L'Unber incontra i richiedenti asilo respinti in Libia*, reperibile su www.unhcr.it dal quale emerge che i delegati dell'UNCHR, successivamente alla verifica dei fatti, si sono recati nei “centri di detenzione” libici per intervistare i migranti ivi detenuti. In base a quanto riportato durante i colloqui, non risulta che le autorità italiane a bordo della nave abbiano cercato di stabilire la nazionalità, la minore età, lo stato di gravidanza delle donne e le condizioni di salute in generale delle persone coinvolte, né, tanto meno, pare che siano state verificate eventuali richieste di protezione internazionale.

7 Si veda a tal proposito *La Libia uccide e deporta i migranti. Cause ed effetti di un “successo storico” nella lotta all'immigrazione irregolare*, del 19 gennaio 2010, reperibile su www.asgi.it.

sensibilmente diminuita, nei casi simili a quello sotteso alla fattispecie in esame. Tali affermazioni trovano conferma nel recentissimo rapporto relativo alle operazioni di respingimento in esame pubblicato dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (CPT) del Consiglio d'Europa, il quale ha ribadito e specificato il vincolo dell'Italia a rispettare i diritti fondamentali e gli obblighi internazionali indipendentemente dal luogo in cui essa esercita la propria giurisdizione, il che non esclude l'esercizio della stessa attraverso il proprio personale e le navi coinvolte nella protezione dei confini o nel soccorso in mare, anche quando si operi al di fuori delle acque territoriali⁸.

Secondo quanto a suo tempo dichiarato dal Ministro dell'Interno italiano, tuttavia, la legalità rispetto al sistema di tutela dei diritti umani, delle operazioni di rimpatrio verso la Libia dei migranti intercettati in alto mare, andrebbe ricercata nella disciplina contenuta dal Trattato di amicizia stipulato a Bengasi con la Libia il 30 Agosto 2008⁹.

In merito alla rilevanza ed efficacia di tale accordo, tuttavia, appare opportuno fare talune precisazioni.

Innanzitutto, l'unica disposizione espressamente dedicata ad una intensificazione della collaborazione tra i due Stati nella lotta all'immigrazione clandestina è l'articolo 19, il quale, nel prevedere la realizzazione di un sistema congiunto di "*controllo delle frontiere terrestri libiche*", si richiama a quanto già previsto dall'Accordo firmato a Roma il 13 dicembre 2000 e dal successivo Protocollo di cooperazione firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007¹⁰. Quest'ultimo, in particolare, pur contenendo una disciplina dettagliata delle operazioni congiunte italo-libiche di pattugliamento marittimo delle acque territoriali libiche e delle

8 Cfr. *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009* reperibile sul sito web <http://www.cpt.coe.int/documents/ita/2010-inf-14-eng.pdf>. Si noti, inoltre, che alle medesime conclusioni sono addivenuti i Magistrati della Procura della Repubblica di Siracusa i quali, in data 23 aprile 2010, hanno depositato una richiesta di rinvio a giudizio per concorso in violenza privata di due funzionari del Ministero dell'interno e della Guardia di finanza. In particolare, i magistrati della Procura di Siracusa hanno ipotizzato la mancata applicazione della legge italiana sul territorio nazionale, criterio che, come evidenziato nel testo del presente contributo, si estende anche alle navi della Guardia di Finanza e che, quindi, colloca temporalmente il reato nel momento in cui i clandestini furono fatti salire a bordo della nave "Denaro", in uso alla flotta della Guardia di Finanza. Secondo quanto si apprende dagli organi di stampa, la Procura ha accusato i due imputati di avere esercitato nei confronti dei 75 immigrati "*un abuso delle rispettive qualità di pubblici ufficiali*", attraverso "*una condotta violenta nel ricondurli in territorio libico, contro la loro palese volontà, non identificati e alcuni sicuramente minorenni*". Quei clandestini, potenziali rifugiati, avrebbero ricevuto un trattamento, secondo il Pubblico Ministero, in "*aperto contrasto con le norme di diritto interno e di diritto internazionale, tanto da impedire loro l'accesso effettivo alle procedure di tutela dei rifugiati e di avvalersi dei diritti loro riconosciuti in materia di immigrazione*".

9 La ratifica di tale trattato è stata autorizzata con legge del 6 Febbraio 2009, n. 7. Il testo della legge di autorizzazione alla ratifica è reperibile su <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090071.htm>.

10 Il testo del Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo al protocollo di cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina è reperibile su <http://www.repubblica.it/2008/05/sezioni/esteri/libia-italia/testo-accordo/testo-accordo.html>.

prospicienti acque non territoriali, non fa menzione alcuna alla possibilità di respingimento da parte delle motovedette italiane verso la Libia.

Il Trattato, dunque, sembrerebbe coinvolgere direttamente la sola attività di controllo, ricerca e salvataggio dei migranti nei luoghi di partenza e di transito delle imbarcazioni dedite al trasporto di immigrati clandestini, senza nulla statuire circa l'eventuale conseguente respingimento.

Inoltre, il medesimo accordo, all'articolo 1, sancisce l'impegno dei due Stati ad adempiere sia gli obblighi "*derivanti dai principi e dalle norme di diritto internazionale universalmente riconosciuti, sia quelli inerenti all'Ordinamento Internazionale*"¹¹. Tuttavia, i due Stati Parte del Trattato non partecipano ai medesimi sistemi di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e dei migranti. La Libia, invero, non è parte di nessuno dei sistemi convenzionali che, come si vedrà, potrebbero essere astrattamente applicabili alla pratica in esame. Ci si riferisce, in particolare, al sistema della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato ed al successivo Protocollo di New York del 1967, al quale la Libia non ha mai aderito sulla base della concezione secondo cui "*la nozione di rifugiato è estranea alla cultura araba, dove la solidarietà e fratellanza tra i Paesi arabi impone agli Stati di accogliere i fratelli di altre nazioni arabe*"¹².

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, non solo tali strumenti normativi limitano fortemente la *domestic jurisdiction* italiana sulla regolamentazione degli ingressi nel territorio, ma lo stesso ordinamento interno è dotato di un sistema di tutela dei diritti di questi soggetti formalmente molto ampio.

L'obiettivo di questo lavoro è lo sviluppo di un percorso argomentativo circoscritto al sistema di protezione dello straniero previsto dall'ordinamento interno ed europeo. Tuttavia, data la stretta interconnessione tra gli ordinamenti giuridici appena citati e quello internazionale, nel paragrafo che segue, si volgerà brevemente l'attenzione alla disciplina di

11 Per una disamina più approfondita dei contenuti e della rilevanza di tale Trattato si vedano, tra gli altri, B. Nascimbene, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia ed Unione Europea*, in Documenti IAI, in www.iai.it; S. Trevisanut, *La collaborazione Italia-Libia in materia di contrasto all'immigrazione clandestina via mare: profili di diritto del mare*, cit., 2009, 609 ss. Basti qui brevemente accennare al fatto che la formulazione di tali previsioni è tale da risultare conforme alle principali convenzioni internazionali sul diritto del mare. In primo luogo la Convenzione di Montego Bay del 1982 (UNCLOS) stabilisce all'articolo 98 l'obbligo per i comandanti delle navi – pubbliche o private – che battono la loro bandiera di proteggere la vita umana in mare, prestando assistenza alle persone in pericolo. In secondo luogo, l'articolo 9 par. 1 del protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, firmato nel 2000 a Palermo, stabilisce l'obbligo, per lo Stato che adotta misure di prevenzione del traffico illecito di migranti, di garantire la sicurezza ed i diritti umani delle persone trasportate. Inoltre, la Convenzione sulla ricerca ed il soccorso in mare (SAR), così come emendata il 1 luglio 2006, stabilisce che "*Il governo responsabile per la regione SAR in cui sono stati recuperati i sopravvissuti è responsabile di fornire un luogo sicuro o di assicurare che tale luogo venga fornito*".

12 Cfr. N. Ronzitti, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, Istituto di Affari Internazionali (IAI), Contributi di Istituti di ricerca specializzati, n. 108, gennaio 2009, 8.

matrice internazionalistica del rifugio e del principio di *non refoulement* contenuta nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951 e desumibile dall'articolo 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Nel successivo sviluppo della trattazione, poi, si darà conto del quadro normativo europeo ed interno in materia di asilo e protezione dello straniero. Un tale *excursus* sarà utile non solo a vagliare la legittimità delle operazioni di respingimento effettuate in alto mare, ma anche a valutare l'effettività della tutela predisposta per le posizioni giuridiche soggettive coinvolte. Nel paragrafo conclusivo, inoltre, si volgerà lo sguardo alle prospettive di evoluzione della medesima disciplina all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

2. Breve rassegna degli strumenti di protezione dello straniero nell'ordinamento internazionale

La Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951 ed il successivo Protocollo di New York del 1967 sembrano essere i principali strumenti di tutela in materia di protezione dei diritti dello straniero in ambito internazionale.

Come si è accennato, in linea teorica, ciascuno Stato è libero di regolare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri¹³, nonché di stabilire i requisiti individuali necessari ad ottenere la concessione dell'asilo¹⁴.

