

RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Anno XCV Fasc. 2 - 2012

Anna Liguori

**LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO CONDANNA
L'ITALIA PER I RESPINGIMENTI
VERSO LA LIBIA DEL 2009: IL
CASO *HIRSI***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CONDANNA L'ITALIA PER I RESPINGIMENTI VERSO LA LIBIA DEL 2009: IL CASO *HIRSI*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Questioni preliminari. — 3. La giurisdizione. — 4. L'esame del merito: la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. — 5. La violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4. — 6. La violazione dell'art. 13 della Convenzione europea. — 7. Alcune implicazioni della sentenza *Hirsi*. — 8. Conclusioni.

1. Il 23 febbraio 2012 la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul caso *Hirsi e a. c. Italia* ⁽¹⁾, relativo all'intercettazione in alto mare di 11 somali e 13 eritrei, avvenuta il 6 maggio 2009, e ha condannato l'Italia per la violazione degli articoli 3 della Convenzione europea (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive) e 13 della Convenzione europea (diritto ad un ricorso effettivo).

La sentenza ha riguardato il primo di numerosi respingimenti verso la Libia. Con esso il nostro Paese inaugurò, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di amicizia concluso con la Libia ⁽²⁾, una prassi

⁽¹⁾ Tra i primi commenti cfr. NASCIBENE, *Condanna senza appello per i « respingimenti »*, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1988>; MESSINEO, *Yet another mala figura: Italy breached non-refoulement obligations by intercepting migrants' boats at sea, says ECtHR*, <http://www.ejiltalk.org>; RYAN, *Hirsi: Upholding the Human Rights of Migrants at Sea*, <http://www.kent.ac.uk/>; HERVIEU, *Interception et refoulement des migrants en haute mer: la Méditerranée n'est pas une zone de non droit(s)*, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/02/29/>; DEMBOUR, *Interception-at-sea: Illegal as currently practiced — Hirsi and Others v. Italy*, <http://strasbourgobservers.com>; nonché i commenti nei *links* <http://migrantsatsea.wordpress.com/2012/02/26/hirsi-v-italy-the-issue-of-jurisdiction-under-echr-article-1/> e <http://migrantsatsea.wordpress.com/2012/02/27/hirsi-v-italy-prohibition-of-collective-expulsion-extends-to-extra-territorial-actions/>.

⁽²⁾ Sugli accordi fra Italia e Libia cfr. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione, Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, n. 108, gennaio 2009, www.iai.int; TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare, Diritti umani e diritto int.*, 2009, p. 609 ss.; DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (a cura di Ryan e Mitsilegas), Leiden-Boston, 2010, p. 281 ss. Il 26 febbraio 2011, a seguito dei noti eventi riguardanti la Libia, l'allora Ministro italiano della difesa, Ignazio La Russa, ha dichiarato che il Trattato di

— acclamata dall'allora Ministro degli interni come una svolta nelle politiche migratorie italiane ⁽³⁾, ma criticata da numerosi organismi internazionali ⁽⁴⁾, — che ha impedito a migliaia di persone di approdare sulle nostre coste e di accedere ad una qualsiasi forma di protezione internazionale: basti pensare che, secondo un comunicato stampa del 10 dicembre 2010 dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), nei primi 10 mesi del 2010 in Italia ci sono stati 3.400 arrivi via mare, a fronte dei 8.500 e 29.500 rispettivamente nello stesso periodo del 2009 e del 2008, e che prima dell'inizio di tale prassi, sul totale delle domande d'asilo — circa il 75% rispetto agli arrivi — la metà aveva avuto un esito positivo. La situazione si è poi modificata nel corso del 2011, in seguito ai noti eventi che hanno riguardato i Paesi del Nord Africa ⁽⁵⁾.

I respingimenti in mare non costituiscono in realtà un fenomeno nuovo nel panorama internazionale ⁽⁶⁾. Alcuni Stati vi hanno fatto ricorso nel tentativo di « operare in una zona grigia » ⁽⁷⁾, nella quale non è del tutto chiaro a quali obblighi siano tenuti. Esiste, tuttavia, anche in queste ipotesi un nucleo di norme di diritto interno e internazionale che devono essere rispettate ⁽⁸⁾, come già ribadito, con

amicizia tra Italia e Libia « di fatto non c'è già più, è inoperante, è sospeso ». Sui recenti sviluppi cfr. *ultra*, nelle conclusioni.

⁽³⁾ Cfr. par. 13 della sentenza. Cfr. anche le notizie apparse sui quotidiani nazionali nei giorni dei primi respingimenti, tra le quali: *Berlusconi: « Sì ai rimpatri, non apriremo le porte a tutti »*, del 9 maggio 2009, reperibile nel sito www.corriere.it; « *La nostra idea dell'Italia non è multi-etnica* », del 9 maggio 2009, reperibile nel sito www.ilssole24ore.com

⁽⁴⁾ Cfr. *ultra*.

⁽⁵⁾ Secondo l'UNHCR, nel 2011 c'è stato un aumento del 20% di domande d'asilo, soprattutto come conseguenza della « Primavera araba », oltre che dei conflitti in Libia, Costa d'Avorio e Siria (<http://www.unhcr.org/4f7063116.html?>)

⁽⁶⁾ Noto è il caso dei profughi haitiani, intercettati dagli Stati Uniti: la Commissione interamericana dei diritti umani ha condannato tale prassi con la decisione del 13 marzo 1997 (*Haitian Centre for Human Rights e a. c. Stati Uniti*, caso 10675). Vedasi altresì il caso *Tampa* e in argomento FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, *Comunità int.*, 2002, p. 61 ss. Sulle prassi americana e australiana molto interessanti sono le osservazioni presentate il 17 aprile 2010 dinanzi alla Corte europea dei diritti umani nel caso *Hirsi* in qualità di *amicus curiae* da un gruppo di università americane e australiane. Cfr. anche RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, in *Extraterritorial Immigration*, cit., p. 3 ss. Sul coinvolgimento di Frontex in operazioni di intercettazioni in alto mare si rinvia al par. 4.

⁽⁷⁾ TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, *Diritti umani e diritto int.*, 2009, p. 592.

⁽⁸⁾ Cfr. TERRASI, *I respingimenti in mare*, cit.; DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, *Rivista*, 2009, p. 800 ss.; NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea*, settembre 2009, p. 3, www.affarinternazionali.it; PALMISANO, *Tratta-*

specifico riferimento al caso italiano, da numerosi organismi internazionali, quali l'UNHCR ⁽⁹⁾, l'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite ⁽¹⁰⁾, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ⁽¹¹⁾, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura ⁽¹²⁾. La decisione nel caso *Hirsi*, adottata all'unanimità dalla Grande Camera, viene quindi a suggellare, con l'autorevolezza e la forza di una sentenza vincolante e definitiva, la condanna della prassi in questione e offre, al di là del caso specifico in esame, importanti indicazioni per il nostro Governo e, più in generale, per tutti gli Stati europei per la regolamentazione delle misure di controllo delle frontiere.

2. I ricorrenti facevano parte di un gruppo più numeroso di circa duecento persone (tra le quali donne e bambini) che il 6 maggio 2009, intercettati da alcune navi della Guardia di finanza e della Guardia costiera a trentacinque miglia marine da Lampedusa, furono fatti salire a bordo e ricondotti verso il paese dal quale erano partiti, la Libia, senza che la destinazione fosse loro svelata e senza essere identificati.

Il Governo ha innanzitutto in via preliminare contestato la validità delle procure presentate dai rappresentanti legali, nonché la qualità dei

mento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani, Diritti umani e diritto int., 2009, p. 509 ss.; TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare*, cit.; DEL GUERCIO, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani, Gli stranieri*, 2010, n. 2, p. 73 ss.; TONDINI, *Fishers of Men? The Interception of Migrants in the Mediterranean Sea and Their Forced Return to Libya*, INEX Paper, Amsterdam and Oslo, October 2010, www.inexproject.eu; ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali, in Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata, Atti del XIV Convegno della SIDI*, Napoli, 2010, p. 207 ss., in particolare p. 219 ss.; MORENO LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing At Sea*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2011, p. 174 ss.; GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-refoulement*, *ivi*, 2011, p. 443 ss. Sugli aspetti di diritto interno cfr. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare*, 25 aprile 2010, reperibile nel sito www.costituzionalismo.it.

⁽⁹⁾ Cfr. il documento, reperibile nel sito www.unhcr.it, *Stop ai respingimenti in Libia*, del 15 maggio 2009.

⁽¹⁰⁾ Tra gli altri: *Immigrati, critiche dell'Onu all'Italia: «Porre fine ai respingimenti»*, del 12 maggio 2009; *Onu: i respingimenti violano il diritto internazionale*, del 14 giugno 2009; *Immigrazione, Pillay: «I respingimenti violano i diritti umani»*, dell'11 marzo 2010, apparsi nel sito www.ilsole24ore.com.

⁽¹¹⁾ Cfr. i documenti, apparsi nel sito www.coe.int, *Consiglio d'Europa: no ai respingimenti*, dell'11 maggio 2009; *The Commissioner - CommDH(2009)40 10 December 2009. Letter from the Council of Europe Commissioner for Human Rights to Mr. Roberto Maroni, Minister of the Interior of the Republic of Italy, concerning migrants' rights*, del 25 agosto 2009.

⁽¹²⁾ *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*, CPT/Inf (2010) 14, del 28 aprile 2010.

contatti esistenti tra i ricorrenti e i loro avvocati (paragrafi 45-47), richiamando la decisione adottata della Corte europea il 19 gennaio 2010 nel caso *Hussun e a. c. Italia*, riguardante quattro ricorsi presentati da alcune decine di migranti allontanati coattivamente, nella primavera del 2005, dai centri di Lampedusa e Crotone verso la Libia. Trattasi di un caso nel quale effettivamente alcune procure erano risultate — in base ad una perizia calligrafica — firmate da un'unica persona. La Corte, però, non si era limitata a cancellare dal ruolo i ricorsi le cui procure risultavano invalide, bensì anche tutti gli altri ⁽¹³⁾, perché i difensori avevano perso i contatti con i ricorrenti, e ciò in applicazione dell'art. 37, par. 1, lett. c) della Convenzione. Il fatto che la Corte non avesse deciso di proseguire lo stesso l'esame del caso, come consente l'ultima parte di tale disposizione ⁽¹⁴⁾, qualora vi siano ragioni inerenti il rispetto dei diritti umani — tale era sicuramente il caso di specie, trattandosi di allontanamenti particolarmente celeri e sommari, in alcuni casi senza neppure un provvedimento formale di espulsione o respingimento, verso un paese notoriamente a rischio, come osservato da numerosi organizzazioni internazionali ⁽¹⁵⁾ — non aveva mancato di suscitare critiche: la decisione di cancellare la causa dal ruolo era apparsa infatti come un sostanziale diniego di giustizia ⁽¹⁶⁾.

