
**L' ESTERNALIZZAZIONE DELLE
FRONTIERE E DELLA GESTIONE DEI
MIGRANTI: POLITICHE MIGRATORIE
DELL'UNIONE EUROPEA ED EFFETTI
GIURIDICI**

Aggiornato a dicembre 2019

Indice generale

1. Esternalizzazione delle frontiere: una possibile definizione, precedenti e contesti.....	4
2. Il contesto: la politica dell'Unione europea e degli Stati membri.....	4
2.1 Le tappe più recenti dello sviluppo della dimensione esterna delle politiche dell'immigrazione e dell'asilo.....	5
2.2 Il Piano di azione sulle misure per sostenere l'Italia e ridurre la pressione migratoria nel Mediterraneo centrale del 4 luglio 2017.....	9
2.3 La dichiarazione congiunta di Parigi dell'agosto 2017.....	10
2.4. L'European Trust Fund, il Fondo Africa ed i finanziamenti da essi alle Agenzie Onu.....	12
2.5 Il ruolo delle organizzazioni internazionali in Libia come contrappeso alle politiche di esternalizzazione.....	13
2.5.1 Sulla esternalizzazione del diritto di asilo, il reinsediamento e il ruolo di UNHCR.....	14
2.6 Un filtro fisico all'ingresso in Europa di persone che esercitano la loro libertà di movimento ed il diritto a richiedere la protezione internazionale.....	18
3. L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: gli effetti giuridici.....	19

1. Esternalizzazione delle frontiere: una possibile definizione, precedenti e contesti

L'esternalizzazione del controllo delle frontiere e del diritto dei rifugiati può essere definito come l'insieme delle azioni economiche, giuridiche, militari, culturali, prevalentemente extraterritoriali, poste in essere da soggetti statali e sovrastatali, con il supporto indispensabile di ulteriori attori pubblici e privati, volte ad impedire o ad ostacolare che i migranti (e, tra essi, i richiedenti asilo) possano entrare nel territorio di uno Stato al fine di usufruire delle garanzie, anche giurisdizionali, previste in tale Stato, o comunque volte a rendere legalmente e sostanzialmente inammissibili il loro ingresso o una loro domanda di protezione sociale e/o giuridica¹.

L'esternalizzazione è dunque un meccanismo complesso che vede l'intervento di differenti attori che, pur svolgendo ruoli diversi, contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi posti: le istituzioni della UE, i singoli Stati membri, alcuni Stati non appartenenti all'Unione Europea (in particolare, per quanto interessa ai fini del presente scritto, alcuni Paesi africani), l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e l'Organizzazione Internazionale delle migrazioni (OIM).

Nell'ambito del presente documento Asgi, facendo uso delle analisi, delle azioni e delle discussioni prodotte nel corso degli ultimi anni, offre una lettura del fenomeno focalizzando le politiche di esternalizzazione volte ad impedire o limitare l'accesso delle persone straniere attraverso la rotta del Mare Mediterraneo centrale, nonché nell'ottica della verifica del rispetto delle norme costituzionali, europee ed internazionali che tutelano i diritti fondamentali delle persone e della conseguente ricerca di strumenti giuridici di contrasto alle violazioni verificate.

Prima di esaminare le conseguenze giuridiche di tali azioni, ciò che sarà fatto nel paragrafo 3, appare tuttavia indispensabile procedere ad un'analisi del contesto politico in cui le stesse si inseriscono.

¹ IS questo senso anche Bill Frelick, Ian M. Kysel, Jennifer Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, Volume 4, n. 4, 2016, Ed. Center for Migration Studies of New York, al link <http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/68>. La definizione riportata in testo, invero, tiene conto anche delle recenti discussioni e proposte di riforma del Sistema Europeo Comune di Asilo, estranea alla definizione dei citati Autori e comunque non oggetto di questo scritto.

2. Il contesto: la politica dell'Unione europea e degli Stati membri

2.1 Le tappe più recenti dello sviluppo della dimensione esterna delle politiche dell'immigrazione e dell'asilo

Il meccanismo delle esternalizzazioni delle frontiere non è recente.