Ciò è quanto emerge anche dal Preambolo della citata Convenzione¹⁵, nel quale le Alte Parti Contraenti hanno espressamente preso atto dell'impossibilità del riconoscimento del diritto di asilo attraverso una fonte di diritto internazionale. La Convenzione del 1951, invero, prevede semplicemente il diritto di accedere allo *status* di rifugiato ed ai diritti da questo derivanti per qualsiasi migrante che *“nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore non vuole, domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo*

13 Ciò è anche quanto riconosciuto da una ormai consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo. In tal senso, si vedano, tra le altre, le decisioni: *Abdulaziz Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985; *Boujlifa v. Francia*, sentenza del 21 ottobre 1997. Entrambe le sentenze sono consultabili alla pagina web: http://www.coe.int/T/I/Corte_europea_dei_Diritti_dell'Uomo/.

14 Si noti come nessuno strumento internazionale contenga una definizione di asilo territoriale. L'art. 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, ad esempio, stabilisce che *“ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni?”*. Diritto di *“cercare”* (*“chercher”* in francese, *“seek”* in inglese) e godere (*“bénéficier”* in francese, *“enjoy”* in inglese) asilo, non di *“ottenere”*.

15 Tale Convenzione è stata ratificata in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722.

*apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi*¹⁶.

Al fine di garantire un effettivo livello di tutela “*all’esercizio dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*”¹⁷, poi, l’articolo 31 dell’accordo ginevrino specifica che l’accesso allo *status* debba essere garantito anche a coloro che abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato in modo illegale. A tal proposito, viene fatto divieto agli Stati contraenti di disporre misure o sanzioni penali per queste fattispecie, a condizione che lo straniero si presenti senza indugio alle autorità, dando conto dei motivi dell’ingresso illegale. La *ratio* di tale disposizione di garantire la più ampia tutela possibile ai soggetti in cerca di protezione è di agevole comprensione. La natura stessa della fuga dal rischio di persecuzione, infatti, implica sovente l’irregolarità dello spostamento verso un Paese più sicuro¹⁸.

L’articolo 33 della Convenzione, inoltre, introduce il c. d. principio di *non refoulement*¹⁹. Questo è un principio cardine del sistema convenzionale consistente nel divieto per ciascuno Stato contraente di respingere o di espellere “*in qualsiasi modo*” soggetti in cerca di rifugio verso territori in cui la loro vita o la loro libertà potrebbero essere messe a rischio a causa della propria razza, religione, cittadinanza o delle loro opinioni politiche, o dell’appartenenza a un gruppo sociale. Gli Stati, pertanto, per bene adempiere a tale obbligo, in ogni caso di respingimento o espulsione²⁰, dovrebbero verificare lo stato di tutela dei diritti umani e del diritto di asilo vigente nei luoghi verso cui intendono effettuare i respingimenti o le espulsioni²¹.

16 Tale è la definizione di rifugiato contenuta nell’articolo 1 della Convenzione. La presente limitazione alla *domestic jurisdiction* statale è di non poco rilievo ove si pensi che “*lo Stato non potrà più esercitare “la facoltà di non ammissione” che rientra nella sua completa discrezionalità*” nei confronti degli stranieri rientranti nell’ambito di applicazione *ratione personae* dell’articolo 1. Cfr. P. Ziotti, *Il diritto di asilo nell’ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1988, 147.

17 Cfr. Secondo “considerando” della Convenzione.

18 Ciò è anche quanto sostenuto da autorevole dottrina che correttamente ravvisa nell’articolo 31 e nel suo essere un “*commitment to the protection of refugees who travel to a State party without authorization*”, la più importante innovazione apportata dalla Convenzione del 1951. Cfr. J.C. Hathaway, *The rights of refugees under International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 386 (note 6); in senso conforme in seno alla dottrina italiana vi veda A.M. Calamia, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980, 125, il quale ravvisa nella previsione dell’articolo 31 della Convenzione “una sorta di impunità”.

19 La rilevanza di tale principio è tale che, ormai, la dottrina maggioritaria, attribuisce a questo il rango di norma consuetudinaria. Cfr. G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The refugee in International law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 345 e ss. ed il dibattito dottrinale ivi ricostruito. Si noti inoltre che taluni considerano la disciplina contenuta nell’articolo 33 come il caposaldo della protezione internazionale dei migranti in cerca di rifugio. Il divieto ivi contenuto, invero, altro non sarebbe se non un limitato diritto di asilo consistente, non tanto in un diritto alla protezione, quanto nel diritto di non essere allontanato. Cfr. R. Mazzeschi, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1999, 696.

20 Cfr. A. Fisher-Lescano, T. Lohr, T. Tohipidur, *Border Controls at Sea: requirements under international human rights and refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, 267, il quale ha interpretato l’articolo 33 nel senso di ritenere che “*there can be no place, outside the country of origin of the person concerned where the Refugee Convention’s non-refoulement does not apply*”.

21 Come osservato nel rapporto di Human Right Watch, “*La Convenzione non distingue (né affronta il problema) da dove vengano respinti i rifugiati. A destare preoccupazione è dove essi vengano respinti*”. In altre parole, gli Stati, dovrebbero

Tale principio, oltre ad avere ormai assunto – secondo la dottrina prevalente²² – carattere consuetudinario, ha fatto ingresso, grazie all’interpretazione giurisprudenziale, anche in sistemi convenzionali regionali il cui testo non prevede espressamente alcuna forma di protezione contro le pratiche di rimpatrio degli stranieri.

In particolare, non appare irragionevole ipotizzare una incompatibilità delle pratiche di respingimento degli immigrati anche con il sistema della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, di cui l’Italia è parte.

Da un lato, invero, la Convenzione non contiene limitazioni esplicite al diritto di ciascuno Stato di controllare l’entrata, il soggiorno e l’allontanamento dei non nazionali, né, tanto meno, una chiara enunciazione del principio di *non refoulement* e del diritto di asilo politico. Dall’altro, diversi sono i diritti convenzionalmente garantiti che potrebbero potenzialmente essere coinvolti dalle modalità di esercizio di espulsione degli stranieri²³.

In relazione al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, di cui all’articolo 3, giova qui porre in evidenza come la Corte Europea dei diritti dell’uomo, a partire dal caso *Soering v. Regno Unito*²⁴ ha fatto uso del meccanismo interpretativo della c. d. protezione indiretta²⁵ per estendere la portata di tale disposizione, alle ipotesi di estradizione o espulsione compiute da taluno degli Stati Parte, verso Paesi in cui il soggetto interessato potrebbe correre anche il solo rischio di essere sottoposto tali trattamenti. Ciò in quanto l’espulsione dell’individuo verso uno Stato in cui la sua integrità fisica o psichica rischierebbero di essere messe in pericolo, potrebbe comportare una violazione indiretta del divieto di tortura da parte dello Stato contraente agente²⁶. Come, per altro, specificato nelle recentissime sentenze *Saadi*

rispettare l’obbligo di *non refoulement* preoccupandosi, non tanto del luogo in cui le autorità statali vengono a contatto con il rifugiato, quanto, dello stato di tutela dei diritti umani e del diritto di asilo vigente nei luoghi verso cui intendono effettuare i respingimenti o le espulsioni. A tal proposito, si noti come l’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNCHR) abbia più volte denunciato l’inesistenza nell’ordinamento giuridico libico di una tutela, seppur formale, per il diritto di asilo. Inoltre, dai colloqui svolti dalla medesima agenzia delle Nazioni Unite con taluni dei profughi eritrei respinti in Libia e lì detenuti, emerge un disumano stato di degrado delle carceri, organizzate in maniera assolutamente irrispettosa della necessaria tutela dei diritti umani. Cfr. “UNHCR interviews asylum seekers pushed back to Libya,” 14 luglio 2009 alla pagina web <http://www.unhcr.org/4a5c638b6.html>.

22 Cfr. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in international law*, cit., 345 ss.

23 Pur se non è questa la sede per operare un esame approfondito delle problematiche che la fattispecie in esame solleva in relazione a tale Convenzione, appare opportuno indicare la possibile rilevanza di tale pratica ai sensi delle disposizioni dell’articolo 3 e dell’articolo 4 del IV protocollo. Per uno studio approfondito della pratica dei respingimenti in alto mare nell’ambito di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, si veda A. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 591 e ss.

24 Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, Sentenza 7 luglio 1989, *Soering v. Regno Unito*, consultabile alla pagina web <http://www.echr.coe.int/echr/>;

25 Tale è la tecnica interpretativa utilizzata dalla Corte per ampliare la tutela di alcuni diritti sanciti dalla Convenzione a taluni diritti da questa non espressamente tutelati. Sul punto si veda B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, profili ed effetti nell’ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, 155;

26 È proprio sulla supposta violazione di tale disposizione Convenzionale che ventiquattro tra i soggetti respinti hanno fatto ricorso alla Corte Europea dei diritti dell’uomo. La già ben nota situazione delle carceri libiche,

v. Italia e *Sellem c. Italia*²⁷, tale divieto, posto a tutela di uno dei valori fondamentali delle società democratiche, è assoluto. Esso, pertanto, non prevede limitazioni, e non può subire alcuna deroga neanche “*in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*”²⁸.