Nel caso in esame la Corte, invece, dopo aver osservato che le procure erano regolarmente firmate e accompagnate da impronte digitali, e che i difensori avevano mantenuto i contatti con i ricorrenti, rigetta l'eccezione del Governo. Tra le righe della sentenza ci sembra di poter cogliere anche uno spiraglio per il superamento dei punti più

⁽¹³⁾ La Corte di Strasburgo ha esaminato nel merito soltanto la doglianza relativa all'art. 34 della Convenzione, sollevata da uno dei ricorrenti, Kamel Midawi, l'unico che, rimasto in Italia, aveva mantenuto i contatti con i suoi legali, rigettandola perché non ci sarebbe stato alcun comportamento da parte delle autorità interne volto a ostacolare o rendere inefficace il reclamo a Strasburgo.

⁽¹⁴⁾ Nel quale è stabilito che la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo imponga.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Parlamento europeo, risoluzione su Lampedusa del 14 aprile 2005 (P6_TA(2005)0138); Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Rapporto sulla visita in Italia dal 10 al 17 giugno 2005*, doc. CommDH(2005)9 del 14 dicembre 2005; Comitato per la prevenzione della tortura, *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 21 novembre au 3 décembre 2004*, CPT/Inf (2006) 16 del 27 aprile 2006).

⁽¹⁶⁾ Per una critica a tale decisione cfr. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, reperibile nel link www.asgi.it/home_asgi.php?n=786&l=it, nonché LIGUORI, *Il caso Hussun e a. c. Italia: sui respingimenti Italia-Libia del 2005 la Corte di Strasburgo decide ... di non decidere*, *Diritti umani e diritto int.*, 2010, p. 447 ss.

criticabili della decisione *Hussun*. È vero che, con una votazione di 13 voti a favore e 4 contro, la Corte ha deciso, non mancando di suscitare critiche ⁽¹⁷⁾, di cancellare la causa dal ruolo nei confronti di due dei ricorrenti, deceduti nelle more nel ricorso: in tal modo ha privato eventuali eredi, che siano venuti a conoscenza del ricorso troppo tardi per manifestare la volontà di proseguire la causa, della possibilità di ottenere una riparazione. La Corte aggiunge però che le doglianze da essi sollevate coincidono con quelle degli altri ricorrenti, in relazione alle quali essa esprimerà la propria decisione, concludendo che, « dans ces conditions », non vi sono motivi inerenti il rispetto dei diritti umani per proseguire l'esame nei confronti dei due ricorrenti deceduti. Questo inciso è a nostro avviso importante perché da esso ci sembra sia possibile dedurre, *a contrario*, che, *in altre condizioni*, e cioè se le doglianze dei ricorrenti non fossero state le stesse, probabilmente la Corte avrebbe ritenuto di dover proseguire l'esame del merito del ricorso, per le esigenze di tutela dei diritti umani richiamate nell'ultima parte dell'art. 37, par. 1. Una conferma di un ripensamento della criticabile decisione resa nel caso *Hussun* emerge a nostro avviso anche dalla circostanza che la cancellazione della causa dal ruolo non abbia riguardato quei ricorrenti dei quali si sono perse le tracce, per i quali rimane quindi possibile ottenere la riparazione. Piuttosto, c'è da chiedersi se non sarebbe stato più opportuno in tal caso prevedere, nella parte finale della sentenza, accanto al risarcimento, l'obbligo dell'Italia, a titolo di misura individuale ⁽¹⁸⁾, « de fournir aux requérants un accès pratique et effectif à une procédure d'asile en Italie » ⁽¹⁹⁾, e non, molto meno incisivamente, « d'entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités libyennes l'assurance que les requérants ne seront ni soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ni rapatriés arbitrairement » (par. 209 della sentenza).

Il Governo aveva sollevato anche un'ulteriore eccezione preliminare di non esaurimento delle vie di ricorso interne, ritenendo che, prima di eventualmente adire la Corte di Strasburgo, i ricorrenti si sarebbero dovuti rivolgere alle giurisdizioni interne per far valere la responsabilità penale degli ufficiali della Guardia di finanza e della

⁽¹⁷⁾ Cfr. DEMBOUR, op. cit.

⁽¹⁸⁾ Sugli obblighi derivanti dall'art. 46 della Convenzione, di versare un equo indennizzo, e di adottare misure individuali o generali cfr. *Recommendation CM/Rec(2008)2 of the Committee of Ministers to member States on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. in tal senso il giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione concordante.

Guardia costiera coinvolti nei respingimenti ⁽²⁰⁾. La Corte, rilevato che i ricorrenti lamentano anche la mancanza di un rimedio interno conforme ai requisiti dell'art. 13 della Convenzione europea, ha deciso di riunire l'esame di tale eccezione con quella del merito della doglianza *ex art. 13* (l'eccezione sarà poi rigettata perché il mezzo indicato dal Governo non può essere considerato effettivo, essendo privo di effetto sospensivo ⁽²¹⁾).

3. A questo punto la Corte passa ad esaminare un punto fondamentale, e cioè se nel caso di specie sussista la giurisdizione italiana, essendo l'intercettazione avvenuta in acque internazionali. A tal fine ricorda la propria giurisprudenza in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione ⁽²²⁾, oscillante tra un paradigma che definiremo « spaziale » (« effective overall control » su di una zona anche se al di fuori del proprio territorio), e un « paradigma personale » (« authority and control over an individual »). Secondo il primo modello, la giurisdizione sussiste anche al di fuori del territorio, se lo Stato esercita un « effective overall control » su di una zona. L'esempio classico è quello dell'occupazione militare e l'applicazione più famosa di questo modello si è avuta nel caso *Loizidou c. Cipro* del 18 dicembre 1996, nel quale la Turchia è stata ritenuta responsabile per atti compiuti nella Repubblica turca di Cipro settentrionale, in quanto essa vi

⁽²⁰⁾ Si segnala in proposito una notizia ANSA, secondo la quale il 22 aprile 2010 la procura di Siracusa, per il respingimento di 75 persone avvenuto tra il 29 e il 31 agosto del 2009, ha disposto il giudizio per concorso in violenza privata del direttore della Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Ministero dell'interno e di un generale della Guardia di finanza (non dei militari della Guardia di finanza che intervennero sul posto « in considerazione del fatto che avevano operato per ordini superiori non manifestamente illegittimi »).

⁽²¹⁾ Cfr. *ultra*, par. 6.

⁽²²⁾ Sulla nozione di giurisdizione nella Convenzione europea cfr. GAJA, *Art. 1*, in *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (a cura di Bartole, Conforti, Raimondi), Padova, 2001, p. 28; DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and extraterritorial jurisdiction: a comment on 'life after Bankovic'*, in *Extraterritorial Application of human rights treaties* (a cura di Coomans, Kamminga), Antwerpen, 2004; NIGRO, *Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Ilascu*, *Rivista*, 2005, p. 413 ss.; LAGRANGE, *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national*, *Revue générale de droit int. public*, 2008, p. 521 ss.; NIGRO, *The Notion of "Contracting Parties" Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR*, *Italian Yearbook of Int. Law*, 2010; DE SENA, *The Notion of Contracting Parties' Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR: some marginal remarks on Nigro's Paper*, *ivi*, p. 75 ss.; SAPIENZA, *Art. 1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea* (a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky), Padova, 2012, p. 13 ss.; MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, *European Journal of Int. Law*, 2012, p. 121 ss.

esercitava appunto un controllo di fatto. Un'applicazione estrema e per certi aspetti criticabile di tale paradigma si è avuta anche nel caso *Banković* ⁽²³⁾, del 19 dicembre 2001, nel quale la Corte non ha ritenuto sussistente la giurisdizione di nessuno Stato membro partecipante all'attacco NATO alla *ex* Repubblica Jugoslava, neppure degli Stati dal cui territorio era partito l'aereo dal quale era stata sganciata la bomba che aveva colpito una stazione radio-televisiva a Belgrado e provocato la morte di diverse persone. In tale decisione, la Corte indica espressamente, tra le ipotesi di esercizio del controllo effettivo dello Stato al di fuori dei confini nazionali, « activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State ». È bene ricordare però che non mancano casi in cui la giurisdizione è stata ritenuta sussistente anche in mancanza di un'occupazione militare, purché vi sia il controllo effettivo su di una zona (vedi il caso *Ilascu e a. c. Moldavia e Federazione Russa*: quest'ultimo Paese fu condannato per violazioni avvenute nella cd. Repubblica moldova di Transnistria, a causa della presenza di truppe in tale territorio, anche se non esercitanti un « effective overall control » ⁽²⁴⁾).

Per quanto riguarda « the personal model of jurisdiction », sussisterebbe la giurisdizione in tutti i casi in cui vi è « authority and control over a person ». In alcuni casi la Corte ha infatti affermato che « a State may be held accountable for violations of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State which does not necessarily fall within the legal space of the Contracting States, but who are found to be under the former State's *authority and control* through its agents operating — whether lawfully or unlawfully — in the latter State ». Tra i casi in cui è stato applicato tale principio possiamo ricordare *Öcalan c. Turchia*, del 12 maggio 2005 (relativo all'arresto e alla detenzione del capo del PKK da parte di agenti turchi su territorio keniota) e *Al-Saadon e Mufdi c. Regno Unito*, del 2 marzo 2010, riguardante la consegna da parte della Gran Bretagna, in violazione del principio di *non-refoulement*, di soldati iracheni detenuti in una prigione da essa gestita in territorio iracheno. Tale principio era stato affermato in linea di principio anche nel caso *Issa e a. c. Turchia*, del 16

⁽²³⁾ Cfr. DE SENA, op. cit.; LAWSON, *Life after Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Extraterritorial Application*, cit.; ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of Int. Law*, 2003, p. 529 ss.

⁽²⁴⁾ In realtà in tale caso è stata ritenuta sussistente la giurisdizione anche nei confronti della Moldavia, nonostante essa non esercitasse « pieni poteri sovrani » su tale territorio: cfr. SAPIENZA, op. cit., p. 20.

novembre 2004, riguardante un'incursione turca in Nord Iraq⁽²⁵⁾, che merita di essere ricordato anche perché in esso la Corte vi dichiara, richiamando l'affermazione contenuta in un'importante decisione del Comitato dei diritti dell'uomo, *Lopes Burgos c. Uruguay*⁽²⁶⁾, che « Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory » (tale affermazione sarà ripresa anche dai terzi intervenienti nel caso *Hirsi*⁽²⁷⁾).