Non si può dimenticare che fu già con la conferenza di Evian del luglio 1938, organizzata al fine di migliorare l'accoglienza degli ebrei in fuga dai territori tedeschi ed austriaci a seguito della persecuzione nazista, che gli Stati democratici impedirono l'ingresso regolare agli ebrei ed anzi stabilirono di negoziare con lo stesso regime nazista qualche loro forma di controllo e la limitazione della loro emigrazione, che così non fu più consentita in modo legale e finì con agevolare il successivo genocidio. Una delle prime considerazioni della Risoluzione finale di quella Conferenza riguardava le conseguenze sull'economia globale, che si affermava come "turbata" dalla forzata emigrazione di massa degli ebrei; la Risoluzione ricordava la difficile situazione economica in cui si trovavano i Paesi d'asilo, provati dalla crisi economica del 1929 e segnati dalla disoccupazione e, in nome di vari problemi - economici, sociali, di ordine pubblico -, le frontiere rimasero così di fatto chiuse. In quella conferenza furono fatte affermazioni assai simili a quelle che tuttora fanno gli Stati democratici di fronte alle migrazioni, anche di asilanti².

All'esito di quella conferenza non si espresse alcuna condanna delle leggi razziste tedesche, ma si affermò la necessità di individuare proprio con la Germania le modalità per consentire l'emigrazione di ebrei tedeschi e austriaci. Il risultato fu l'acuirsi della persecuzione nazista, fino allo sterminio, e il crescere dell'emigrazione clandestina, con clamorosi episodi di respingimento di ebrei.

Nelle più recenti politiche europee in materia di immigrazione e di asilo la esternalizzazione del controllo delle frontiere risale alla Convenzione del 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen, nella quale si stabilisce l'obbligo per il vettore di riprendere immediatamente a suo carico e a sue spese lo straniero da esso trasportato che sia respinto perché sprovvisto dei documenti e dei presupposti per l'ingresso. Questo principio trasferisce oneri anche economici sui vettori pubblici e privati, il che induce i vettori stessi a controllare tutti i presupposti e i documenti che consentono il regolare ingresso nel territorio dello Stato in cui il viaggiatore intende recarsi. Di fatto così i controlli sulle persone straniere sono anticipati e spostati a carico dei vettori prima della partenza dal paese di partenza. Tale obbligo è tuttora previsto nei regolamenti dell'UE che regolano l'attraversamento delle frontiere e nelle legislazioni di tutti gli Stati UE, tra cui l'Italia nell'art. 10 d. lgs. n. 286/1998.

² "L'emigrazione involontaria di una grande massa di popolazione ha raggiunto proporzioni talmente ampie da acuire i problemi di razza e religione, [...] accresce il disagio internazionale e [...] rischia di ostacolare il processo di pacificazione in atto nelle relazioni internazionali?" (dalla Risoluzione finale della Conferenza di Evian).

Si noti peraltro che tale principio finisce col rendere molto difficile il viaggio regolare non tanto e non solo al migrante alla ricerca di un lavoro, quanto soprattutto proprio alla grande maggioranza dei richiedenti asilo, i quali da sempre sono costretti a fuggire dal proprio Paese senza un passaporto e senza un visto di ingresso che deve essere apposto su quel passaporto, il che è impossibile per chi percepisca il rischio concreto e attuale di essere perseguitato dalle autorità del proprio Paese a cui dovrebbe chiedere il passaporto. E' proprio questo principio che alla fine si rivela del tutto controproducente sia per il diritto di asilo, sia per il controllo delle frontiere: da un lato gli asilanti sprovvisti di passaporti e visti mai possono ipotizzare un regolare viaggio aereo o marittimo per fuggire dal proprio paese, e dall'altro lato la gran parte degli ingressi degli asilanti deve avvenire in modo irregolare e spesso mediante l'opera pericolosa e costosa di persone senza scrupoli.

L'esternalizzazione è poi ulteriormente cresciuta in qualità e in quantità allorché ogni Stato e la stessa UE hanno concluso accordi di riammissione delle persone in situazione di soggiorno irregolare, i quali riguardano tutti coloro che siano transitati irregolarmente dal territorio dello Stato estero firmatario, così spostando su tale Stato l'onere di un più forte controllo delle sue frontiere.