Ad una simile interpretazione del divieto di tortura è addivenuto, inoltre, anche il Comitato dei diritti umani. Esso, invero, ha ritenuto di estendere la portata dell'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e l'articolo 7 del Patto sui diritti civili e politici fino a vietare agli Stati l'allontanamento degli stranieri verso Paesi in cui rischierebbero di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti²⁹.

La protezione dello straniero in seno al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo viene poi arricchita dalla previsione dell'articolo 4 del IV Protocollo, il quale pone il divieto di espulsioni collettive. L'appena citata disposizione, invero, per giurisprudenza costante degli organi di Strasburgo, va rivolta non a tutte le misure collettive di espulsione in quanto tali, bensì unicamente a quelle adottate senza una preventiva analisi delle situazioni individuali dei soggetti³⁰.

Tale breve rassegna relativa agli strumenti internazionalistici posti a garanzia dei diritti degli stranieri in cerca di tutela nel nostro ordinamento ci tornerà utile, nel prosieguo del presente lavoro. La disciplina della Convenzione di Ginevra, invero, fa da sfondo alla normativa europea in materia di protezione dello straniero. Inoltre, come si vedrà, la tutela apprestata in seno alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo assumerà un'importanza

infatti, potrebbe essere tale da rendere assolutamente vietate ai fini della Convenzione, pratiche di respingimenti o espulsioni verso quel Paese, a prescindere da qualsiasi accordo bilaterale eventualmente sussistente e dal luogo della realizzazione dell'operazione. Il ricorso n. 27765/09, *Hirsi et autres c. Italie*, ha superato l'esame preliminare di ricevibilità.

27 Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, Sentenza 28 Febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, nonché Corte Eur. dir. uomo, Sentenza 05 Maggio 2009, *Sellem c. Italia* entrambe consultabili alla pagina web <http://www.echr.coe.int/echr/>.

28 Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, Sentenza 28 Febbraio 2008, *Saadi c. Italia* paragrafo 127. Si noti come, a ben vedere la Convenzione, da questo punto di vista, offra una protezione addirittura superiore a quella offerta dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951. Ciò è vero, innanzitutto, in quanto il divieto sancito dall'articolo 3, diversamente da quello previsto dalla Convenzione di Ginevra, non subisce, neanche per espressa previsione convenzionale, eccezione alcuna. Inoltre, appare evidente come la categoria di soggetti possibilmente tutelati dall'articolo 3 sia sicuramente più ampia rispetto a quella dei “*rifugiati*” individuata dall'articolo 1 della Convenzione del 1951. Ed invero, il divieto di *refoulement* che secondo la Corte deriverebbe dall'applicazione del divieto di tortura che, in quanto assoluto, non potrebbe essere sottoposto ad alcuna limitazione inerente ad alcuno dei motivi di persecuzione elencati all'articolo 1 della Convenzione a tutela dei rifugiati.

29 Cfr. CCPR General Comment 20 del 10 Marzo del 1992, in cui il Comitato ha statuito il principio secondo cui “*States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement*” (punto 9). A tal proposito, tuttavia, è doveroso evidenziare come vi siano notevoli differenze tra la fattispecie delineata dall'articolo 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e le altre disposizioni menzionate nel testo. Sul punto, si veda A. Duffy, *Expulsion to face torture? Non refoulement in international law*, in *International journal of refugee law*, 2008, 373 ss.

30 A tal proposito, si vedano ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 Febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, par. 59. Nello stesso senso si veda anche la decisione di inammissibilità del 23 Febbraio 1999, *Andric c. Svezia*, ricorso n. 45917/99.

sempre crescente nell'ordinamento europeo, vista la recente adesione dell'Unione a detto sistema convenzionale mediante il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel dicembre 2009³¹.

3. Il principio di non refoulement nell'ordinamento europeo

Malgrado l'Unione Europea non sia parte della Convenzione di Ginevra ed abbia solo di recente dichiarato la volontà di aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la normativa comunitaria fino ad ora emanata in materia di protezione dello straniero si riferisce sovente alla disciplina contenuta in tali strumenti di matrice internazionalistica.

In particolare, il protocollo di cooperazione tra l'Italia e la Libia firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007 rientra nella categoria di accordi di associazione e riammissione³² che da tempo gli Stati Membri dell'Unione stipulano con i Paesi terzi di provenienza o di transito dei migranti. Sulla base degli standard individuati dall'articolo 11 della raccomandazione del Consiglio Europeo del 24 Luglio 1995³³, tale tipologia di accordi avrebbe dovuto essere stipulata in maniera tale da lasciare *“impregiudicati gli obblighi delle parti contraenti derivanti: 1) dalla Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati quale emendata dal protocollo del 31 gennaio 1967 relativo alla condizione giuridica dei rifugiati; 2) da trattati internazionali sull'estradizione e sul transito; 3) dalla Convenzione del 4 novembre 1950 di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; 4) da convenzioni internazionali in materia di asilo, in particolare dalla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri della Comunità Europea; 5) da convenzioni e accordi internazionali sulla riammissione di cittadini stranieri”*.

31 Così il nuovo art. 6 della TUE: *“L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati”*. (...)

32 Gli accordi di riammissione rientrano nel quadro più ampio della politica di rimpatrio dell'Unione. Essi sono uno degli strumenti adottati sia dai singoli Stati sia dall'Unione Europea per contrastare i flussi dell'emigrazione internazionale, in particolare il fenomeno dell'immigrazione illegale (che comprende sia gli immigrati illegali o “clandestini” sia quelli irregolari). Cfr. C. Billet, *EC readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against Irregular Immigration. An Assessment after ten years of practice*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2 del 2010.

33 A partire dalle Convenzioni di Schengen e Dublino, gli accordi di riammissione, conclusi tra i diversi Stati europei ed i Paesi di provenienza o di transito dei migranti, sono stati lo strumento privilegiato che avrebbe dovuto garantire la effettività delle espulsioni e dei respingimenti in frontiera. Il progetto originario era quello di stabilire delle linee guida per tutti gli accordi di riammissione stipulati dagli Stati Membri con Stati terzi. Il Consiglio ha perseguito la finalità dell'armonizzazione e dell'uniformità del contenuto di tali accordi indicando un modello standard degli stessi e segnalando i principi da seguire nella elaborazione dei relativi protocolli di attuazione, mediante le raccomandazioni del 30 novembre 1994 e del 24 luglio 1995 pubblicate in GUCE C 274 del 19 settembre 1996, 20-33.

Benché la raccomandazione sia un atto non vincolante per espressa formulazione dell'articolo 249 del Trattato CE e malgrado l'assenza nel testo dell'accordo di disposizioni esplicitamente configgenti con il principio di *refoulement*, il mancato richiamo da parte del Trattato di amicizia con la Libia alle norme internazionali richieste dall'atto comunitario, appare essere comunque alquanto criticabile a causa dell'assenza nell'ordinamento libico di una tutela effettiva dei diritti dell'uomo³⁴.

Tale considerazione può, a maggior ragione, essere avvalorata richiamandosi alla serie di obblighi al cui rispetto l'Italia è tenuta in conseguenza della fitta rete normativa sviluppatasi – successivamente alla raccomandazione del 1995 – in seno all'Unione in materia di immigrazione ed asilo.

A tal proposito, va innanzitutto menzionata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e divenuta giuridicamente vincolante a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che la ha adottata quale vero e proprio catalogo delle garanzie e dei diritti vincolanti del diritto dell'Unione Europea. Precedentemente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, tuttavia, la Carta di Nizza, pur non potendo di per sé costituire un fondamento normativo sufficiente per far sorgere in capo ai singoli diritti direttamente invocabili, svolgeva comunque una duplice funzione. In primo luogo, essa poteva far insorgere la presunzione di esistenza di un diritto che avrebbe dovuto trovare conferma tanto nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quanto nelle disposizioni della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In secondo luogo, nel momento in cui un diritto veniva individuato come diritto fondamentale protetto dall'ordinamento giuridico comunitario, essa forniva uno strumento di particolare utilità per stabilire il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata da attribuire a tale diritto³⁵. In tal senso, pertanto, andranno intese le disposizioni in materia di asilo contenute nella Carta qualora riferite a fattispecie antecedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

L'articolo 18, in particolare, stabilisce che il diritto di asilo nell'Unione debba essere garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e del relativo protocollo del 1967, nonché del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul

34 Si noti, infatti, che se è sì vero che la Libia è parte del sistema africano di tutela dei diritti umani (la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli), che pure contiene norme sul trattamento degli stranieri, non si può negare che la tutela da questo offerta ai singoli sia carente di effettività. Infatti, ai sensi dell'articolo 34 par. 6 del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli relativo alla creazione della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, i singoli hanno diritto di accedere alla Corte solo se lo Stato chiamato in causa abbia riconosciuto tale possibilità.

35 Tali conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia nella causa 305/2005 sono reperibili sul sito ufficiale della Corte di Giustizia, alla pagina web http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/.

funzionamento dell'Unione europea³⁶. L'articolo 19, poi, oltre a vietare le espulsioni collettive, pone il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione degli immigrati verso Stati in cui esiste il rischio serio di essere sottoposto a pena di morte, tortura o altre pene o trattamenti inumani e degradanti.