A cavallo tra i due paradigmi⁽²⁸⁾ si pone il caso *Medvedyev e a. c. Francia*, del 29 marzo 2010, particolarmente utile per la fattispecie in esame, in quanto anch'esso riguardante un'operazione in alto mare. In tale sentenza, infatti, la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione dello Stato convenuto per le azioni commesse su di un'imbarcazione battente un'altrui bandiera⁽²⁹⁾, in quanto la Francia ha esercitato *sulla nave e sull'equipaggio*⁽³⁰⁾ — anche se non caricato a bordo della propria nave — un controllo effettivo « at least *de facto*, from the time of its interception, in a continuous and uninterrupted manner »⁽³¹⁾.

Nella recente sentenza *Al-Skeini c. Regno Unito*, del 7 luglio 2011, la Corte ha infine provato ad adottare un approccio più coerente e sistematico in materia di giurisdizione, anche se, come è stato osservato, nel fare ciò pretende « that all of its prior jurisprudence somehow fits neatly into a bigger picture even though it manifestly does not »⁽³²⁾. La Corte dichiara di non ritenere che « jurisdiction in the above cases arose *solely* from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What

(25) Nel caso di specie la Corte aveva però ritenuto non sussistente la giurisdizione perché non era stato provato che le truppe turche stessero conducendo operazioni militari nella zona in cui si trovavano le vittime: cfr. par. 81 della decisione.

(26) Par. 12.3 (UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 luglio 1981).

(27) Par. 69.

(28) Cfr. in senso analogo MILANOVIC, op. cit., p. 124, nota 23.

(29) Nel caso di specie un *commando* militare francese aveva abbordato, al di fuori delle proprie acque territoriali, nell'ambito di un'operazione di contrasto del traffico di stupefacenti, un cargo battente bandiera cambogiana; una volta salito a bordo, ne aveva arrestato l'equipaggio, di nazionalità ucraina, richiudendolo nelle cabine fino allo sbarco in Francia.

(30) Il corsivo è nostro.

(31) Par. 67.

(32) MILANOVIC, op. cit., p. 127. Cfr. anche quanto affermato dal giudice Bonello nell'opinione concordante nel caso *Al-Skeini*: « Up until now, the Court has, in matters concerning the extra-territorial jurisdiction of Contracting Parties, spawned a number of “leading” judgments based on a need-to-decide basis, patchwork case-law at best... *Issa flies in the face of Banković* and the cohabitation of *Behrami* with *Berić* is, overall, quite problematic » (par. 5).

is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question»⁽³³⁾, concludendo: «It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual»⁽³⁴⁾.

Nel caso *Hirsi* la questione della giurisdizione era in realtà abbastanza semplice, in quanto le persone erano state issate a bordo delle navi italiane. Come ricorda la Corte, in base al diritto internazionale del mare, una nave in acque internazionali è sottoposta alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera (questa norma è anche contenuta nell'art. 4 del codice di navigazione italiano). Né, aggiunge la Corte, l'Italia può eludere gli obblighi derivanti dalla Convenzione qualificando gli interventi oggetto del ricorso come operazioni di salvataggio in alto mare, in ragione del livello presumibilmente ridotto del controllo esercitato, al momento dei fatti, dalle autorità sugli interessati. La Corte richiama a tal fine il caso *Medvedyev* summenzionato, nel quale, come abbiamo visto, aveva ritenuto sussistere la giurisdizione della Francia in virtù del controllo di fatto esercitato dai militari francesi sulla nave e sull'equipaggio, e ciò malgrado tale equipaggio non fosse stato fatto salire a bordo della nave francese. Di conseguenza, dopo aver osservato che, nel caso di specie, gli eventi avevano avuto luogo interamente a bordo delle unità navali militari italiane, e che l'equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali, la Corte rigetta nettamente ogni argomentazione del Governo⁽³⁵⁾, affermando che «à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes»⁽³⁶⁾.

Nonostante quindi si trattasse di un caso in cui sussistevano pochi dubbi sull'esistenza della giurisdizione, è a nostro avviso significativo che la Corte abbia dedicato alla questione diversi paragrafi (richiamando un po' tutta la giurisprudenza summenzionata: *Banković, Ilaşcu, Loizidou, Al-Skeini e Medvedyev*, oltre al caso *Drozd et Janousek*, nel

⁽³³⁾ Il corsivo è nostro.

⁽³⁴⁾ Anche al di fuori eventualmente dello spazio giuridico europeo, come esplicitamente dirà al par. 142.

⁽³⁵⁾ «Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion»: par. 81 *in fine*.

⁽³⁶⁾ Par. 81.

quale per la prima volta la Corte ha ammesso che, in circostanze eccezionali, gli atti degli Stati contraenti eseguiti o che producono effetti al di fuori dei loro territori possono costituire un esercizio della loro giurisdizione). Il fatto cioè che, pur trattandosi di avvenimenti verificatisi a bordo di una nave italiana, la Corte non si sia limitata semplicemente a riscontrare che nel caso di specie sussisteva la giurisdizione *de iure* e *de facto*, offre a nostro avviso una portata più ampia alla sentenza e apre le porte ad un'applicazione dei principi elaborati in *Hirsi* al di fuori del caso in cui i migranti intercettati vengano fatti salire a bordo di una nave battente la bandiera di uno Stato parte della Convenzione. Occorre però rilevare che la Corte sembra al tempo stesso prendere le distanze da una nozione di giurisdizione « cause-and-effect ». Afferma infatti che è da escludere l'esistenza del controllo su di un territorio, « lorsque n'est en cause, ... qu'un acte extraterritorial instantané, le texte de l'article 1 ne s'accommodant pas d'une conception causale de la notion de « jurisdiction », richiamando a tal fine la decisione *Banković* ⁽³⁷⁾, nella quale aveva rigettato una tale nozione proposta dai ricorrenti in quanto avrebbe significato « that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention ». Tale richiamo sembra a nostro avviso andare contro una nozione di giurisdizione intesa come capacità effettiva dello Stato di incidere sui diritti protetti dalla Convenzione, adottata da altri organi internazionali ⁽³⁸⁾, e che sembrava trapelare anche da alcune decisioni della Corte di Strasburgo. A tal fine ci sembra utile richiamare la decisione *Xhavara e a. c. Albania e Italia*, dell'11 gennaio 2001, nel quale la Corte ha affermato la giurisdizione italiana (escludendo quella albanese) nell'ambito di un'operazione di intercettazione in alto mare, sfociata nella collisione di una nave della marina militare, la *Sibilla*, con una nave battente bandiera albanese ⁽³⁹⁾. In tale caso, pur riguardando un incidente in acque internazionali, la Corte di Strasburgo ha ammesso implicitamente la giurisdizione dell'Italia e ciò sembrerebbe semplicemente in virtù del fatto che la nave italiana avesse *provocato* il naufragio, secondo

⁽³⁷⁾ Par. 75 della decisione.

⁽³⁸⁾ *Alejandre e a. c. Cuba* della Commissione interamericana dei diritti umani, caso n. 11.589, Report n. 86/99 del 29 settembre 1999. Cfr. sul punto KLUG, HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in *Extraterritorial Immigration*, cit., p. 87.

⁽³⁹⁾ Quest'ultima era affondata e decine di cittadini albanesi (tra i quali diversi minori) erano morti: la cd. strage del venerdì santo.

un « cause-effect approach »⁽⁴⁰⁾: « La Cour note d'emblée que le naufrage du *Kater I Rades* a été directement *provoqué* par le navire de guerre italien *Sibilla*. Par conséquent, toute doléance sur ce point doit être considérée comme étant dirigée exclusivement contre l'Italie »⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾. Interessante ci sembra a tal fine richiamare anche il caso *PAD c. Turchia* del 28 giugno 2007 (par. 53), nel quale è stata ritenuta esistente la giurisdizione della Turchia, in relazione all'uccisione da parte di un elicottero turco di alcuni cittadini iraniani, sospetti terroristi, e ciò nonostante non fosse stato chiaro se al momento dell'uccisione essi si trovassero in territorio turco o iraniano. La Corte afferma infatti che « it is not required to determine the exact location of the impugned events, given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters *had caused the killing* of the applicants' relatives »⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾. Come è stato osservato⁽⁴⁵⁾, la contraddizione è stridente con il caso *Banković*, nel quale, come abbiamo visto, la Corte aveva negato che la giurisdizione potesse dipendere da un nesso causa-effetto.

Tale approccio causale risulterebbe invece particolarmente utile in un'ottica di ampliamento del riconoscimento di effetti extraterritoriali per la Convenzione europea, e quindi di concreta utilizzabilità di questo strumento anche per le persone vittime di violazioni in ipotesi di

⁽⁴⁰⁾ Cfr. BROUWER, *Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the responsibility of the EU and its Member States*, in *Extraterritorial Immigration*, cit., p. 216, la quale osserva che da tale decisione sembrerebbe potersi dedurre che la giurisdizione sussisterà « if there is a direct and immediate link between the extraterritorial conduct of the State and the alleged violation of an individual's rights ».

⁽⁴¹⁾ Il corsivo è nostro.

⁽⁴²⁾ In questo caso in realtà la questione della giurisdizione è strettamente connessa con quella dell'imputabilità. Sul rapporto tra giurisdizione e imputabilità cfr. CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours*, 1984, VI, p. 91 ss. Vedasi altresì CONFORTI, *Comments on EU's Accession to the ECHR*, *Italian Yearbook of Int. Law*, 2011, p. 87, il quale, commentando il punto 25 della risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 in tema di accessione dell'UE alla Convenzione europea (Doc. CDDH-UE(2010)03), afferma che « if a broad interpretation of the point 25 of the European Parliament's resolution is adopted, the point could be made that the jurisdiction of the State (or the EU) obtains whenever an individual is victim of a violation of the Convention by an agent of the State (or of the EU), no matter where this happens. In other words, as far as individual applications are concerned, Article 1 should be interpreted in combination with Article 34 » (anche se poi riconosce che probabilmente la Corte di Strasburgo non è pronta ad accettare una tale posizione, *inter alia* perché comporterebbe un ulteriore aggravio per la Corte, già sovraccarica).

⁽⁴³⁾ Il corsivo è nostro.

⁽⁴⁴⁾ Par. 54.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MILANOVIC, op. cit., p. 124.

esternalizzazione delle frontiere, differenti dal caso *Hirsi*. Sul punto ritorneremo più avanti.

4. Dopo aver affermato l'esistenza della giurisdizione, la Corte passa ad esaminare la doglianza relativa all'art. 3 della Convenzione europea, constatandone la violazione sotto due distinti profili, e cioè sia per il rischio di trattamenti inumani e degradanti nei centri di detenzione in Libia, sia per il pericolo di *refoulement* indiretto verso i rispettivi paesi di origine dei ricorrenti, Eritrea e Somalia.