Espressione del medesimo principio sono anche importanti istituti inseriti dal 2003 in poi nelle norme dell'UE in materia di protezione internazionale ed in particolare la facoltà data ad ogni Stato dell'UE di designare taluni Stati quali Paesi di transito sicuri³, il che di fatto delega proprio su questi ultimi l'onere di farsi carico dell'esame delle domande di asilo di cittadini stranieri e della relativa accoglienza e, ovviamente, li induce a controllare ancor di più le proprie frontiere per evitare di fare entrare nel proprio territorio persone straniere delle quali dovrebbero farsi carico, anche se si tratti di persone in transito che in realtà vorrebbero chiedere protezione in un determinato Stato dell'UE.

Pertanto si può affermare che, sebbene negli ultimi anni vi sia stato uno nuovo e progressivo sviluppo della dimensione esterna delle politiche migratorie dell'UE, il tentativo di implementare politiche extraterritoriali volte a regolamentare la protezione internazionale escludendo in primo luogo la giurisdizione immediata, non è affatto nuovo

Risale poi alla seconda metà degli anni ottanta del '900 il tentativo di alcuni Stati (quelli maggiormente coinvolti nella gestione dei flussi migratori) di creare un approccio extraterritoriale alle politiche rivolte ai rifugiati ed ai richiedenti asilo politico volto a sperimentare politiche di "non ingresso" nel territorio delle persone al fine di sottrarle alla possibilità di usufruire della giurisdizione statale⁴.

3 Si consideri, ad esempio, la Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

4Si veda, sul punto James C. Hathaway e Thomas Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, 2014, Law & Economics Working Papers. 106: "Negli ultimi tre decenni, anche se gli Stati più potenti hanno vigorosamente affermato il loro impegno nel rispetto del diritto dei rifugiati, hanno lavorato assiduamente alla progettazione e all'attuazione di politiche di "non entrée" che cercano di impedire alla maggior parte dei profughi l'accesso alla loro giurisdizione e quindi in grado di affermare il loro diritto ai benefici legislativi previsti per i rifugiati" (la traduzione è nostra). Una lettura specifica delle prassi in tale senso si trova, anche con riferimento alle politiche recenti della Unione europea, in Bill Frelick, Ian M. Kysel, Jennifer Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, Volume 4, n. 4, 2016, Ed. Center for Migration Studies of New York, al link <http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/68>

A livello europeo, poi, nel corso del tempo sono state articolate proposte riguardanti la creazione di centri di accoglienza al di fuori dei territori degli Stati membri e della odierna Unione europea (o comunque di Paesi che non abbiano ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati) e di zone di protezione temporanea di tipo regionale, dove verificare la fondatezza delle richieste di protezione internazionale al fine, eventuale e successivo, di permettere l'ingresso nel singolo Paese europeo delle persone considerate ammissibili ad una forma di protezione ricadente nell'alveo della Convenzione di Ginevra⁵.

Più di recente anche il trattato Italia-Libia fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, approvato e reso esecutivo con legge 6 febbraio 2009, n. 7, all'art. 19 prevede espressamente aiuti e finanziamenti italiani ed europei, al contrasto dell'immigrazione irregolare sul territorio libico, nonché la collaborazione italiana e libica negli Stati di origine degli stranieri per scoraggiare l'emigrazione⁶.

Sulla base di questo accordo, e degli accordi siglati successivamente⁷, vengono da anni forniti dall'Italia finanziamenti e appoggi anche alla Guardia costiera libica.

Le questioni che ci riguardano maggiormente, ai fini della presente analisi, prendono tuttavia le mosse dall'Agenda europea delle migrazioni del maggio 2015⁸, per poi svilupparsi ulteriormente nel corso degli anni successivi, attraverso un percorso lungo e articolato che non può in tale sede essere approfondito, ma di cui si possono ricordare tra i passaggi fondamentali il **vertice de La Valletta del novembre 2015**⁹, l'**accordo Ue-Turchia del marzo 2016**¹⁰, il nuovo **quadro di partenariato con i Paesi terzi proposto dalla Commissione europea** ed approvato dal Consiglio nel giugno 2016¹¹, la **Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo** sugli aspetti esterni della migrazione per affrontare la rotta del