L'ampia tutela apprestata da tali disposizioni, per altro, non sembra smentita dalla normativa emanata dall'Unione sulla base della disciplina dell'articolo 63 del Trattato CE³⁷, per la quale la Comunità ha introdotto norme minime sia in materia di asilo e di attribuzione della qualifica di rifugiato, sia di protezione temporanea ed internazionale. Essa ha, inoltre, disposto misure nel settore dell' *"immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare"* ³⁸.

In tale prospettiva, la complessiva politica in tema di respingimenti ed espulsioni³⁹ conseguentemente adottata è stata concepita⁴⁰, da un lato, come parte della

36 Si noti come il testo di tale disposizione abbia subito parziale modifica in occasione della stipula del Trattato di Lisbona nel 2007 e recentemente entrato in vigore l' 1 dicembre 2009. Il precedente testo, invero, si richiamava alle norme contenute nel Trattato istitutivo della Comunità Europea.

37 Si noti come, malgrado la cooperazione europea in materia di immigrazione ed asilo tra gli Stati Membri dell'Unione, abbia iniziato a svilupparsi a partire dagli anni ottanta attraverso l'utilizzo del metodo intergovernativo, è stato solo con il Trattato di Amsterdam del 1997 che il cammino europeo in materia di protezione dello straniero ha cominciato ad assumere una propria fisionomia. In particolare, con il Trattato di Maastricht che ha istituito l'Unione Europea, le norme comunitarie in tema di asilo, in qualità di "settore di comune interesse", erano entrate a far parte del terzo pilastro del diritto comunitario. È stato poi solo con il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, che tale materia (unitamente alle norme sui visti, l'immigrazione e la cooperazione giudiziaria in materia civile) è entrata a far parte del pilastro comunitario. Per una esaustiva disamina del percorso compiuto dall'Unione Europea in materia di asilo, si veda B. Nascimbene, *Asilo e status di rifugiato*, bozza della relazione presentata al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti Lo statuto costituzionale del non cittadino (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), reperibile su www.aic.it.

38 Si ritiene opportuno riportare in questa sede il testo integrale dell'articolo 63 del Trattato CE: *"Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 67, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta: 1) misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti, nei seguenti settori: a) criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro è competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri; b) norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri; c) norme minime relative all'attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di paesi terzi; d) norme minime sulle procedure applicabili negli Stati membri per la concessione o la revoca dello status di rifugiato; 2) misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati nei seguenti settori: a) norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di paesi terzi che non possono ritornare nel paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale; b) promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi; 3) misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; 4) misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri. Le misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali. Alle misure da adottare a norma del punto 2, lettera b), del punto 3, lettera a), e del punto 4 non si applica il suddetto periodo di cinque anni.*

39 La politica del rimpatrio coattivo di determinate categorie di stranieri ha assunto un'importanza sempre crescente soprattutto in seguito agli attacchi terroristici del 2001 ed allo spostamento della frontiera esterna dell'Unione su Paesi dotati di minori mezzi ed esperienza in materia di contrasto all'immigrazione clandestina. Cfr. L. Aleni, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 3 del 2006, 585 e ss., in cui l'Autrice ritiene che alle misure di rimpatrio siano state affidate due diverse funzioni. Da un lato, il sistematico rinvio dei migranti irregolari nei Paesi di provenienza avrebbe dovuto costituire un

politica comune in materia di immigrazione illegale, e, dall'altro, come “*elemento integrante della politica comunitaria globale di immigrazione e di asilo*”⁴¹. Ed infatti le scelte successivamente effettuate hanno portato non solo all'adozione di atti normativi di natura derivata relativi agli ambiti su indicati, ma anche all'instaurazione di un fronte comune europeo di collaborazione con taluni Stati terzi esercitanti una forte pressione migratoria ai confini dell'Unione⁴².

Si tenterà nel prosieguo di esaminare tali discipline sotto il profilo dell' (eventuale) tutela predisposta per i diritti dei migranti respinti in acque non territoriali dalle autorità di uno degli Stati Membri.

In materia di asilo, rifugio e protezione dei migranti la Comunità ha, innanzitutto, emanato quattro direttive che, secondo il dettato dell'articolo 63 del Trattato CE, avrebbero dovuto, in primo luogo, rispettare gli *standard* internazionali individuati dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo *status* dei rifugiati, e dagli altri trattati pertinenti⁴³.

Benché la tutela predisposta per i rifugiati dalla Convenzione del 1951 fosse già abbastanza ampia, la Comunità Europea ha ritenuto opportuno, non solo di far proprie le garanzie contenute in tale Convenzione, ma anche di operare un'estensione della propria protezione ad

deterrente per gli stranieri intenzionati ad impiegare il canale clandestino per entrare in Europa; dall'altro, tale misura avrebbe dovuto assumere la funzione di garantire la sicurezza nel caso in cui l'allontanamento venga effettuato nei confronti di stranieri sospettati di appartenere ad organizzazioni terroristiche internazionali.

40 Cfr. Il Consiglio europeo tenuto a Bruxelles nel 2004 ha adottato il c.d. Programma Hague in cui veniva rimarcata la necessità di stabilire una politica effettiva di espulsione e rimpatrio basata su standard comuni a tutti gli Stati Membri per le persone da respingere in maniera umana con il pieno rispetto dei loro diritti umani e della loro dignità.

41 Cfr. A. Adinolfi, *Linea comune sul rimpatrio dei clandestini indebolita dall'ampia flessibilità normativa*, in *Guida al diritto*, 2008, 28, 6-7; nonché C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio delle fonti* 2009; A. Baldaccini, *The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Returns Directive*, in *European journal of migration and law*, 2009, 1- 17.

42 Al momento in cui si scrive, la Comunità Europea ha firmato 11 accordi di riammissione con Paesi terzi (Hong Kong, Sri Lanka, Macao, Albania, Russia, Ucraina, Macedonia, Montenegro, Serbia, Bosnia-Erzegovina, e Moldavia) e sta per firmare il dodicesimo con il Pakistan. A tal proposito, si vedano le conclusioni 26 e 27 del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e la conclusione n. 40 del Consiglio europeo di Laeken del 15 e 16 dicembre 2001. Per i testi degli accordi, inoltre, si vedano, rispettivamente: la Decisione del Consiglio del 17 dicembre 2003, n. 2004/80/CE in GUUE L 17 del 24 gennaio 2004, 23 e 24; la Decisione del Consiglio del 21 aprile 2004, n. 2004/424/CE, in GUUE L 143 del 30 aprile 2004, 97 e 98; la Decisione del Consiglio del 7 novembre 2005, n. 2005/809/CE in GUUE L 304 del 23.11.2005; La Decisione del Consiglio del 3 marzo 2005, n. 2005/372/CE in GUUE L 124 del 17 maggio 2005; la Decisione del Consiglio del 19 aprile 2007, n. 2007/341/CE in GUUE L 129 del 17.5.2007; nonché le Decisione del Consiglio del 8 novembre 2007 nn. 2007/817/CE, 2007/818/CE, 2007/819/CE, [2007/820/CE](#), in GUUE L 334 del 19.12.2007.

43 Il quadro normativo europeo in materia di protezione dello straniero consta anche di quattro regolamenti. Innanzitutto, il regolamento n. 343 del 2003 ed il corrispondente regolamento di applicazione n. 1560 del 2003 (c.d. Dublino II il quale trae origine da una Convenzione sottoscritta dagli Stati a Dublino il 15.6.1990, denominata Dublino I) relativo ai criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro). In secondo luogo, il regolamento n. 2725 del 2000 che istituisce l' "Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino ed il relativo regolamento che definisce talune modalità di applicazione del primo, n. 407 del 2002.

un novero di soggetti più ampio rispetto a quelli rientranti nell'ambito di applicazione *ratione personae* della Convenzione.

Tale avrebbe dovuto essere la funzione delle citate quattro direttive volte ad introdurre norme comuni minime relative alle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo⁴⁴, alla protezione temporanea⁴⁵, al riconoscimento della qualifica di rifugiato⁴⁶ ed alle procedure per ottenere tale riconoscimento⁴⁷.