Per quanto riguarda il primo profilo, come è noto, la Convenzione europea non contiene un esplicito divieto di allontanamento in caso di rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti; tuttavia, a partire dal famoso caso *Soering*, del 1989 (in materia di estradizione) ⁽⁴⁶⁾, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto una violazione « par ricochet » dell'art. 3, che vieta la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, nei casi in cui vi sia il rischio reale di subire tali trattamenti nel paese di destinazione. Richiamando gli sviluppi più recenti della sua giurisprudenza in materia di protezione « par ricochet », la Corte ricorda, contro l'argomentazione del Governo italiano che riteneva « vaghe e insufficienti » le prove fornite dai ricorrenti circa l'esistenza di un rischio reale di essere esposti a trattamenti contrari all'art. 3 in Libia, che nell'ipotesi in cui il ricorrente alleghi di far parte di un *gruppo* sistematicamente esposto a tali trattamenti ⁽⁴⁷⁾, sia sufficiente dimostrare l'appartenenza al gruppo in questione (*Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sentenza dell'11 gennaio 2007 ⁽⁴⁸⁾). Nel caso di specie pertanto la Corte, preso atto dell'esistenza di molteplici rapporti di organismi internazionali, governativi e non ⁽⁴⁹⁾, che attestavano il

⁽⁴⁶⁾ Cfr. GAJA, *Rapporti tra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione* (a cura di Salerno), Padova, 2003, p. 125 ss., nonché CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura, Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 51 ss., e SACCUCCI, *Il diritto d'asilo nella Convenzione europea dei diritti umani*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, n. 2, pp. 85-86:

⁽⁴⁷⁾ Sulla base di fonti ritenute affidabili, quali rapporti di organizzazioni non governative indipendenti come Amnesty International.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. anche *NA. c. Regno Unito* del 6 agosto 2008 e *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, del 28 giugno 2011 e in argomento DEL GUERCIO, *La protezione dello straniero in fuga da situazioni di violenza generalizzata nella CEDU e nella direttiva « qualifiche »*, in *Percorsi Migranti* (a cura di Bruno, Caruso, Sanna, Vellecco), Milano, 2011, p. 47 ss. e bibliografia ivi indicata.

⁽⁴⁹⁾ La Corte cita, al par. 42: Human Rights Watch, *Stemming the Flow: abuses against migrants, asylum seekers and refugees*, settembre 2006; Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observations finales Jamahiriya arabe libyenne*, 15 novembre 2007; Amnesty International, *Libye — Rapport 2008 d'Amnesty International*, 28

rischio di trattamenti inumani e degradanti nei centri di detenzione libici ⁽⁵⁰⁾, e dell'impossibilità di accedere a forme di protezione internazionale in questo paese, conclude per la violazione dell'art. 3. La Corte, infatti, pur consapevole del fatto che « les États situés aux frontières extérieures de l'Union européenne rencontrent actuellement des difficultés considérables pour faire face à un flux croissant de migrants et de demandeurs d'asile », afferma che le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono tuttavia esonerare lo Stato dal rispetto dei diritti assoluti garantiti dall'art. 3. Tenuto conto che la situazione in Libia (all'epoca dei fatti) era « notoire et facile à vérifier à partir de sources multiples », la Corte conclude che « les autorités italiennes savaient ou devaient savoir que ceux-ci, en tant que migrants irréguliers, seraient exposés en Libye à des traitements contraires à la Convention et qu'ils ne pourraient accéder à aucune forme de protection dans ce pays » (paragrafi 131 e 137) ⁽⁵¹⁾.

A parte l'evidente attenuazione dell'onere della prova dell'esistenza di un rischio individuale ⁽⁵²⁾, è interessante sottolineare che la Corte giunge a tale conclusione nonostante il Governo italiano abbia sostenuto da un lato che i respingimenti erano stati disposti in ottemperanza di accordi bilaterali con la Libia, dall'altro che i ricorrenti non avessero fatto valere esplicitamente i pericoli cui sarebbero stati esposti in Libia (non avendo fatto domanda d'asilo).

Entrambi gli argomenti sono stati rigettati con fermezza dalla Corte. Per quanto riguarda il primo, la Corte osserva che, « à supposer même que lesdits accords prévoyaient expressément le refoulement en Libye des migrants interceptés en haute mer, les Etats membres

mai 2008; Human Rights Watch, *Libya Rights at Risk*, 2 settembre 2008; United States Department of State, *2010 Human Rights Report: Libya*, 4 aprile 2010. La criticità delle condizioni nei campi di detenzione libici è stata persino riconosciuta da Frontex (*Frontex-led, EU illegal immigration technical mission to Libya, 28 May to 5 June 2007*, par. 5.3, reperibile nel *link* www.statewatch.org/news/2007/oct/eu-libya-frontex-report.pdf). Cfr. infine le preoccupazioni espresse dalla Commissione europea (European Commission, *Report. Technical Mission To Libya On Illegal Immigration. 27 Nov. — 6 Dec. 2004*, reperibile nel *link* www.statewatch.org/news/2005/may/eu-report-libya-ill-imm.pdf).

⁽⁵⁰⁾ A causa del sovraffollamento, delle precarie condizioni igieniche, dell'insufficienza di cure mediche, ma anche e soprattutto delle violenze e degli stupri da parte delle guardie carcerarie. Del tutto inesistenti erano poi le garanzie dell'*habeas corpus*: non era assicurata assistenza legale, non venivano comunicate né le ragioni, né la durata della detenzione, e non era garantito l'accesso ad un giudice che potesse valutarne la legittimità e ordinarne la liberazione se illegittima.

⁽⁵¹⁾ Sotto questo aspetto non è necessario distinguere tra migranti economici e richiedenti asilo. Sul punto vedi già DE VITTOR, op. cit., p. 806.

⁽⁵²⁾ Cfr. *Dembour*, op. cit.

demeurent responsables même lorsque, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention et de ses Protocoles à leur égard, ils ont assumé des engagements découlant de traités ». Per quanto riguarda l'altro motivo, la Corte, ribaltando i termini della questione, ribadisce che « quoi qu'il en soit, [...] il appartenait aux autorités nationales, face à une situation de non-respect systématique des droits de l'homme telle que celle décrite ci-dessus, de s'enquérir du traitement auquel les requérants seraient exposés après leur refoulement » (par. 133), richiamando a tal fine l'analogo affermazione contenuta nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* ⁽⁵³⁾, del 21 gennaio 2011. Conclude affermando che « le fait que les intéressés aient omis de demander expressément l'asile, eu égard aux circonstances de l'espèce, ne dispensait pas l'Italie de respecter ses obligations au titre de l'article » (par. 133). Ad analoga conclusione era giunto anche il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo, dopo aver osservato che « as a result of the principle of *non-refoulement*, States are obliged to screen intercepted migrants with a view to identifying persons in need of protection, assessing those needs and taking appropriate action », aveva infatti dedotto che « the absence of an explicit request for asylum does not necessarily absolve the Italian authorities of their *non-refoulement* obligations under Article 3 of the ECHR », soprattutto quando, come nel caso di specie, le persone sopravvissute ad un viaggio in mare non sono nelle condizioni psico-fisiche di manifestare immediatamente il loro desiderio di chiedere asilo ⁽⁵⁴⁾. Come vedremo tra poco, dalla circostanza che nel caso di specie ai ricorrenti non sia stato proprio possibile presentare una domanda d'asilo, o comunque opporsi al respingimento allegando il rischio di trattamenti inumani, la Corte dedurrà anche la violazione dell'art. 13, che prevede il diritto ad un ricorso effettivo.

Per quanto riguarda l'altro profilo relativo all'art. 3 della Convenzione, e cioè il rischio di *refoulement indirecto* verso i rispettivi paesi di

⁽⁵³⁾ Cfr. par. 359, laddove la Corte afferma che il Belgio non si sarebbe dovuto accontentare « de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention mais au contraire de s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique » e ciò nonostante la Grecia fosse un Paese membro dell'Unione Europea. Su questa sentenza cfr. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo « par ricochet » o protezione « par moitié »? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento « Dublino II »*, *Rivista*, 2011, p. 824 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sul rapporto del Comitato si rinvia a RICCIUTI, *Il Comitato europeo verso la tortura e la prassi italiana dei respingimenti verso la Libia*, *Diritti umani e diritto int.*, 2010, p. 673 ss.

origine, Eritrea e Somalia, la Corte afferma che « il appartient à l'État qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt » e che tale obbligo è più stringente qualora il paese di transito sia uno Stato terzo.

Anche in tal caso l'onere della prova è notevolmente alleggerito: la Corte si riferisce alla sua recente decisione *Sufi e Elmi c. Regno Unito* ⁽⁵⁵⁾, del 28 giugno 2011, per quanto riguarda i rischi cui erano esposti i ricorrenti in Somalia; ai rapporti dell'UNHCR e di Human Rights Watch per quanto riguarda l'Eritrea, senza entrare nei dettagli ⁽⁵⁶⁾. Tenuto conto altresì del fatto che al tempo dei respingimenti la Libia non aveva una normativa interna in materia di asilo, né ratificato la Convenzione di Ginevra, e la presenza ufficiosa dell'UNHCR non offriva garanzie sufficienti ⁽⁵⁷⁾, la Corte conclude anche in questo caso che « les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existaient pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine » ⁽⁵⁸⁾.

5. Se in materia di art. 3 la Corte si è limitata ad applicare la giurisprudenza più recente, inedito e ricco di implicazioni è il riconoscimento nel caso di specie della violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 ⁽⁵⁹⁾, per la prima volta in un'ipotesi di respingimenti posti in essere oltre i confini nazionali. Come sottolineato dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani nel suo intervento dinanzi alla Corte,

⁽⁵⁵⁾ In tale caso ha ritenuto che la situazione di violenza generalizzata a Mogadiscio, caratterizzata da attacchi indiscriminati alla popolazione civile, da parte sia dei ribelli sia delle truppe governative, comportasse un rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 della Convenzione per qualsiasi persona presente in città (par. 250).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. sul punto *DEMBOUR*, op. cit., la quale commenta: « This acceptance that a risk of a violation of Article 3 exists without requiring that it be proved beyond reasonable doubt is again welcomed ».

⁽⁵⁷⁾ A causa del comportamento delle autorità libiche, che di fatto non riconoscevano alcun valore allo *status* di rifugiato eventualmente riconosciuto dall'Alto Commissariato. Condividendo la posizione dei ricorrenti, afferma di conseguenza che « le fait que certains des requérants aient obtenu le statut de réfugié ne saurait rassurer la Cour quant au risque de refoulement arbitraire » ma al contrario costituisce una prova supplementare della loro vulnerabilità (par. 155).