⁵Sul punto si veda Alexander Betts, *The International Relations of the "New" Extraterritorial Approaches to Refugee Protection: Explaining the Policy Initiatives of the UK Government and UNHCR*, in *Refugee, Canada's Journal on Refugees*, Vol. 22, n. 1, 2004, anche al link <https://refugeejournals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/21318/19989>

⁶ L'art.19 prevede che "1. *Le due Parti intensificano la collaborazione in atto nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina, in conformità a quanto previsto dall'Accordo firmato a Roma il 13.12.2000 e dalle successive intese tecniche, tra cui, in particolare, per quanto concerne la lotta all'immigrazione clandestina, i Protocolli di cooperazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007.*

2. *Sempre in tema di lotta all'immigrazione clandestina, le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche. Il Governo italiano sosterrà il 50% dei costi, mentre per il restante 50% le due Parti chiederanno all'Unione Europea di farsi carico, tenuto conto delle Intese a suo tempo intervenute tra la Grande Giamahiria e la Commissione Europea.*

3. *Le due Parti collaborano alla definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori?*"

⁷ Si fa riferimento, innanzitutto, al Memorandum di Intesa Italia – Libia elaborato e reso esecutivo a Roma il 2 febbraio 2017 (reperibile al link <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/02/Libia.pdf>). Si veda il nostro commento al link <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/italia-libia-accordo-ue/>) e rinnovato automaticamente per un triennio il 2 novembre 2019.

⁸<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&rid=1>

⁹Per i risultati del vertice si veda <http://www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>.

¹⁰<http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/>

¹¹<http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/migration-partnership-framework/>

Mediterraneo centrale del febbraio 2017¹², **gli accordi tra Italia e Libia**¹³ e le iniziative sul controverso **codice di condotta delle Ong**¹⁴ che effettuavano salvataggi in mare Mediterraneo centrale, fino a giungere alle decisioni adottate nel corso del 2017, sia dai singoli Stati membri (*in primis* l'Italia) sia dall'Unione europea (sulle quali si tornerà più avanti¹⁵) ed alla specifica legislazione italiana del 2018 in materia di protezione internazionale e limitazione alle attività di ricerca e soccorso in mare da parte di organizzazioni umanitarie ed al rinnovo del su citato accordo con la Libia del novembre 2019.

In tale quadro si inseriscono altresì gli sviluppi delle linee di indirizzo economico-politico dell'Unione Europea successivi al Processo di Khartoum del 2014, che hanno portato all'istituzione del Fondo fiduciario Ue-Africa e all'approvazione di **un nuovo Piano** per una *“politica più forte, più efficace e più giusta per l'immigrazione e la politica d'asilo dell'UE”*, volta a *“migliorare le vie legali per le persone che necessitano di una protezione internazionale”*, anticipato dal Presidente Juncker con la presentazione del Rapporto sullo stato dell'Unione di metà settembre 2017; nonché le politiche volte, da una parte, ad accelerare e rendere più efficaci le attività di rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi in condizione irregolare nella Ue¹⁶ e, dall'altra, a non consentire l'apertura di nuovi canali di ingresso regolari - come dimostra la mancata revisione del Codice delle frontiere Schengen¹⁷, la cui applicazione va oggi indubbiamente valutata (per quanto di interesse in questa sede), anche alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 21 aprile 2017 resa nella causa C-638/16 PPU¹⁸. Con essa, come noto, la Corte ha deciso che gli Stati membri della Ue non sono tenuti, in forza del diritto dell'Unione, a concedere un visto umanitario alle persone che intendono recarsi nel loro territorio con l'intenzione di chiedere asilo, con ciò escludendo la loro possibilità (a norma del diritto unionale e salve le legislazioni nazionali) di fare richiesta di

12<http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/02/03-malta-declaration/>

13Si vedano anche gli interventi al convegno promosso da ASGI *“La chiusura della rotta libica e le violazioni dei diritti umani – Video”* al link <https://www.asgi.it/formazione/convegno-roma-libia-violazioni-diritti-umani/>