È in particolare la direttiva “qualifiche” che, pur definendo la Convenzione di Ginevra come “*pietra angolare della disciplina internazionale relativa ai rifugiati*”⁴⁸ ne amplia la tutela in ambito comunitario a qualsiasi persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale. Essa, invero, introduce la c.d. protezione sussidiaria, la quale, ai sensi dell'articolo 1 lett. e), dovrebbe spettare a ciascun cittadino di Paese terzo o apolide la cui situazione, pur non rispondendo ai requisiti per l'attribuzione dello *status* di rifugiato, è tale da far fondatamente ritenere che, qualora egli venisse respinto verso il Paese di origine correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno. Per tale deve intendersi, ai sensi dell'articolo 15, non solo la possibilità di essere condannati a morte o all'esecuzione la tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante, ma anche la minaccia grave alla vita o alla persona civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Tale attribuzione del diritto alla protezione sussidiaria anche a soggetti la cui vita o l'incolumità siano minacciate da una situazione di guerra nel Paese di origine, ha indotto la Corte di Giustizia, di recente, a ritenere che la normativa comunitaria garantisca un livello di tutela addirittura ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Tuttavia, malgrado, il novero di soggetti coinvolti dalla disciplina della protezione internazionale predisposta in ambito comunitario sia così ampio, si pone il problema di

44 Cfr. direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri.

45 Cfr. direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

46 Cfr. direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

47 Cfr. direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

48 Cfr. Preambolo della direttiva 2004/83/CE, punto 3.

49 Cfr. C. Giust. Sent. 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07. La Corte, in particolare, ha osservato che i termini “*condanna a morte*”, “*esecuzione*”, nonché “*la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente*”, impiegati all'art. 15, lett. a) e b), della direttiva, riguardano situazioni in cui il richiedente della protezione sussidiaria è esposto, come per l'art. 3 CEDU, in modo specifico al rischio di un danno di un tipo particolare. Il danno definito all'art. 15, lett. c) della direttiva, invece, consistendo in una «*minaccia grave e individuale alla vita o alla persona*» del richiedente, riguarda il rischio di un danno più generale.

verificare la possibile sussistenza di una carenza di effettività di tale tutela nel caso di respingimenti operati dagli Stati in acque non territoriali a seguito di intercettazione di imbarcazioni irregolarmente dipartite.

In relazione alle fattispecie oggetto del presente contributo, cioè, si pone la necessità di verificare se le stesse non siano rimaste in una zona grigia in cui gli Stati sono lasciati liberi dall'Unione di esercitare i propri poteri come meglio ritengono opportuno⁵⁰. Tale preoccupazione, invero, sorge innanzitutto in quanto, in linea generale, la normativa europea si applica entro i confini dell'Unione. Inoltre, non è riscontrabile in ambito europeo un espresso divieto di effettuare i respingimenti al di là delle acque territoriali mediante imbarcazioni delle guardie nazionali.

Tuttavia, sono diverse le motivazioni che potrebbero condurre a tale affermazione.

Innanzitutto, la volontà di rendere effettiva la tutela predisposta per i migranti bisognosi di protezione internazionale si potrebbe facilmente desumere dalla disciplina contenuta nella direttiva 2005/85/CE relativa alle procedure da adottare negli Stati Membri per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

L'articolo 6, comma 5, di tale direttiva, invero, stabilisce che allo straniero venga garantita la possibilità di accedere alla procedura volta all'ottenimento della protezione internazionale. Tale diritto, pertanto, potrebbe risultare essere inibito nei casi, come quello in esame, in cui allo straniero non viene neanche data la possibilità di accedere al territorio per ivi farsi identificare.

Tale scelta per altro, pare essere confermata anche dalla più recente direttiva 2008/115/CE, così detta "rimpatri"⁵¹. Malgrado, infatti, tale atto normativo sia stato da più parti contestato per l'asprezza del regime delle espulsioni introdotto⁵², esso fa pur sempre salvo il diritto dei migranti di accedere al sistema di protezione fin qui descritto. A tal proposito, invero, da un lato, l'articolo 2 stabilisce la facoltà per gli Stati di decidere di non applicare la direttiva in esame ai cittadini di Paesi terzi "*fermati o scoperti dalle autorità in occasione dell'attraversamento irregolare (...) via mare*". Dall'altro lato, tuttavia, l'art. 4,

50 Cfr. B. Nascimbene, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra l'Italia e Unione Europea*, in *Documenti IAI*, reperibile su <http://www.iai.it/pdf/DocIAI/IAI0922.pdf>; C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, cit., 5.

51 Cfr. direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Tale direttiva, al momento in cui si scrive, non è ancora stata implementata dall'ordinamento italiano.

52 Molte organizzazioni non governative ne hanno criticato la severità e la minaccia alla tutela dei diritti fondamentali soprattutto relativamente al profilo della durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento. Cfr. si veda la campagna promossa contro la direttiva dal sito <http://fortresseurope.blogspot.com/2006/01/no-alla-direttiva-della-vergogna-firma.html>

par. 4, obbliga comunque gli Stati a garantire a tali soggetti un livello minimo di tutela, nonché a rispettare il principio cardine della protezione dei migranti, di *non-refoulement*⁵³.

A confortare tale lettura intervengono, inoltre, due disposizioni del Codice Frontiere di Schengen adottato con il regolamento n. 562/2006.

In primo luogo, l'articolo 12 di tale *corpus* normativo individua la precipua funzione delle attività di sorveglianza delle frontiere nella necessità di impedire l'attraversamento non autorizzato, nonché quello di "*lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente*". Il successivo articolo 13, tuttavia, ammette per gli Stati la possibilità di procedere al respingimento degli stranieri intercettati, solo nel rispetto delle norme relative al diritto d'asilo ed esclusivamente attraverso un provvedimento motivato che indichi le ragioni precise di tale respingimento.

È sulla base della ritenuta incompatibilità dei respingimenti in esame con le normative appena richiamate che la Commissione, nella sua qualità di "guardiana" dei Trattati, ha inviato una lettera di "messa in mora" all'Italia⁵⁴. Secondo la Commissione, invero, il controllo alla frontiera, eseguito in applicazione del principio di *non refoulement*, impone il rispetto delle disposizioni finora richiamate, anche nei casi in cui l'operazione venga effettuata in acque non territoriali. Affinché si possa legittimamente procedere a siffatti respingimenti, cioè, sarebbe necessario verificare le singole situazioni individuali dei migranti al fine di potere garantire al meglio la dovuta tutela a coloro i quali avrebbero diritto ad ottenere la protezione internazionale.

Una diversa interpretazione della disciplina appena richiamata, per altro, potrebbe portare ad una violazione del principio di non discriminazione. Ritenere legittima un'operazione di interdizione dell'accesso alla protezione riconosciuta in ambito comunitario, invero, potrebbe portare a discriminare tra categorie di migranti irregolari, paradossalmente premiando coloro che, pur irregolarmente entrati, proprio a ragione della loro presenza sul territorio, godono sicuramente del diritto di avere esaminata la propria richiesta di asilo.

4. La protezione dello straniero nell'ordinamento italiano: deficit di tutela?

53 Ciò, per altro, viene anticipato nella direttiva al "considerando" n. 23, il quale statuisce che l'applicazione di tale strumento normativo non può pregiudicare in alcun modo gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 1967.

54 Si veda a tal proposito la lettera del Commissario europeo alla giustizia Jacques Barrot, ampi stralci della quale si possono leggere nel Corriere della sera, 3 settembre del 2009.

Anche l'ordinamento italiano formalmente garantisce un'ampia tutela ai diritti dei migranti in cerca di protezione⁵⁵.

L'Italia, invero, oltre ad aderire alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951 – resa esecutiva con legge 24 luglio 1954, n. 722 – riconosce il diritto d'asilo a livello costituzionale. Il nostro ordinamento, inoltre, ha dato attuazione alle direttive europee su richiamate così disciplinando, per quanto di competenza nazionale, i regimi di protezione sussidiaria ed internazionale.

A livello costituzionale, l'articolo 10, comma terzo stabilisce che *“lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge”*.

Come di recente sostenuto⁵⁶, ciò significa che, sulla base del terzo comma dell'articolo 10 della Costituzione, tutti coloro ai quali non sono garantite nel loro Paese di origine le libertà democratiche riconosciute dalla nostra Costituzione, avrebbero dovuto avere riconosciuta a bordo delle navi la possibilità di fare ingresso nel nostro Stato al fine di ivi esercitare il diritto di asilo.

Per meglio potere comprendere la portata di tale affermazione, appare opportuno soffermarsi brevemente sull'annoso dibattito giuridico sviluppatosi in Italia che ha portato al riconoscimento del carattere immediatamente precettivo della disposizione costituzionale richiamata.

Invero, probabilmente a causa dell'iniziale inerzia legislativa, nonché della successiva parziale attuazione del dettato costituzionale, le successive vicende della regolamentazione dell'asilo si sono svolte principalmente in ambito giurisprudenziale.

In particolare, in un primo momento, nel persistente silenzio legislatore sul punto, si era consolidata una prassi della giurisprudenza amministrativa che, sulla supposizione di una qualità meramente programmatica della disposizione in esame, aveva talvolta riconosciuto all'esecutivo una assoluta discrezionalità in ordine alle scelte relative all'ammissione o meno dei potenziali aventi diritto⁵⁷.

55 Appare opportuno qui richiamarsi a quanto sopra osservato circa l'obbligatorietà per le autorità italiane operanti in alto mare di svolgere le operazioni nel pieno rispetto delle stesse leggi allo stato vigenti nel territorio dello Stato. Secondo quanto stabilito dall'art. 4 del codice della navigazione, infatti, anche le navi italiane che si trovano in località non soggette alla sovranità di alcuno Stato, devono essere considerate territorio italiano.