⁽⁵⁸⁾ Aggiungendo anche in tal caso che « l'Italie n'est pas dispensée de respecter ses obligations au titre de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants auraient omis de demander l'asile ou d'exposer les risques encourus en raison de l'absence d'un système d'asile en Libye » (par. 157).

⁽⁵⁹⁾ Nel momento in cui si scrive non hanno ancora ratificato tale Protocollo la Grecia, il Regno Unito, la Svizzera e la Turchia.

si trattava di una questione cruciale « compte tenu des répercussions importantes qu'une interprétation extensive de cette disposition pourrait avoir dans le domaine des migrations internationales ».

Tale doglianza era stata sollevata (ma non decisa nel merito perché il ricorso era stato cancellato dal ruolo) anche nel caso *Hussun c. Italia* summenzionato, relativo ad allontanamenti sommari verso la Libia (effettuati dal territorio italiano però, non dalle acque internazionali). Come ricorda la Corte, tale articolo era inoltre stato invocato in un altro caso di intercettazione in acque internazionali, il caso *Xhavara c. Italia e Albania*, già citato. I ricorrenti, oltre a lamentare il non rispetto degli articoli 2 e 3 della Convenzione a causa della condotta della nave della Marina militare, che, speronando l'imbarcazione albanese, aveva provocato la morte di numerosi migranti e messo in pericolo quella di altri, allegavano la violazione appunto dell'art. 4 del Protocollo n. 4, congiuntamente all'art. 13 della Convenzione, in relazione al d.l. n. 60/1997, che disponeva, come misura straordinaria per far fronte all'eccezionale afflusso di cittadini albanesi nel nostro Paese, respingimenti con accompagnamento coatto alla frontiera, immediatamente esecutivi anche in pendenza di eventuale ricorso al t.a.r. Mentre la doglianza relativa agli articoli 2 e 3 era stata dichiarata irricevibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, quella relativa al divieto di espulsioni collettive era stata rigettata per incompatibilità *ratione personae*, in quanto i ricorrenti non erano stati oggetto di alcun provvedimento di respingimento.

La Corte quindi nel caso *Hirsi* per la prima volta esamina nel merito la questione dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 ad un caso di allontanamento di stranieri effettuato in acque internazionali. Il Governo in effetti affermava che tale articolo dovesse applicarsi solo ad espulsioni dal territorio. I ricorrenti dal canto loro invitavano la Corte ad un'interpretazione teleologica e funzionale del termine « espulsione », l'unica in grado di rendere tale disposizione « concrète et effective et non pas théorique et illusoire ». E sarà proprio il richiamo a questi principi la base della decisione dalla Corte, attraverso una lunga e complessa argomentazione ⁽⁶⁰⁾, nella quale, ricordando che l'interpretazione delle norme convenzionali deve avvenire alla luce del principio della buona fede e dell'oggetto e dello scopo del trattato, e in conformità del principio dell'effettività e richiamando esplicitamente le norme della Convenzione di Vienna in tema di interpretazione dei

⁽⁶⁰⁾ Secondo alcuni, ciò « suggests that although the seventeen judges who formed the Grand Chamber agreed on the outcome, they may not have agreed on its foundation ». Cfr. DEMBOUR, op. cit.

trattati (articoli 31-33) ⁽⁶¹⁾, concluderà per l'applicabilità del divieto di espulsioni collettive anche in caso di respingimenti posti in essere in acque internazionali. A tal fine, dopo aver osservato che la formulazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 non costituisce un limite alla sua applicazione extraterritoriale ⁽⁶²⁾, né possono essere interpretati in tal senso i lavori preparatori ⁽⁶³⁾, richiama la sua giurisprudenza secondo la quale « la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles » e si concentra poi sullo scopo della disposizione, che è ravvisato nell'evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione individuale e, di conseguenza, senza consentire loro di opporsi alla misura adottata dall'autorità competente. Offrendo « un nouvel exemple de pragmatisme motivé par le refus de tout contournement des exigences conventionnelles » ⁽⁶⁴⁾, la Corte afferma allora: « Si donc l'article 4 du Protocole n° 4 devait s'appliquer seulement aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire national des Etats parties à la Convention, c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition ... L'article 4 se verrait ainsi privé d'effet utile à l'égard de ces phénomènes, qui tendent pourtant à se multiplier ». Pertanto, ammessa nel caso di specie l'esistenza della giurisdizione al di fuori del territorio nazionale, la Corte dichiara di non scorgere impedimenti ad ammettere che l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale abbia preso la forma di un'espulsione collettiva. Concludere diversamente, aggiunge la Corte, riconoscere cioè un'applicazione esclusivamente territoriale, « entraînerait une distorsion entre le champ d'application

⁽⁶¹⁾ Sul richiamo a tali norme nella giurisprudenza della Corte europea cfr. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, pp. 21-23.

⁽⁶²⁾ La Corte osserva infatti che nel testo dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (a differenza di quanto prevedono l'art. 3 del Protocollo n. 4, riguardante il divieto di espulsione di cittadini, e l'art. 1 del Protocollo n. 7, in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione di stranieri regolari, non figura alcun riferimento alla nozione di « territorio » (par. 173).

⁽⁶³⁾ La Corte osserva infatti che, in base all'analisi del commentario, gli stranieri destinatari della norma non sono soltanto coloro che risiedono regolarmente sul territorio, ma « tutti coloro che non presentano la nazionalità dello Stato senza distinguere coloro che sono semplicemente in transito da coloro che sono residenti, i rifugiati da coloro che hanno fatto ingresso nel paese in maniera volontaria, o ancora gli apolidi da coloro che possiedono una nazionalità »; inoltre, per i redattori del Protocollo n. 4, la parola « espulsione » doveva essere interpretata « secondo il senso generico attribuitole nel linguaggio corrente (scacciare fuori da un luogo) »: cfr. par. 174 della sentenza.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. HERVIEU, op. cit.

de la Convention en tant que telle et celui de l'article 4 du Protocole n° 4, ce qui contredirait le principe selon lequel la Convention doit s'interpréter comme un tout ».

Per quanto riguarda l'esame del merito, poi, la Corte ricorda la giurisprudenza in materia di art. 4 del Protocollo n. 4, in base alla quale tale norma risulterà disattesa ogni qualvolta vengano adottate misure nei confronti di stranieri in quanto gruppo, senza un esame attento ed obiettivo della specifica situazione di ciascuno straniero parte del gruppo (*Becker c. Danimarca* ⁽⁶⁵⁾ e *Čonka c. Belgio* ⁽⁶⁶⁾). Di conseguenza, riscontra facilmente l'esistenza di una violazione di tale disposizione nel caso di specie, in quanto il trasferimento dei ricorrenti in Libia era stato eseguito in assenza di identificazione e di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente ⁽⁶⁷⁾ (e d'altra parte, il personale a bordo delle unità navali militari non era in grado di condurre colloqui individuali, né a bordo delle navi italiane c'erano interpreti o legali).

6. Come ricordato *supra* ⁽⁶⁸⁾, il Governo aveva già sollevato un'eccezione preliminare per non esaurimento delle vie di ricorso interne, affermando che esisteva un mezzo di ricorso effettivo e che questo consisteva nell'adire le giurisdizioni interne per far valere le eventuali responsabilità penali degli ufficiali coinvolti. Ammetteva invece che sulla nave non sarebbe stato possibile adire le autorità nazionali. A tal proposito in realtà occorre sottolineare che, se anche ciò fosse stato possibile, la nave non viene ritenuta dall'UNHCR in via generale un luogo idoneo allo svolgimento delle procedure di identificazione (salvo in casi eccezionali, e per attività di *pre-screening* ⁽⁶⁹⁾).

Occorre inoltre ricordare che, secondo l'interpretazione dell'UNHCR, il principio di *non-refoulement* include in sé delle garanzie procedurali ⁽⁷⁰⁾. La Corte tuttavia ha preferito esaminare separata-

⁽⁶⁵⁾ Decisione di irricevibilità, 3 ottobre 1975.

⁽⁶⁶⁾ Sentenza 5 febbraio 2002. Cfr. FAVILLI, *Artt. 3 e 4 Protocollo n. 4*, in *Commentario breve alla Convenzione europea* (a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky), Padova, 2012, p. 866 ss.

⁽⁶⁷⁾ Aveva implicitamente riconosciuto la violazione di tale divieto anche la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo nel caso dei profughi haitiani.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. par. 2.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. UNHCR, *Protection Policy Paper, Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cd12d3a2.html>

⁽⁷⁰⁾ Anche il Comitato contro la tortura, nel caso *Agiza c. Svezia*, ha affermato che « the prohibition of refoulement contained in article 3 should be interpreted the

mente la doglianza relativa all'art. 13. A tal fine ricorda innanzitutto la sua giurisprudenza in tema di art. 13 in combinato disposto con l'art. 3⁽⁷¹⁾, e cioè che in tal caso un rimedio sarà effettivo solo se consente « un esame indipendente e rigoroso » e « la possibilità di far sospendere l'esecuzione della misura oggetto del ricorso »: sentenza *Jabari c. Turchia* dell'11 luglio 2000 (requisito, quest'ultimo, richiesto anche nell'ipotesi in cui sia allegata la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4⁽⁷²⁾: cfr. sentenza *Čonka c. Belgio* (73)).

Nel caso di specie la Corte osserva che i ricorrenti non hanno avuto accesso ad alcuna procedura indirizzata alla loro identificazione e alla verifica della loro situazione personale prima dell'esecuzione del loro allontanamento verso la Libia, né hanno ricevuto informazioni (74) sulla procedura per far valere il rischio di torture in Libia (al contrario, sarebbe stato fatto loro credere di essere diretti verso l'Italia).

Né, aggiunge la Corte, poteva essere considerato effettivo, proprio perché privo di effetto sospensivo, il mezzo di ricorso indicato dal Governo, di agire contro i militari coinvolti: come già affermato nel caso *Gebremedhin c. Francia*, e ribadito in *M.M.S. c. Belgio e Grecia* e da ultimo in *I.M. c. Francia* (75), « l'exigence, découlant de l'article 13, de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire ».

La Corte rigetta pertanto l'eccezione di non esaurimento dei ricorsi interni e al tempo stesso condanna l'Italia per violazione dell'art. 13, in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione e con l'art. 4 del Protocollo n. 4.

7. La sentenza *Hirsi* è molto importante perché afferma chiara-

same way to encompass a remedy for its breach, even though it may not contain on its face such a right to remedy for a breach thereof » (CAT/C/34/D/233/2003).