14Si rinvia ai documenti ASGI *“Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare: il commento dell'ASGP”* e *“ASGI: il Governo riveda la sua linea politica, il codice di condotta mina l'efficacia delle attività di soccorso”* entrambi reperibili al seguente link <https://www.asgi.it/tag/codice-di-condotta-ong/>

15Per un approfondimento sulle conclusioni dei vertici europei successivi all'adozione dell'Agenda europea sulle migrazioni si rimanda, tra gli altri, al sito dell'ASGI ed in particolare agli approfondimenti speciali *Agenda europea immigrazione e asilo: la Commissione europea riferisce sulle azioni prioritarie*, al link <https://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/agenda-europea-immigrazione-e-asilo-la-commissione-europea-riferisce-sulle-azioni-prioritarie/>; *Conclusioni del Consiglio europeo del 15 ottobre 2015 in sintesi*, al link <https://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/conclusioni-del-consiglio-europeo-del-15-ottobre-2015-in-sintesi/>; <https://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/cooperazione-ue-turchia-uno-strumento-per-i-rifugiati-a-favore-della-turchia/>. Si rinvia inoltre al doppio numero 3-4/2016 della Rivista Diritto, Immigrazione e Cittadinanza in cui sono pubblicati gli Accordi di riammissione conclusi dall'UE e quelli sottoscritti dall'Italia, nonché diversi documenti utili a tracciare la traiettoria di sviluppo della dimensione esterna delle politiche di immigrazione e asilo.

16<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017H0432>

17Regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016

18Per una lettura critica della citata sentenza si veda G. Cellamare, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in Studi sull'integrazione europea, XII, 2017, pp. 527-539, Cacucci, ove si sottolinea che *“appare evidente la tensione tra due opposte esigenze: tra controllo dei movimenti migratori e accesso alla protezione internazionale”*, nell'ambito della citata normativa che regola la richiesta (extraterritoriale) di un visto di ingresso e che vede sostanzialmente indifferenziata la posizione del richiedente protezione internazionale da quella del richiedente un visto di ingresso di breve durata.

ingresso e di protezione presso le Autorità diplomatiche degli Stati membri presenti in Stati terzi¹⁹.

La più compiuta evoluzione dell'azione esterna dell'Unione europea è rappresentata tuttavia da due ulteriori strumenti adottati dalla Commissione europea e da alcuni Stati: il “Piano di azione sulle misure per sostenere l'Italia e ridurre la pressione migratoria nel Mediterraneo centrale del 4 luglio 2017” e la Dichiarazione congiunta di Parigi, adottata in Francia a fine agosto 2017, su cui appare ora importante soffermare l'attenzione.

2.2 Il Piano di azione sulle misure per sostenere l'Italia e ridurre la pressione migratoria nel Mediterraneo centrale del 4 luglio 2017

Il Piano di azione sulle misure per sostenere l'Italia e ridurre la pressione migratoria nel Mediterraneo centrale del 4 luglio 2017²⁰ costituisce indubbiamente una accelerazione delle politiche di esternalizzazione, accelerazione voluta dalla Commissione europea e particolarmente legata alle sue successive iniziative volte, tra l'altro, a determinare i meccanismi effettivi del reinsediamento per le persone “*in chiaro bisogno di protezione*”. Dunque, in particolare, alla raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2017²¹ sul rafforzamento dei percorsi legali di ingresso per le persone bisognose di protezione che, in mancanza della riforma del Codice Schengen e, dunque, assente nella legislazione europea un obbligo giuridico in capo agli stati dell'Unione di rilasciare un visto umanitario proprio in favore di tali persone (come chiarito dalla già citata sentenza della CGUE del 21 aprile 2017 resa nella causa C-638/16 PPU), fa emergere esclusivamente la incoerenza o ineffettività delle politiche di rafforzamento delle vie di ingresso legali in Europa, di fatto esclusivamente paventate ma non realizzate.

Il citato Piano di azione può, a ragione, essere visto come il cuore delle politiche successive in materia e, in particolare, delle iniziative assunte con la dichiarazione congiunta di Parigi di cui si pur si farà cenno.

Esso contiene una serie di proposte volte a sostenere l'Italia ed a ridurre i flussi migratori che è importante, almeno parzialmente, riportare.