56 Cfr. P.A. Capotosti, *“Monito non casuale, la Carta è già violata”*, in *Liberal* del 15.05. 2009. Nello stesso senso si veda anche M. Benvenuti, *Un diritto in alto mare*, in www.costituzionalismo.it;

57 La più antica giurisprudenza amministrativa espressasi in tal senso risaliva agli anni 50. Si vedano ad esempio Cons. St. sez. IV, sent 208/1952 e 374/1958. Nello stesso senso si vedano, in dottrina G. Biscottini, *Rifugiati*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 900; A. Maresca, *Immigrazione*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino,

Successivamente, con la ratifica della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, l'inattuazione del disposto costituzionale ha ingenerato il problema della possibilità di riconoscere il diritto di asilo anche al di là dei limiti stabiliti dall'articolo 1 della disposizione convenzionale. Lo statuto ivi delineato, invero, essendo delimitato dagli specifici motivi di persecuzione su richiamati, risultava ben più limitato rispetto all'ambito di applicazione *ratione personae* della disposizione costituzionale dell'articolo 10, comma terzo, esteso a tutti i non cittadini impediti nei propri Paesi di origine o provenienza nel godimento effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana

Tale confusione terminologica, per altro, è stata ulteriormente complicata dai successivi interventi normativi relativi alla materia dell'immigrazione e dell'asilo. Negli anni Novanta, invero, innanzi ad una crescita esponenziale delle richieste di asilo di massa, il legislatore si è per la prima volta confrontato con il problema della possibilità di procedere ad una limitazione quantitativa dell'accesso al diritto in questione. Ciò, in particolare, è quanto avvenuto con la legge del 28 febbraio 1990, n. 39 – la c.d. legge “Martelli” – la quale, non solo ha per la prima volta introdotto lo strumento della programmazione dei flussi di immigrati di dubbia legittimità costituzionale⁵⁸, ma ha anche operato un notevole depotenziamento del diritto di asilo mediante un'operazione di imprecisione normativa tra questo ed il rifugio. Tale legge, invero, pur introducendo nominalmente disposizioni relative a ingresso, soggiorno, espulsione e diritto d'asilo, riconosceva il diritto di asilo solo ai soggetti destinatari della Convenzione del 1951, così definitivamente appiattendolo il diritto costituzionalmente garantito sul più ristretto *status* di rifugiato. Tale promiscuità terminologica, per altro, è rimasta immutata anche nei successivi interventi normativi effettuati con le successive leggi n. 40 del 1998 e 189 del 2002.

Da ultimo, il problema è stato affrontato dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite la quale, sulla base del ritenuto carattere immediatamente precettivo dell'articolo 10 della Costituzione, ha rinvenuto in tale disposizione la disciplina di un diritto soggettivo perfetto la cui competenza spetta al giudice ordinario. Tale slittamento della competenza dal giudice amministrativo a quello ordinario operato dai giudici di legittimità in sede di

1962, 186. Per le critiche della dottrina a tale impostazione si vedano: A. C. Jemolo, *L'espulsione dello straniero*, in *Foro Italiano*, 1952, III, 108, ss.; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1966, 58 ss.; V. Crisafulli, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Foro amministrativo*, 1957, I, IV, 10 ss.; C. Esposito, *Asilo (diritto di)- Dir. cost.*, cit. Pronunce in tal senso si ritrovano, per altro, anche nella giurisprudenza amministrativa più recente. Si veda a tal proposito: Cons. di Stato sez. IV, decc. 3366 e 3605/2002, Tar Lazio, sez. I, sent. 562/1992 e Tar Piemonte sent. 109/2002.

58 Cfr. G. D'Orazio, *Condizione dello straniero e “società democratica”*, Padova, Cedam, 1994, 102 e ss.; P. Bonetti, *Il diritto di asilo: profili generali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1148 e ss. In senso contrario si vedano invece: A. Algostino, “Ogni individuo ha diritto a lasciare qualsiasi paese incluso il proprio”: anche gli albanesi?, in *Politica del diritto*, 1998, 35 e ss.

regolamento di giurisdizione è stata, pertanto, l'occasione per specificare la vera natura giuridica del diritto di asilo costituzionale. Esso è un "vero e proprio diritto soggettivo" rivendicabile "anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni dell'esercizio e le modalità di godimento". La disposizione costituzionale in questione, infatti, pur prevedendo una necessaria attuazione legislativa, conterrebbe, secondo tale autorevole pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, una enunciazione sufficientemente puntuale della fattispecie idonea a creare in capo allo straniero che si trova nelle condizioni da questa enucleate, un diritto soggettivo perfetto⁵⁹.

Tale indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, ha subito un parziale *revirement* in talune successive pronunce della Suprema Corte, per altro anticipate nei tratti essenziali anche da taluna giurisprudenza di merito⁶⁰. In tali occasioni, invero, i giudici di Cassazione hanno dedotto dall'assenza di una legge organica sul diritto di asilo pienamente attuativa del dettato costituzionale, nonché dalla compiuta regolamentazione della sola categoria dei rifugiati della Convenzione ginevrina, l'impossibilità di ritenere immediatamente precettiva la disposizione costituzionale. Pertanto, il diritto di asilo nel nostro ordinamento andrebbe inteso, non come un diritto all'ingresso ed alla permanenza dello straniero bisognoso di protezione nel territorio dello Stato, quanto più semplicemente come il suo diritto di accedervi al solo fine di presentare istanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato⁶¹.

In merito a tale ultimo orientamento, pertanto, si potrebbero avanzare due ordini di osservazioni.

In primo luogo, non si può non notare come l'opera di appiattimento del diritto di asilo sullo *status* di rifugiato non sembra tenere conto dell'invulnerabilità dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta Costituzionale, tra cui il diritto di cui al terzo comma dell'articolo 10. Per effetto dell'implementazione del diritto dell'Unione Europea, per altro, la protezione dello

59 Cfr. Corte Cass., SS. UU. , sent. n. 4674 del 1997 in Rivista di diritto internazionale, 1997, 845. Nella giurisprudenza successiva, nello stesso senso, si vedano Trib. Roma 1.10.1999, *Ocalan*, nonché, Corte Cass. , Sez. I, sent. 5055 del 2002 e Cass., Sez. I, sent. n. 8423 del 2004. Tali pronunce, in realtà, non sono prive di precedenti nella giurisprudenza dei giudici ordinari pronunciatisi – a causa della prevalente giurisprudenza amministrativa – nelle rarissime occasioni in cui furono aditi. A tal proposito si segnala la sentenza della Corte di Appello di Milano del 27 novembre 1964 in *Foro italiano*, 1965, III, 126 ss. nella quale i giudici avevano ritenuto che "la passività del legislatore ordinario che [...] ha trascurato di provvedere a disciplinare dettagliatamente nei limiti segnati dalla Costituzione il diritto di asilo non può essere d'ostacolo alla forza cogente della norma di cui al terzo comma dell'articolo 10 della Costituzione medesima".

60 Cfr. Trib. Firenze, sent. 4.11.2005, in *Foro It.*, 2006, I, 1607 e ss. In dottrina si veda S. Furlan, *Diritto di asilo in base all'articolo 10, comma terzo, Cost. e status di rifugiato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 1092 ss.

61 Cfr. Corte Cass., sez. I, sent. n. 25028 del 2005, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 315 e ss. A commento di questa si vedano in dottrina E. Cavasino, *Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti tra diritto di asilo e status di rifugiato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 318 e ss., nonché S. Del Core, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, 2007, 04, 135. Nel medesimo senso si vedano pure, in giurisprudenza, Corte Cass., sez. I, sent. n. 18353 del 2006, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 318 e ss. Su tale decisione si veda in dottrina S. E. Pizzorno, *La Cassazione svuota l'asilo politico "costituzionale"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 605.

straniero va ormai comunque al di là della possibilità di attribuzione del mero *status* di rifugiato e si spinge fino al riconoscimento del così detto diritto di asilo umanitario, disciplinato dagli articoli 5, comma sesto e 19 del D.lgs. n. 286 del 1998. Proprio in riferimento a tali disposizioni – le quali hanno introdotto nel nostro ordinamento l’istituto della protezione umanitaria – le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono di recente intervenute in sede di regolamento di giurisdizione⁶² statuendo la competenza a decidere circa il diritto di asilo umanitario al giudice ordinario. In tale decisione, inoltre, i giudici di legittimità si sono spinti fino a rideterminare in un *obiter dictum* la natura giuridica del diritto di asilo costituzionale. Alla stessa stregua dell’asilo per ragioni umanitarie, infatti, esso è un diritto umano fondamentale la cui inviolabilità – garantita in primo luogo dalla disposizione dell’articolo 2 della Costituzione – esclude la loro possibile degradazione a mero interesse legittimo.

In secondo luogo, va comunque posto in evidenza come anche l’orientamento più restrittivo, pur ritenendo il diritto di asilo una situazione giuridica strumentale rispetto allo svolgimento della procedura amministrativa per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, non impedisce comunque di ritenere sussistente in capo a tali soggetti un diritto all’accesso alle procedure, se non altro, per il riconoscimento di tale *status*.

Pertanto, se l’articolo 10 della Costituzione, almeno nel suo contenuto minimo, si configura come diritto di accesso alle procedure, le operazioni di respingimento in alto mare poste in essere senza tutela alcuna di tale diritto non possono che essere considerate illegittime⁶³.

Tale illegittimità, per altro, pare potere essere confermata anche sulla base dell’attuale legislazione ordinaria interna in materia di immigrazione ed asilo⁶⁴.