(71) Sul punto ci si permette di rinviare a LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, p. 20 ss. Su questo argomento merita di essere segnalata la recentissima sentenza *I.M. c. Francia*, del 2 febbraio 2012, con la quale la Corte ha condannato la Francia, *inter alia*, perché in materia di asilo (nell'ambito di una procedura accelerata) non consentiva un rimedio effettivo sospensivo.

(72) Finora non è stato considerato essenziale questo requisito invece in relazione all'art. 8 della Convenzione: cfr. sentenza *Souza de Ribeiro c. Francia*, del 28 giugno 2011. Si segnala però che è stato chiesto il riesame di tale caso davanti alla Grande Camera e che il 21 marzo 2012 si è tenuta un'udienza pubblica dinanzi la Grande Camera.

(73) Par. 79.

(74) Anche sull'importanza di ricevere informazioni circa la possibile procedura da seguire la Corte richiama quanto già affermato in *M.M.S. c. Belgio e Grecia*.

(75) Citata nella nota 71.

mente che non si possono respingere migranti verso Paesi dove rischiano trattamenti inumani e degradanti (o direttamente, per atti e/o omissioni imputabili a quello Stato, o indirettamente, perché da lì rischiano di essere rispediti verso il proprio paese di origine dal quale erano fuggiti). Non solo: indipendentemente dal luogo di destinazione (non solo se paese a rischio), non sono ammesse espulsioni collettive, cioè in gruppo, senza esame individuale del caso singolo. Infine, anche avverso i provvedimenti di respingimento dovrà essere assicurato l'accesso ad un mezzo di ricorso effettivo, che implichi un esame rigoroso e che abbia effetto sospensivo.

L'aspetto più importante è che tali diritti sono riconosciuti anche al di fuori delle acque territoriali. La Corte infatti chiaramente afferma che « la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les Etats se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction » (76).

Gli Stati quindi non possono sfuggire alle responsabilità derivanti dai trattati sui diritti umani solo perché agiscono al di fuori dei propri confini. Tuttavia, come abbiamo visto, la giurisprudenza della Corte in materia di giurisdizione, se pur ha avuto una grande evoluzione negli ultimi anni, permane oscillante. Dal punto di vista di una tutela ampia dei diritti umani, sarebbe auspicabile l'affermarsi di una nozione di giurisdizione intesa come capacità dello Stato di incidere sul rispetto dei diritti enunciati, indipendentemente dall'esistenza di un controllo su di una zona o una persona. Ciò permetterebbe di ritenere applicabile la Convenzione europea anche in altre ipotesi di esternalizzazione delle frontiere, che risultano problematiche in base ai paradigmi « spaziale » e « personale ». Alla luce di tali modelli, infatti, non sembra dovrebbero esserci problemi circa l'esistenza della giurisdizione nell'ipotesi in cui i migranti non siano fatti salire a bordo di una nave appartenente ad uno Stato parte della Convenzione, ma piuttosto scortati in maniera coatta nei porti di provenienza: anche in tal caso ci sembra sia possibile affermare l'esistenza di « authority and control over an individual » (77); così come non sembra dovrebbero sorgere troppi dubbi qualora i migranti fossero intercettati, invece che in alto mare, nelle acque territoriali di uno Stato terzo, con il consenso di quest'ultimo, o nel

(76) Par. 178, che riprende quanto già affermato in *Medvedyev*.

(77) Cfr. TERRASI, op. cit., p. 597.

caso in cui i controlli alle frontiere siano esercitati da organi di uno Stato ⁽⁷⁸⁾, parte della Convenzione, sul territorio di un altro Stato, con il consenso di quest'ultimo, e ciò qualora si tratti sia del territorio di un altro Stato membro (pensiamo agli accordi tra Francia e Gran Bretagna sullo stretto di Calais), sia del territorio di un Paese terzo ⁽⁷⁹⁾ (pensiamo agli accordi tra la Spagna e Paesi quali Marocco, Senegal, Mauritania) ⁽⁸⁰⁾.

Più problematica è l'ipotesi in cui vi siano pattugliamenti congiunti, come prevedeva il Protocollo tra Italia e Libia del 4 febbraio 2009 ⁽⁸¹⁾, in base al quale i due paesi si impegnavano ad organizzare pattugliamenti marittimi con equipaggi composti da un numero uguale di italiani e libici, con esperienza e competenze equivalenti, prevedendo che le pattuglie fossero condotte « in acque italiane e internazionali sotto la supervisione di personale italiano e con la partecipazione da parte dei membri dell'equipaggio libici, e nelle acque libiche e internazionali sotto la supervisione di personale libico e con la partecipazione di membri dell'equipaggio italiani ». Nel primo caso, qualora cioè il controllo dell'operazione sia nelle mani italiane, sicuramente sussisterà la responsabilità italiana. Che dire però dell'ipotesi inversa, qualora la direzione sia pienamente nelle mani dei libici? Quale sarebbe

⁽⁷⁸⁾ Per l'ipotesi in cui i controlli siano privatizzati cfr. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum*, Cambridge, 2011, p. 217 ss.

⁽⁷⁹⁾ Secondo NIGRO, *The Notion*, cit., nel caso di violazioni commesse sul territorio di uno Stato terzo, « The ECHR has effectively required a more stringent test of State involvement in the alleged violation » (cita a tal proposito la decisione *Issa c. Turchia*).

⁽⁸⁰⁾ In tal senso si è pronunciato il Comitato contro la tortura nel caso *J.H.A. v. Spain* (CAT/C/41/D/323/2007, del 21 novembre 2008), relativo al soccorso dell'imbarcazione *Marine I*, con a bordo 369 migranti di origini africana e asiatica, ad opera della Guardia costiera spagnola al largo delle coste occidentali africane. Le persone soccorse in mare furono successivamente in gran parte trasferite, contro la loro volontà, in Mauritania, dove, in base ad un accordo tra Spagna e Mauritania, i migranti sarebbero rimasti sotto la custodia della Spagna e successivamente rimpatriati. Alcuni di essi (di nazionalità indiana) hanno poi fatto ricorso al Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite, che, pur non arrivando a pronunciarsi nel merito per un difetto di legittimazione attiva (il ricorso era stato presentato non direttamente dalle vittime delle violazioni, bensì da un'associazione spagnola impegnata nella tutela dei migranti), ha affermato che la Spagna ha esercitato la propria giurisdizione « from the time the vessel was rescued and throughout the identification and repatriation process that took place at Nouadhibou », ribadendo quanto già previsto nel *General Comment No 2*, secondo il quale la giurisdizione di uno Stato parte « must also include situations where a State party exercises, directly or indirectly, *de facto* or *de jure* control over persons in detention ». Cfr. WOUTERS, DEN HEIJER, *The Marine I Case: a Comment*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2010, p. 1 ss.

⁽⁸¹⁾ Che aveva parzialmente modificato l'Accordo tra Italia e Libia del 29 dicembre 2007. Cfr. par. 19 della sentenza *Hirsi*.

stata la conclusione della Corte, se il ricorso *Hirsi* avesse riguardato dei respingimenti effettuati secondo questo schema? O piuttosto, la domanda da porsi è: come li vedrebbe in futuro se i trattati saranno riattivati, dopo la sospensione, in forma identica ⁽⁸²⁾?

Che dire infine del caso in cui, attraverso accordi, uno Stato parte della Convenzione europea deleghi completamente uno Stato terzo a bloccare i migranti prima che questi entrino nelle proprie acque territoriali, anche se in palese violazione del divieto di *refoulement* o di espulsioni collettive ⁽⁸³⁾? Secondo i principi in materia di attribuzione della responsabilità sarebbe ancora possibile immaginare in questo caso una responsabilità per complicità (art. 16 del progetto sulla responsabilità degli Stati) ⁽⁸⁴⁾. Tuttavia, la Corte finora non si è mai occupata di una tale ipotesi ⁽⁸⁵⁾, ed inoltre è innegabile che la prova del «*jurisdic-*

⁽⁸²⁾ Sulla questione dei pattugliamenti congiunti Italia-Libia, alla luce in particolare del principio di *non-refoulement* quale consacrato nella Convenzione di Ginevra, cfr. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, *Diritti umani e diritto int.*, 2010, p. 487 ss., in particolare pp. 502-503.

⁽⁸³⁾ Anche se la Libia non è parte della Convenzione di Ginevra, è in ogni caso tenuta a rispettare il principio di *non-refoulement* e il divieto di espulsioni collettive, trattandosi in entrambi i casi, secondo la maggior parte della dottrina, di norme consuetudinarie: cfr. per quanto riguarda il principio di *non-refoulement* PISILLO MAZZESCHI, BARTOLINI, *The Right to Asylum Sixty Years after the Universal Declaration of Human Rights*, in *60 Años Después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros* (a cura di Aguilar Cavallo), Santiago de Chile, 2008, p. 362 e dottrina ivi citata (per quanto concerne la portata di tale regola consuetudinaria cfr. anche SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement*, cit., spec. p. 511 ss.); in relazione al divieto di espulsioni collettive, cfr. PALMISANO, op. cit., p. 521, che richiama il *Third Report on the Expulsion of Aliens dello Special Rapporteur Maurice Kamto*, del 19 aprile 2007, A/CN.4/581, par. 115.

⁽⁸⁴⁾ WEINZIERL, LISSON, *Border Management and Human Rights: A Study of EU Law and Law of the Sea*, Berlin, 2007, p. 79; FISCHER-LESCANO, LÖHR, TOHIDIPUR, *Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2009, p. 280; DEN HEIJER, *Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control*, in *Extraterritorial Immigration*, cit., p. 193 ss.

⁽⁸⁵⁾ Come è noto, perché si verifichi un'ipotesi di complicità, occorre che entrambi gli Stati siano destinatari dell'obbligo primario. La Libia non è parte della Convenzione europea, ma è comunque tenuta al rispetto del principio di *non-refoulement*, sia in quanto ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) sui rifugiati del 1969 (che prevede all'art. II(3) il suddetto principio), sia perché, come ritiene la maggior parte della dottrina (cfr. nota 83) tale principio avrebbe ormai acquisito rango consuetudinario. Ci si chiede allora se la Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe condannare uno Stato parte della Convenzione per attività di aiuto e assistenza nei confronti di uno Stato terzo, laddove l'obbligo primario sarebbe identico nella sostanza (principio di *non-refoulement*) ma diversa la fonte: per lo Stato parte l'art. 3 della Convenzione, per lo Stato terzo un diverso strumento regionale (ad esempio la Convenzione OUA sui rifugiati), posto che per entrambi gli Stati sussisterebbe anche un analogo obbligo in via consuetudinaria.

tional link » ai fini dell'applicabilità extraterritoriale della Convenzione europea risulterebbe difficile, soprattutto se si mantiene il paradigma del « control over an area or an individual ».