Obiettivi prioritari per la Commissione sono stati quello di incrementare ulteriormente la capacità delle autorità libiche grazie a un progetto dotato di 46 milioni di euro e preparato congiuntamente con l'Italia, finanziando la creazione in Libia di un centro di coordinamento e soccorso marittimo; unitamente a ciò, la Commissione ha ritenuto di aumentare i finanziamenti per la gestione della migrazione in Italia di ulteriori 35 milioni di euro da mobilitare immediatamente e di finanziare un *nuovo sistema di reinsediamento* “*in conjunction with the UNHCR*

19 Deve al riguardo rammentarsi che la giurisprudenza di merito italiana ha, molto recentemente, ritenuto invece applicabile direttamente l'art. 10, co. 3 Cost. al fine di permettere l'ingresso in Italia di richiedenti asilo, così adeguato i principi della Corte di Giustizia al contesto giuridico locale. Si veda, al riguardo, **Trib. Roma, sentenza n. 22917 del 28.11.2019** al link <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/12/sentenza-amnesty-oscurota.pdf>.

20https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170704_action_plan_on_the_central_mediterranean_route_en.pdf

21<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2017/IT/C-2017-6504-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>

starting with those in need of international protection from Libya, Egypt, Niger, Ethiopia and Sudan". Lo sforzo iniziale pare essere posto sulla intensificazione della cooperazione con Niger e Mali al fine di prevenire gli spostamenti delle persone verso la Libia e, al contempo, sulla intensificazione degli interventi rivolti alla stipula di accordi di riammissione ed a "*practical arrangements*" (ovvero accordi informali) che accelerino le iniziative in tale senso con i Paesi di origine e di transito, rafforzando le attività di rimpatrio volontario poste in essere da OIM.

Nei confronti degli Stati membri la Commissione sollecita l'incremento dei fondi destinati al Fondo fiduciario Ue-Africa, coerentemente con gli impegni presi nel novembre 2015 ad accelerare il ricollocamento dall'Italia delle persone ivi giunte, in base alle precedenti risoluzioni in materia, e l'accelerazione, di concerto con il Parlamento europeo, delle decisioni in merito alla riforma del sistema di Dublino per la distribuzione delle domande di asilo all'interno dell'UE. Anche in questo caso i singoli Stati membri sono invitati a mobilitare le loro risorse per contribuire al rimpatrio dei migranti irregolari dall'Italia.

Con il Piano d'Azione l'Italia è stata invece sollecitata a redigere, con la Commissione e sulla base di un dialogo con le ONG, un codice di condotta per le ONG che effettuano attività di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, codice poi effettivamente realizzato²², ed a rispettare gli impegni assunti in materia di registrazione e ricollocamento delle persone, in particolare di cittadini eritrei e di minori stranieri non accompagnati. La Commissione, sempre con il citato piano di azione, auspicava, inoltre, una rapida attuazione della L. 46/2017, l'incremento della capacità di accoglienza delle persone richiedenti e beneficiarie di protezione internazionale, l'aumento del periodo massimo di trattenimento delle persone irregolari in linea con la direttiva 2008/115/CE, l'adozione di procedure accelerate, anche avvalendosi maggiormente (e nei confronti delle persone richiedenti protezione internazionale) dell'utilizzo dei motivi di inammissibilità delle relative richieste e della predisposizione di un elenco di paesi di origine sicuri.

Molte delle iniziative di cui sopra hanno trovato riscontro anche nella successiva legislazione italiana: sono al riguardo certamente da menzionare sia il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni in L. 132/2018²³, sia il d.l. 53/2018, convertito con modificazioni in L. 77/2018²⁴, ed i successivi provvedimenti attuativi in particolare in materia di individuazione delle zone di transito e di frontiera e di determinazione dei Paesi di origine sicuri²⁵.