Ed invero con la c.d. legge Bossi-Fini – legge 30 luglio 2002, n. 189 – è stata introdotta nel testo unico sull’immigrazione – decreto legislativo 286 del 1998 – una disciplina delle ipotesi in cui i respingimenti vanno effettuati al di là delle acque territoriali. La lettera d) dell’articolo 11 di tale legge, infatti, aveva previsto una modifica dell’articolo 12 del Testo Unico aggiungendo a questo i commi da 9-*bis* a 9-*quinquies*.

62 Cfr. Corte Cass., SS.UU., sent. n. 12393 del 2009.

63 Cfr. M. Benvenuti, *Un diritto in alto mare*, cit. il quale sottolinea come sia la funzione sia la struttura del diritto di asilo costituzionale consentono di affermare che l’articolo 10, comma, 3 della Costituzione avrebbe dovuto trovare pieno ed incontrovertibile applicazione nei confronti di tutti quegli stranieri potenzialmente impediti nel loro paese nell’“effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana” e, ciò nondimeno, respinti in Libia.

64 Si vedano a tal proposito P.A. Capotosti, *Monito non casuale, la Carta è già violata*, cit., nonché A. Pugiotto, *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Pugiotto.pdf>, 19.

Tale articolo contenente un'ampia serie di disposizioni contro le immigrazioni di massa, prima della modifica, disciplinava unicamente i profili di punibilità delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare degli stranieri nel territorio dello Stato⁶⁵. Sin dalla modifica effettuata dalla l. n. 189 del 2002, la stessa disposizione disciplina puntualmente anche le operazioni di intercettazione di migranti che le navi italiane in servizio di polizia e le navi della marina militare⁶⁶ sono tenute a compiere sia dentro che fuori dai confini del mare territoriale e della zona contigua. Il comma 9 *bis*, in particolare, attribuisce alle predette navi italiane il potere di sottoporre ad ispezione le navi per le quali si ha il fondato motivo di ritenere che siano adibite o coinvolte nell'attività di trasporto illecito dei migranti. Alle medesime autorità, inoltre, viene attribuito il potere di procedere a sequestro nel caso in cui dall'attività ispettiva emergano “*elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti*”. Nel caso di sequestro, tuttavia, la disposizione in questione non prevede il respingimento dei soggetti verso i territori di origine, bensì la conduzione della nave stessa “*in un porto dello Stato*”.

Si noti, dunque, come le operazioni di respingimento verso il territorio di origine della nave siano state poste in contrasto anche alle disposizioni di legge ordinaria in materia⁶⁷. Preme inoltre specificare come lo stesso articolo 12 preveda che i poteri appena descritti, attribuiti ai servizi di polizia ed alla Marina militare, vadano esercitati pur sempre “*nei limiti consentiti dal diritto internazionale*”, dunque, nel rispetto del principio di *non refoulement*.

Come evidenziato all'inizio del paragrafo, dunque, il diritto interno predispone un'ampia disciplina a tutela dei diritti umani dei migranti, *in primis* del diritto di asilo. Ciò che sembra essere totalmente, assente, tuttavia, è la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche coinvolte in tali attività. La legge, infatti, pur predisponendo – come visto – una puntuale disciplina delle operazioni di intercettazione dei migranti anche al di là delle acque territoriali, nulla predispone in merito alla tutela giurisdizionale garantita ai soggetti coinvolti.

5. Considerazioni Conclusive

Dalla disamina sin qui condotta risulta che le operazioni di respingimento in alto mare sono state poste in essere dal Governo Italiano in violazione della legalità sia interna sia europea.

65 Cfr. art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 in <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>.

66 Cfr. art. 11, lett. d, comma 9 ter l. n. 189 del 2002 in <http://www.camera.it/parlam/leggi/02189l.htm>.

67 La verità di tale affermazione non cede se ci si richiama al successivo comma 9-quinquies della medesima disposizione. Questo dispone, invero, che le modalità di intervento delle navi italiane nelle operazioni in questione “*sono definite con decreto ministeriale*”. Ora, a prescindere dal contenuto del decreto ministeriale, lo stesso è comunque un atto normativo secondario, invalido se si oppone all'atto sovraordinato.

Ma al di là di tale fondamentale considerazione, sarebbe interessante, in conclusione, volgere lo sguardo alle reali questioni giuridiche che più in generale coinvolgono la materia della regolamentazione dei flussi migratori. I fatti di cronaca, invero, riportano al centro dell'attenzione problemi di più ampio respiro relativi soprattutto alla disorganicità del sistema disciplinare al quale, pertanto, si intende dedicare alcune brevi note conclusive.

Come già evidenziato all'inizio del presente contributo, la disciplina delle migrazioni non rientra più nella esclusiva *domestic jurisdiction* statale. Infatti, come esposto in premessa, soprattutto per le connessioni che la medesima comporta con le esigenze di tutela di taluni diritti fondamentali dei migranti, tale materia interessa ormai diversi livelli normativi, non solo europei, ma anche sovranazionali ed internazionali.

Malgrado il carattere multilivello, tuttavia, il sistema di tutela dei diritti talvolta presenta – così come nel caso di specie – talune carenze dal punto di vista dell'effettività. Infatti, se è sì vero che prassi come quella esaminata sono illegittime a causa dell'inaccettabile compressione della protezione internazionale dei migranti, non si può, tuttavia, negare la serietà dei problemi che l'immigrazione clandestina porta con sé.

Inoltre, non si può non considerare il dato per cui i flussi migratori, in rapido e continuo aumento, incidono in maniera pregnante sui mercati del lavoro nazionali soprattutto dei Paesi – come l'Italia – geograficamente più esposti a migrazioni clandestine via mare.

Si pone, pertanto, oggi più che mai, la necessità di rivedere la disciplina in esame in un'ottica di migliore contenimento delle esigenze securitarie e di tutela dei diritti umani coinvolti, nonché di coordinamento interstatale ed europeo della regolamentazione dei flussi in entrata.

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, la principale critica che potrebbe essere mossa all'impianto legislativo attualmente vigente inerisce al suo carattere emergenziale e scarsamente ponderato⁶⁸.

La mancanza di una disciplina strutturale interna sul diritto di asilo attuativa del dettato costituzionale ha fatto sì non solo che la nozione di diritto di asilo costituzionale venisse appiattita sulla ben più ristretta nozione di rifugiato, ma anche che l'asilo venisse ridotto ad una mera componente delle politiche di gestione del fenomeno migratorio⁶⁹, prevalentemente

68 Cfr. A. Pugiotto, "Purché se ne vadano" – *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 21 il quale fa notare che in materia di immigrazione sono stati emanati almeno sedici decreti legge: D.l. 3 dicembre 1989, n. 416; D.l. 13 aprile 1993, n. 107; D.l. 14 giugno 1993, n. 187; D.l. 18 novembre 1995, n. 489; D.l. 18 gennaio 1996, n. 22; D.l. 19 marzo 1996, n. 132; D.l. 17 maggio 1996, n. 269; D.l. 16 luglio 1996, n. 367; D.l. 13 settembre 1996, n. 477; D.l. 20 marzo 1997, n. 60; D.l. 4 aprile 2002, n. 51; D.l. 14 settembre 2004, n. 241; D.l. 1 novembre 2007, n. 181; D.l. 29 dicembre 2007, n. 249; D.l. 23 maggio 2008, n. 92; D.l. 23 febbraio 2009, n. 11; D.l. 1 luglio 2009, n. 78.

69 Cfr. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali – L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., 176.

concentrate sulla criminalizzazione degli ingressi e delle permanenze clandestine e sui momenti espulsivi⁷⁰.

Tali tendenze, del resto, sono dimostrate dalle molteplici forme di espulsione previste dal nostro ordinamento non sempre accompagnate da una adeguata tutela giurisdizionale e per la cui garanzia di effettività, non di rado, sono state predisposte sanzioni di natura penalistica⁷¹. Reati che, in quanto non posti a tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, risultano essere “*marcatamente artificiali*” poiché meramente funzionali ad una maggiore resa dell’attività amministrativa in tema di espulsioni⁷².

La miopia delle scelte in tema di immigrazione del legislatore italiano, infine, non pare essere stata sanata neanche dall’introduzione della normativa europea in materia, la quale è apparsa talvolta inadeguata a creare un effettivo sistema di integrazione e collaborazione tra gli Stati Membri.

L’attribuzione alla Comunità di una competenza ad adottare norme minime, invero, non ha consentito di realizzare all’interno dell’ordinamento europeo una reale armonizzazione attraverso la definizione di standard di tutela condivisi tra gli ordinamenti interni di riconoscimento degli *status*. L’articolo 63 del Trattato Ce, in particolare, aveva previsto l’adozione da parte del Consiglio di norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, all’attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di paesi terzi non sicuri, alle procedure applicabili negli Stati membri per la concessione o la revoca dello *status* di rifugiato. La conseguente predisposizione di tali regole minime, contribuendo ad un’eccessiva differenziazione delle procedure⁷³, ha impedito la creazione di un sistema veramente integrato con *status* uniformemente applicati ed ispirato al principio del mutuo riconoscimento effettivo⁷⁴.