In altre parole, se è vero che la prassi degli Stati rischia, consapevolmente o inconsapevolmente, attraverso atti commessi, o che producono effetti, al di fuori del proprio territorio, di fuoriuscire dall'ambito di applicazione della Convenzione, ci sembra che la Corte di Strasburgo, con le pronunce più recenti ⁽⁸⁶⁾, stia cercando di rispondere a tali sfide restringendo l'ambito di limbo giuridico degli Stati quando operano extraterritorialmente. Il caso *Hirsi*, che riguarda uno dei modi in cui gli Stati hanno cercato di aggirare gli obblighi derivanti dalla Convenzione, è infatti paradigmatico di come « the ECtHR is catching up and the law on extraterritorial human rights obligations is much more developed today than ten years ago » ⁽⁸⁷⁾. Tuttavia rimangono, come abbiamo visto, delle ipotesi di esternalizzazione delle frontiere per le quali risulta problematico ritenere esistente la giurisdizione ai sensi della Convenzione.

Queste riflessioni valgono anche nel caso di intercettazioni poste in essere nell'ambito di Frontex ⁽⁸⁸⁾, l'agenzia dell'Unione Europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea ⁽⁸⁹⁾, costituita con il regolamento n. 2004/2007 (recentemente modificato dal regolamento n. 1168/2011) e che è stata sicuramente coinvolta in passato in casi di intercettazioni ⁽⁹⁰⁾. Una delle maggiori critiche rivolte a tale agenzia riguarda

⁽⁸⁶⁾ Si pensi, oltre al caso *Hirsi*, al caso *Al-Skeini c. Regno Unito*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. GAMMELTOFT-HANSEN, intervistato da ECRE il 30 febbraio 2012, <http://www.chrgj.org/press/docs/ThomasGammeltoft-HansenInterview-1.pdf>.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. MORENO LAX, op. cit., p. 200 ss.; GOODWIN-GILL, op. cit., p. 7 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in *Europa e Mediterraneo*, cit., p. 403 ss. Per alcune osservazioni relative alla proposta di modifica, ma che valgono anche per il testo definitivamente adottato cfr. GUILD, CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies, Frontex, Europol and the European Asylum Support Office, Report requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE)*, Brussels, 2011, pp. 39-42.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. le operazioni HERA: in particolare a partire da HERA II, Frontex è stata coinvolta in vere e proprie intercettazioni nelle acque territoriali dei paesi terzi di provenienza dei migranti (principalmente Senegal, Mauritania e Capo Verde), con il coinvolgimento delle autorità di questi ultimi: i migranti intercettati sono stati 3887: cfr. *Longest FRONTEx coordinated operation — HERA, the Canary Islands*, News Releases, 19/12/2006, reperibile su http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art8.html. Cfr. BALDACCINI, *Extraterritorial Borders Control in the EU: the Role of Frontex in Operations at Sea*, in *Extraterritorial Immigration*, cit., p. 239 e CARRERA, *The EU Border Management Strategy FRONTEx and the Challenges of Irregular Immigra-*

proprio la non chiarissima ripartizione di responsabilità ⁽⁹¹⁾ tra Stati partecipanti alle missioni e Agenzia (e quindi Unione Europea), come osservato anche a livello istituzionale: cfr. la risoluzione (richiamata nel testo della sentenza *Hirsi* ⁽⁹²⁾) n. 1821 del 21 giugno 2011 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che al punto 10 prevede: « L'Assemblée est inquiète de l'absence de clarté en ce qui concerne les responsabilités respectives des Etats membres de l'Union Européenne et de Frontex et du manque de garanties adéquates du respect des droits fondamentaux et des normes internationales dans le cadre des opérations conjointes coordonnées par cette agence. Alors que l'Assemblée se félicite des propositions présentées par la Commission européenne pour modifier le règlement de cette agence afin de renforcer les garanties du plein respect des droits fondamentaux, elle les juge insuffisantes et souhaiterait que le Parlement européen soit chargé du contrôle démocratique des activités de cette agence, notamment eu égard au respect des droits fondamentaux » ⁽⁹³⁾. Tuttavia, fino a quando non giungerà a termine il processo di adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea, alcune violazioni, riconducibili direttamente all'Agenzia, e non implicanti poteri discrezionali degli Stati coinvolti, potrebbero essere escluse dallo scrutinio dinanzi alla Corte di Strasburgo ⁽⁹⁴⁾. Vi sarebbe pur sempre la possibilità di adire la Corte di giustizia, in quanto, a partire dall'entrata in vigore del

*tion in the Canary Islands, Justice and Home Affairs CEPS Working Document No. 261, 2007, p. 19 ss. È da segnalare che Frontex è stato accusato da Human Rights Watch di aver preso parte, almeno in un'occasione, ai respingimenti Italia-Libia del 2009 (non però a quello oggetto del caso *Hirsi*): cfr. il rapporto *Pushed Back, Pushed Around*, p. 37. Frontex, da parte sua, ha escluso ogni coinvolgimento; tuttavia, è innegabile che il periodo in cui ha operato NAUTILUS (aprile-ottobre 2009) coincida con quello dei respingimenti dall'Italia verso la Libia e inoltre, come osservato da GUILD, CARRERA, DEN HERTOEG, PARKIN, op. cit., p. 57 « the operation plan of NAUTILUS has remained secret, so it is difficult to corroborate » quanto affermato da Frontex.*

⁽⁹¹⁾ BALDACCINI, op. cit., p. 233. Cfr. anche Odysseus Network, *Setting up a Common European Asylum System: Report on the application of existing instruments and proposals for the new system, Report for the European Parliament*, Brussels, 2010, pp. 374-375.

⁽⁹²⁾ Par. 27.

⁽⁹³⁾ La proposta è stata poi adottata il 25 ottobre 2011: cfr. il regolamento n. 1168/2011, che modifica il reg. 2007/2004.

⁽⁹⁴⁾ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte europea in materia cfr. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Études en bonneur de A. Weitzel*, in corso di stampa, nonché BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, e bibliografia ivi indicata. Anche successivamente all'adesione potrebbero sorgere problemi « di non facile soluzione tutte le volte in cui, quale che sia la natura e l'efficacia dell'atto, occorra stabilire se di fatto ci fu l'attivarsi dello Stato »: cfr. SAPIENZA, op. cit., p. 26. Come è noto, è stata proposta a tal fine la contemporanea presenza dello Stato

Trattato di Lisbona, che ha modificato l'art. 230 TFUE (ora art. 263 ⁽⁹⁵⁾), essa può esercitare « un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi ». Tuttavia, come è stato osservato ⁽⁹⁶⁾, le modalità operative di tale agenzia, che tende ad evitare contatti diretti con individui ⁽⁹⁷⁾, rendono di fatto difficile, a eventuali vittime di violazioni, accedere a tale rimedio. Inoltre, la mancanza di informazioni sulle attività concrete svolte da Frontex, sugli Stati terzi ai quali vengono riconsegnati i migranti intercettati, sull'eventuale numero di richiedenti asilo in operazioni di intercettazione in mare, comporta ostacoli a volte insormontabili nella prova di eventuali inadempienze. Occorre infine osservare che spesso il quadro in cui Frontex viene ad operare è molto complesso, essendo caratterizzato da una molteplicità di attori: lo Stato che « ospita » la missione, gli Stati partecipanti, lo stesso Frontex, in alcuni casi anche Europol ⁽⁹⁸⁾ (e probabilmente in futuro anche la nuova agenzia EASO), eventualmente altre organizzazioni internazionali, come la NATO ⁽⁹⁹⁾, e infine Stati terzi ⁽¹⁰⁰⁾:

e dell'Unione in qualità di « co-respondents ». Cfr. su tale meccanismo le osservazioni di CONFORTI, op. cit.

⁽⁹⁵⁾ Sulle modifiche apportate dal Trattato in tema di giustizia cfr. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Rivista, 2010, p. 45 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. GUILD, CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, op. cit., p. 106.

⁽⁹⁷⁾ Motivo per cui sarebbe difficile ipotizzare una legittimazione attiva delle persone vittime di eventuali violazioni.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. GUILD, CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, op. cit., p. 103.

⁽⁹⁹⁾ Che ad esempio a partire dal 2002 ha assistito la Grecia (GUILD, CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, op. cit., p. 103) in operazioni di contrasto all'immigrazione irregolare a fini di lotta al terrorismo, sull'assunto, piuttosto inverosimile, che i terroristi scelgano di affrontare pericolosi viaggi su barconi attraverso il Mediterraneo. La NATO è stata tra l'altro recentemente accusata di non aver soccorso, nel mese di maggio 2011, un'imbarcazione proveniente dalla Libia con a bordo 72 persone, inclusi donne e bambini. Secondo la testimonianza dei sopravvissuti, un elicottero — che si ritiene appunto facente parte della coalizione dei paesi NATO impegnati in quei giorni per l'intervento in Libia (sul quale si rinvia a PICONE, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia, Diritti umani e diritto int.*, 2011, p. 213 ss.), avrebbe sorvolato l'imbarcazione limitandosi a gettare a bordo bottiglie d'acqua e biscotti, senza ulteriormente attivare i soccorsi: 61 passeggeri sono morti di stenti sul barcone lasciato alla deriva. L'Assemblea del Consiglio d'Europa ha deciso di aprire un'inchiesta sull'accaduto e il 29 marzo 2012 il PACE Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons ha approvato il rapporto « Lives lost in the Mediterranean Sea: who is responsible? », dal quale si evincono gravi inadempienze e omissioni della NATO, oltre che dell'Italia e della Spagna: cfr. http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2012/20120329_mig_RPT.EN.pdf.

⁽¹⁰⁰⁾ Non sembra però condivisibile, sul piano dei principi in materia di responsabilità, il tentativo di Frontex di considerare *tout court* responsabile lo Stato terzo, nel caso di pattugliamenti congiunti: cfr. sul punto DEN HEIJER, op. cit., p. 191, e MORENO LAX, op. cit., p. 200 ss.

districare la complessa rete di azioni/imputabilità/responsabilità può essere difficile ⁽¹⁰¹⁾.

Infine, ci sembra opportuno sottolineare un'ulteriore probabile conseguenza, e cioè un aumento degli sbarchi e un'ulteriore pressione sul sistema di accoglienza in Italia, già oggetto di critiche — soprattutto per quanto riguardava le persone più vulnerabili — prima degli eventi del 2011 ⁽¹⁰²⁾, al punto che alcuni tribunali nazionali (in particolare tedeschi ⁽¹⁰³⁾), e la Corte di Strasburgo ⁽¹⁰⁴⁾, hanno ordinato in taluni casi, come misura provvisoria, di non trasferire verso l'Italia — paese di primo asilo ⁽¹⁰⁵⁾ — persone che ritenevano di poter essere ivi esposte a trattamenti inumani e degradanti in virtù dell'inefficiente sistema di accoglienza.