²²http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf. Al riguardo si veda il commento allo stesso, pur nella versione non definitiva, fornito da Asgi, al link https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_IT.pdf ovvero, in lingua inglese, al link https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_EN.pdf

²³ Al riguardo si rinvia alla sezione del sito di ASGI dedicata all'approfondimento sul Decreto Immigrazione e Sicurezza (L. 132/2018) al link <https://www.asgi.it/decreto-immigrazione-sicurezza-1/>

²⁴ Al riguardo si rinvia alla nostra "*Analisi critica dell'c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*" al link <https://www.asgi.it/notizie/decreto-sicurezza-bis-lanalisi-dellasgi/>

²⁵ Si fa riferimento, in particolare:

a) al D.M. Interno del 5 agosto 2019 che individua le zone di transito e di frontiera dove potrà trovare applicazione la procedura accelerata per l'esame nel merito delle domande di protezione internazionale e istituisce due nuove sezioni delle Commissioni territoriali, come previsto dall'art. 28 bis co. 1 quater del D.lgs. n. 25/2008, introdotto dal d.l. n. 113/2018 (per un cui commento si veda "*Le zone di transito e di frontiera – commento dell'ASGI al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019*" al link https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/10/2019_scheda_ASGI_decreto_zone_frontiera.pdf;

b) al D.M. del 4 ottobre 2019 (pubblicato sulla g.u. del 7 ottobre 2019), con cui il Ministro degli affari Esteri e della Cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, ha esercitato la facoltà prevista nell'art. 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 ed ha adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri ai fini delle procedure di esame delle domande di riconoscimento della protezione internazionale (il cui nostro commento è ASGI, *Diritto di asilo: nota di approfondimento ASGI sull'elenco dei paesi di origine sicuri*, al link <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/11/Nota-ASGI-commento-d.M.A.E.-4-10-2019-paesi-sicuri-definitivo-27-11-2019.docx.pdf>

2.3 La dichiarazione congiunta di Parigi dell'agosto 2017

La Dichiarazione di Parigi, sottoscritta tra i capi di Stato e di governo di Francia, Germania, Italia e Spagna, l'Alta Rappresentante/Vice Presidente dell'Ue per gli affari esteri e la politica di sicurezza ed i capi di Stato e di governo del Ciad e del Niger e il Presidente del Consiglio Presidenziale libico, si apre con il richiamo al vertice de La Valletta tra UE ed Unione Africana del 2017 ed alla necessità di una “*responsabilità condivisa tra i Paesi d'origine, di transito e di destinazione dei migrant?*”, nella consapevolezza che il fenomeno migratorio costituisce “*un fenomeno transnazionale che non può essere gestito da un unico Stato, che richiede un alto livello di coordinamento all'interno dell'Europa e tra i paesi europei e africani, e che necessita di una risposta a lungo termine in materia di sviluppo*”.

Tale *incipit* rende immediatamente chiari gli obiettivi dei firmatari della Dichiarazione, ovvero l'utilizzo del fondo fiduciario d'emergenza dell'Ue per l'Africa al fine di rafforzare la cooperazione tra Unione europea ed Unione africana per migliorare le condizioni di vita degli individui nelle aree dell'Africa da cui proviene la maggiore parte dei migranti ma, anche e soprattutto, per consentire il contenimento dei flussi migratori irregolari.

Come dichiarato nel medesimo vertice, infatti, “*i migranti irregolari che non possono beneficiare di alcun tipo di protezione internazionale devono essere ricondotti nel loro paese di origine, in modo sicuro, ordinato e dignitoso, preferibilmente su base volontaria tenendo conto della legislazione nazionale e nel rispetto del diritto internazionale*” (dimenticando così, invero, che non vi è oggi la possibilità di avere dei flussi migratori “regolari” in assenza di concrete legislazioni in tale senso).

Nella Dichiarazione si indica, altresì, come i Paesi della Ue “*forniranno un sostegno maggiore alle preziose attività dell'Alto commissariato per i rifugiati e dell'OIM in Libia al fine di creare un'infrastruttura umanitaria per i rifugiati e i migranti*”, rallegrandosi “*per gli sforzi compiuti dal Governo d'intesa nazionale (della Libia, Ndr.) per controllare le sue acque territoriali*”; quanto al salvataggio in mare delle persone in fuga, si esaltano le azioni italiane finalizzate alla realizzazione di quegli obiettivi proprio attraverso l'oramai approvato “Codice di condotta delle Ong” di cui si è su detto.