70 Cfr. A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*” – *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 7 il quale ritiene che espressione più grave di tale politica sia proprio la carenza e, talvolta la totale assenza, di un momento di tutela giurisdizionale che possa operare da giudizio *a quo*.

71 Ne è un esempio la recente introduzione del c.d. reato di immigrazione clandestina citato in premessa. Esso prevede un’ammenda da 5.000 a 10.000 euro per lo straniero che entra illegalmente nel territorio dello Stato. Tale fattispecie, rubricata *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, è stata introdotta dalla legge n. 94 del 2009 che ha aggiunto l’articolo 10 bis al d.lgs. 286/1998. Tale tecnica, tuttavia, era già stata adoperata nei reati “*marcatamente artificiali*” di inosservanza del divieto di reingresso, ingiustificata permanenza dello straniero espulso e di reiterazione del reato di illegale reingresso rispettivamente disciplinati dall’art. 13 comma 13 e 13 *bis*, nonché dall’articolo 14, comma 5-*ter*, 5-*quater* del d.lgs. 286/1998, t.u. sull’immigrazione.

72 Cfr. A. Caputo, *Obiettivo. Il processo degli immigrati: dati ed orientamenti a confronto. Prove di diritto speciale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, fasc. 2, 32.

73 Si veda la Comunicazione della Commissione *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM(2009)262 del 19.06.2009, 5, con indicazioni delle percentuali. La media europea degli accoglimenti è del 50%, tuttavia vi sono alcuni Stati con il 50% ed altri con una percentuale minima.

74 Cfr. B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., 37

Tale lacuna non potrebbe neanche efficacemente essere colmata ricorrendo ai meccanismi di protezione umanitaria di creazione comunitaria. Essi, infatti, benché volti ad estendere l'ambito soggettivo degli aventi diritto ad una protezione, non garantiscono lo stesso livello di tutela spettante agli asilanti ed ai rifugiati. Tali tipologie di protezione, pertanto, in quanto eccezionali e temporanee, sono destinate a rispondere a singole emergenze e non a sistemare organicamente la materia del diritto di asilo in ambito comunitario.

Devesi altresì evidenziare come parte delle incoerenze che caratterizzano l'ordinamento comunitario derivano anche dal dato per il quale, essendo ancora assente un elenco che individui a livello europeo i cosiddetti Paesi sicuri, tale competenza è esercitata dai singoli Stati Membri dell'Unione. Tale qualificazione da parte dell'Unione, invero, risulterebbe assai importante, non solo ai fini di una più compiuta armonizzazione del sistema di protezione degli stranieri, ma anche ai fini di una sua maggiore effettività. Allo stato, infatti, non è difficile rinvenire Stati terzi che solo da taluno degli Stati Membri sono considerati come sicuri. In tale quadro, pertanto, appare difficile l'obiettivo indicato nella Direttiva 2005/85/CE di *“limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati Membri nei casi in cui tali movimenti siano dovuti alla diversità delle normative”*.

Inoltre, neanche il criterio dell'individuazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo introdotto dal regolamento Dublino II pare essere stato in grado di garantire una effettiva collaborazione tra i Paesi Membri dell'Unione. L'articolo 6, infatti, nei casi di ingresso irregolare statuisce la competenza dello Stato nel cui territorio il richiedente asilo è entrato illegalmente senza tenere conto, apparentemente, delle esigenze scaturenti dalle diverse posizioni geografiche degli Stati. Come suggerito dalla dottrina, in un sistema veramente integrato, sarebbe necessaria, oltre che auspicabile, l'istituzione di un controllo centralizzato delle domande e di collocazione degli aventi diritto secondo le diverse esigenze⁷⁵. Fino ad ora la Commissione ha presentato solo una proposta di regolamento volta ad istituire, senza modificare i criteri di attribuzione delle competenze, un Ufficio di sostegno agli Stati, competente ad organizzare, secondo criteri solidaristici, la collaborazione tra gli Stati in materia di accoglienza dei richiedenti asilo. L'attività di tale ufficio, tuttavia, allo stato attuale della legislazione, non parer potere assumere una efficacia rilevante nel sistema di asilo europeo. Non si capisce, pertanto, come l'ufficio potrebbe procedere ad una riallocazione di soggetti che solo secondo le prassi di alcuni Stati avrebbero diritto alla protezione.

75 Cfr. B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit. , 37

Tali pecche inerenti al diritto dell'Unione potranno, forse, essere risolte nel nuovo quadro giuridico instaurato dal Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Appare opportuno, pertanto, dare conto nel successivo paragrafo conclusivo delle prospettive che si aprono in materia di asilo con le nuove basi giuridiche fornite da tale Trattato.

5.1 Il Trattato di Lisbona: quali prospettive?

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona pare aprire nuovi varchi per la realizzazione di una politica comune in materia asilo in Europa, nonché per l'instaurazione di un più efficace sistema di distribuzione degli oneri tra gli Stati Membri.

Tale Trattato, invero, all'articolo 67, non si riferisce più all'adozione di norme minime, bensì alla necessità che l'Unione realizzi una politica comune sia in materia di asilo sia in materia di immigrazione e controllo delle frontiere esterne. La disposizione dell'articolo 78, inoltre, specifica che tale attribuzione riguarda l'adozione di norme volte ad introdurre *status* uniformi per tutti i cittadini di Paesi terzi bisognosi di protezione internazionale. Il sistema comune, inoltre, dovrà riguardare non solo la condizione dei richiedenti asilo e di coloro i quali hanno diritto di accesso alla protezione sussidiaria, ma anche l'instaurazione di *“procedure comuni per l'ottenimento e la perdita”* di tali *status*.

Sulla base della previsione dell'entrata in vigore di tale Trattato, la Commissione aveva già avanzato proposte di instaurazione e realizzazione di un sistema comune in materia di asilo con un livello di armonizzazione non più minimo, già a partire dal Giugno 2008.

Il piano di azione da questa presentato nel 17 Giugno 2008⁷⁶, in particolare, consisteva sia nella effettiva proposizione di modifiche della direttiva 2003/9/CE sul trattamento dei richiedenti asilo e dei Regolamenti Dublino II ed Eurodac⁷⁷, sia nella previsione di presentazione di successive proposte volte a modificare la direttiva “qualifiche”, n. 2004/83 , nonché la direttiva “procedure”, n. 2005/85.

In merito a quest'ultimo aspetto, tuttavia, la Commissione si è fermata ad esprimere l'esigenza secondo cui *“spetta all'Unione trovare una risposta comune, basata sul principio di solidarietà, alla sfide che i singoli Stati Membri devono affrontare”* . Ancora poco chiara

76 Cfr. Piano strategico sull'asilo (Com (2008) 360 def.)

77 Cfr. Proposte della Commissione (Com (2008) 815 def.); (Com (2008) 820 def.); (Com (2008) 825 def.). Per una valutazione critica dei progetti di riforma della Commissione si vedano B. Nascimbene, *Il futuro della politica europea in materia di asilo*, ISPI, working paper n.25, Giugno 2008, nonché A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in Rivista di diritto internazionale n. 3 del 2009, 689

appare, pertanto, la strategia scelta per realizzare un sistema comune in materia di attribuzione degli *status* e regolamentazione delle procedure. Dal piano di azione, cioè, non emerge alcuna opzione a favore dei metodi per realizzare la necessaria ripartizione di oneri tra gli Stati Membri: se mediante la proposta di regole comuni, non più minime, da implementare e realizzare negli ordinamenti interni, o la istituzione di un esame centralizzato delle domande. Qualunque sarà la futura scelta della Commissione, preme qui porre in evidenza come l'uniformazione e la centralizzazione delle competenze in tali materie non potrà che giovare soprattutto ai Paesi di "frontiera" – come l'Italia, Malta o la Grecia – che, essendo sottoposti a forti pressioni migratorie risultano essere quelli più frequentemente investiti della competenza ad esaminare le domande di asilo. Si spera, pertanto, che l'adozione di un sistema comune di ripartizione degli oneri possa essere utile ad evitare che tali Paesi si trovino a fronteggiare le possibili minacce derivanti da tali flussi mediante operazioni del tutto incompatibili con le esigenze di tutela dei diritti umani, come quelle dei respingimenti in alto mare.

La medesima conclusione, per altro, viene confortata anche da un'altra caratteristica fondamentale del nuovo Trattato relativa all'adesione dell'Unione Europea, in esso enunciata, al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché all'attribuzione dell'efficacia giuridica vincolante al catalogo di diritti enunciati dalla Carta di Nizza. Tale dato arricchisce di significato l'affermazione contenuta nel nuovo testo del Trattato secondo cui l'Unione sviluppa una politica volta a "*garantire il rispetto del principio di non respingimento*". Data l'adesione al sistema convenzionale, invero, tale principio potrebbe assumere una portata tanto inderogabile quanto quella dell'articolo 3 della Convenzione.

Nel presente rinnovato quadro normativo caratterizzato da una maggiore condivisione degli sforzi tra gli Stati Membri e l'Unione, nonché da una più determinata attenzione ai diritti dell'uomo, episodi come quelli dei respingimenti in alto mare, già illegittimi in base alla disciplina attuale, potrebbero divenire, si spera, sempre più rari.