8. Per concludere, la sentenza *Hirsi* è fondamentale, sia per l'Italia, sia più in generale per le politiche migratorie dei Paesi europei. Resta da verificare se in futuro i principi in essa espressi saranno rispettati. Come abbiamo visto, la Corte non solo condanna la pratica dei respingimenti in mare, ma potrebbe potenzialmente riguardare anche altre ipotesi di esternalizzazione dei controlli delle frontiere, sia

⁽¹⁰¹⁾ Conclude a tal proposito il rapporto summenzionato (p. 106): « There are possibilities for joint liability of the agency and Member States, but procedural and jurisdictional obstacles remain ».

⁽¹⁰²⁾ Sulla situazione successiva agli sbarchi cfr. NASCIBENE, DE PASCALE, *The 'Arab Spring' and the Extraordinary Influx of People who Arrived in Italy from North Africa*, *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 341 ss. Per un'analisi delle condizioni di accoglienza in Italia cfr.: *Italy: Amnesty International findings and recommendations to the Italian authorities following the research visit to Lampedusa and Mineo*, <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR30/007/2011/en>; *Grave preoccupazione per le ripetute violazioni del diritto nei riguardi degli stranieri respinti, espulsi o trattenuti nei CIE, dei richiedenti asilo e dei lavoratori stranieri*, http://www.asgi.it/public/parser_download/save/1_asgicomunicati.12811.pdf. Cfr. anche le critiche contenute nel rapporto del Commissario per i diritti dell'uomo Thomas Hammarberg del 7 settembre 2011, CommDH(2011)26.

⁽¹⁰³⁾ Per i riferimenti ai casi tedeschi cfr. p. 10 del rapporto di Pro Asyl, *The Living Conditions of Refugees in Italy*, 2011.

⁽¹⁰⁴⁾ In applicazione dell'art. 39 del regolamento interno. Cfr. le misure adottate il 12 giugno 2009 (ricorso n. 30815/09, *D.H. c. Finlandia*: il caso è poi stato cancellato dal ruolo il 28 giugno 2011 perché nel frattempo il ricorrente aveva ricevuto un permesso di soggiorno e non rischiava più di essere trasferito in Italia); il 15 luglio 2009 (ricorso n. 37159/09, *H.A.U. c. Finlandia*: il 10 gennaio 2012 il ricorso è stato parzialmente cancellato dal ruolo perché nel frattempo il ricorrente aveva ottenuto un permesso di soggiorno in Italia; la restante parte del ricorso è stata invece dichiarata irricevibile); il 14 gennaio 2010 (ricorso n. 2303/10, *S.I.A. c. Paesi Bassi e Italia*); il 1° ottobre 2010 (ricorso n. 56424/10, *A.A. c. Svezia*).

⁽¹⁰⁵⁾ Ai sensi del cd. regolamento Dublino. Cfr. in proposito la citata sentenza *M.M.S. c. Belgio e Grecia*.

qualora tali pratiche trovino la propria base giuridica in accordi interstatali, sia qualora la fonte sia piuttosto un accordo tra Stato terzo e Unione Europea ⁽¹⁰⁶⁾.

Per quanto riguarda l'Italia, all'indomani della pubblicazione della decisione *Hirsi* il Presidente del Consiglio Monti dichiarò che le future scelte del Governo sarebbero state prese « alla luce della sentenza » ⁽¹⁰⁷⁾ e il Ministro degli interni Cancellieri assicurò, con riferimento in particolare ai contatti con il nuovo Governo libico, che ogni iniziativa sarebbe stata « improntata al rispetto dei diritti umani » ⁽¹⁰⁸⁾. Il 3 aprile è stata raggiunta a Tripoli « un'intesa per il contrasto all'immigrazione clandestina » ⁽¹⁰⁹⁾, della quale nel momento in cui si scrive non si conoscono i contenuti. È noto invece che la Libia non ha ancora ratificato la Convenzione di Ginevra e che, come sottolineato da diversi organismi internazionali (Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ⁽¹¹⁰⁾, Amnesty International ⁽¹¹¹⁾ e Médecins Sans Frontières ⁽¹¹²⁾), tuttora vi sono rischi di violazioni di diritti umani, soprattutto per quanto riguarda il trattamento dei detenuti (tra di essi molte persone dell'Africa sub-sahariana, accusate di essere lealiste di Gheddafi).

⁽¹⁰⁶⁾ Com'è noto, l'Unione Europea deve rispettare i diritti umani, quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dalla Convenzione europea e ovviamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quest'ultima prevede esplicitamente, all'art. 19, il principio di *non-refoulement* e il divieto di espulsioni collettive, e all'art. 47 il diritto ad un rimedio effettivo (sull'impatto dell'entrata in vigore della Carta sull'attività di Frontex cfr. GUILD, CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, op. cit.). Non solo, secondo le Spiegazioni annesse alla Carta (che a partire dal Trattato di Lisbona vengono esplicitamente menzionate nel testo della Carta: cfr. art. 52 par. 6) « [i]l significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea » (Spiegazione relativa all'art. 52 - Portata e interpretazione dei diritti e dei principi).

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *La Repubblica*, 24 febbraio 2012: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/02/24/immigrati-respinti-la-corte-ue-condanna-it.lia.html>

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁹⁾ Notizia ANSA del 3 aprile 2012, che aggiunge: « L'accordo prevede collaborazione contro le organizzazioni criminali che gestiscono il traffico dei migranti, nella formazione per le forze di polizia, per il controllo delle coste e il rafforzamento della sorveglianza delle frontiere libiche, per favorire il rientro volontario dei migranti nei paesi di origine »: http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2012/04/03/visualizza_new.html_160682604.html

⁽¹¹⁰⁾ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11782&LangID=E>

⁽¹¹¹⁾ <http://www.amnesty.org/en/news/libya-deaths-detainees-amid-widespread-torture-2012-01-26>

⁽¹¹²⁾ <http://www.msf.org/msf/articles/2012/01/libya-detainees-tortured-and-denied-medical-care.cfm>

Per quanto concerne l'Unione Europea, l'atteggiamento sulla questione dei respingimenti è stato finora ambiguo ⁽¹¹³⁾: l'allora vicepresidente della Commissione, Barrot, in una sua lettera del 15 luglio 2009, indirizzata al presidente della Commissione LIBE del Parlamento europeo ⁽¹¹⁴⁾, aveva ribadito che gli obblighi comunitari devono essere applicati nel rispetto dei diritti fondamentali (a tal fine aveva richiamato esplicitamente il principio di *non-refoulement*, nell'interpretazione offerta dalla Convenzione europea) ⁽¹¹⁵⁾. Come logica conseguenza, la Commissione aveva invitato il Governo italiano a fornire maggiori informazioni. Tuttavia, nessuna procedura di infrazione è stata poi intrapresa nei confronti dell'Italia, come ci si sarebbe potuti aspettare ⁽¹¹⁶⁾; e anzi la Commissione aveva continuato a negoziare un accordo — contenente anche norme in materia di riammissione — con la Libia, incurante del non rispetto dei diritti umani in tale Paese, salvo sospendere le trattative successivamente agli eventi che hanno interessato tale paese nel 2011 ⁽¹¹⁷⁾. Più sensibile si era mostrato il Parlamento europeo: in una raccomandazione approvata in seduta plenaria il 20 gennaio 2011 ⁽¹¹⁸⁾ aveva avvertito che non avrebbe dato il suo consenso ⁽¹¹⁹⁾ alla stipula di un tale trattato ⁽¹²⁰⁾ se la Libia non si fosse impegnata a garantire protezione ai migranti e ai rifugiati e ad accettare la presenza formale dell'Alto Commissariato per i rifugiati dell'Onu.

⁽¹¹³⁾ Vi è chi lo ha definito « rather schizophrenic »: cfr. TONDINI, op. cit., p. 15.

⁽¹¹⁴⁾ Questi aveva chiesto un parere alla Commissione sulla conformità dei suddetti respingimenti con il diritto dell'Unione Europea.

⁽¹¹⁵⁾ Aggiungendo che, secondo la Commissione, il Codice Frontiere Schengen è applicabile alle « activités de surveillance des frontières effectuées en mer, que ce soit dans les eaux territoriales, la zone cointiguë, la zone économique exclusive ou en haute mer ». Sulla questione cfr. MORENO LAX, op. cit., p. 174 ss. e DEN HEIJER, op. cit., p. 169 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Il direttore generale della Direzione generale interni della Commissione europea ha dichiarato che la stessa si sarebbe espressa al riguardo solo dopo aver avuto modo di conoscere l'opinione della giustizia italiana e della Corte di Strasburgo (notizia del 14 luglio 2010 tratta dal sito www.migrantsatsea.wordpress.com).

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. la dichiarazione dell'Alto rappresentante dell'Unione Europea Catherine Ashton del 22 febbraio 2011 (notizia reperibile sul sito www.migrantsatsea.wordpress.com).

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. doc. 2010/2268(INI). Come osserva FRENZEN, in un *post* del 26 gennaio 2011 pubblicato sul sito www.migrantsatsea.wordpress.com, si tratta tuttavia di una « slightly watered-down recommendation » se la si confronta con il progetto iniziale redatto dalla parlamentare Ana Gomes nel mese di novembre 2010, che in maniera più radicale invocava la cessazione delle negoziazioni con la Libia.

⁽¹¹⁹⁾ Sui poteri del Parlamento europeo dopo il Trattato di Lisbona, in materia di conclusione di accordi internazionali cfr. art. 218 TFUE.

⁽¹²⁰⁾ Tale accordo avrebbe dovuto coprire le relazioni politiche, l'immigrazione e l'energia.

Attualmente sono in corso nuovi negoziati e il 2 marzo 2012 è partita una missione UE in Libia per valutare i bisogni della Libia in termini di assistenza per il controllo delle frontiere. Nel comunicato ⁽¹²¹⁾ che annuncia tale iniziativa non vi è però alcun richiamo alle esigenze di protezione prospettate dal Parlamento.

A nostro avviso, sulla questione della tutela effettiva di migranti e rifugiati, sia all'interno del territorio degli Stati membri, sia al di fuori di esso, attraverso le prassi di esternalizzazione evidenziate prima, si giocherà buona parte della credibilità dell'Unione Europea circa la sua reale volontà di rispettare i diritti umani e di essere una comunità basata sulla « rule of law » ⁽¹²²⁾.

ANNA LIGUORI

⁽¹²¹⁾ Cfr. comunicato del 2 marzo 2012 reperibile al *link* http://eeas.europa.eu/libya/index_en.htm.

⁽¹²²⁾ Come affermato dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento* (causa 294/83), *Raccolta*, 1986, p. 1339 ss.