L'analisi della Dichiarazione, così come delle tappe precedenti del processo di esternalizzazione, rende chiaro come il raggiungimento degli obiettivi posti sia possibile, secondo l'approccio UE, attraverso una politica di sostegno economico, militare e politico a Ciad, Niger e Libia e con il contributo diretto di UNHCR ed OIM per l'individuazione delle persone che necessitano di protezione internazionale, la loro identificazione ed il rimpatrio assistito per coloro che non siano riconosciuti come potenziali richiedenti asilo. A ciò si aggiunge, con riferimento alla Libia, il miglioramento della “*cooperazione economica con le comunità locali che si trovano sulle rotte migratorie in Libia, al fine di creare delle fonti di reddito alternative, di aumentare la loro resilienza e di renderle indipendenti dalla tratta degli esseri umani*” nonché, in generale, il rafforzamento del controllo delle frontiere, particolarmente quelle che da Ciad e Niger uniscono tali Paesi con il sud della Libia.

Il ruolo dell'Alto Commissariato nel quadro descritto emerge chiaramente dall'allegato alla **Dichiarazione congiunta dell'agosto 2017**²⁶, in cui vengono individuati i compiti maggiormente congeniali a detta Agenzia umanitaria istituzionale, cioè quelli attinenti alla tutela dei diritti umani e dei rifugiati; in particolare, si individua la possibilità per UNHCR, a seguito della registrazione da parte del Paese di primo arrivo del migrante richiedente protezione, di identificare coloro che si trovino in chiaro bisogno di protezione e siano dunque ammissibili ad un reinsediamento all'interno di un Paese dell'Unione (o altrove) sulla base di elenchi e criteri preventivamente condivisi con gli Stati membri; la possibilità di compiere interviste e valutazioni sulla situazione di sicurezza della singola persona nel Paese di transito che lo "accoglie" e la possibilità di procedere all'effettivo avvio, per i prescelti, delle pratiche di reinsediamento.

Occorre al riguardo ricordare che già l'Agenda europea per le migrazioni ipotizzava la possibile creazione di centri multifunzionali in Niger gestiti in collaborazione con OIM e UNHCR, come poi effettivamente è avvenuto anche grazie a contributi italiani²⁷ e dell'Unione europea, e che la operatività di tale ambito era già avviata, motivo per il quale deve darsi atto che la Dichiarazione di Parigi serve a svelare (essendone oramai maturi i tempi politici) pratiche già in atto, sia pure a livello sperimentale o "pilota".

2.4. L'European Trust Fund, il Fondo Africa ed i finanziamenti da essi alle Agenzie Onu

La realizzazione delle politiche in materia di immigrazione e asilo da parte della Unione europea si è basata su importanti strumenti di finanziamento rivolti ai Paesi africani in funzione complessivamente deterrente dei flussi migratori.

L'Unione Europea e l'Italia hanno istituito due fondi – rispettivamente l'European Trust Fund e il Fondo Africa – necessari per raggiungere gli obiettivi specifici nell'ambito della politica migratoria comunitaria e nazionale.

In ambito nazionale, il decreto del 2 Febbraio 2017 che istituisce il Fondo Africa, fa esplicito riferimento al "*ruolo della Libia quale paese di transito e alla necessità di **rafforzare le autorità locali contro la migrazione irregolare e per il controllo dei flussi***", oltre a richiamare, quale indicazione sugli obiettivi da raggiungere, la decisione del Consiglio europeo del 28 Giugno 2016. Tale decisione richiede il "*conseguimento di rapidi risultati in termini di **prevenzione della migrazione illegale e rimpatrio dei migranti irregolari** e [...] la cooperazione con i singoli paesi di origine o di transito basata su **efficaci incentivi e un'adeguata condizionalità***".

Ed infatti, con Decreto del Direttore Generale del Ministero degli Affari Esteri e della cooperazione internazionale n 4110/49 del 5 settembre 2017 l'Italia destina una parte delle risorse del Fondo Africa al rafforzamento dei controlli della frontiera meridionale tra Libia e Niger, sulla base del fatto che l'Italia è impegnata a "***ridurre sempre di più il numero di migranti potenzialmente in grado di tentare la traversata dalla Libia***". Sulla stessa linea

²⁶Reperibile al link http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-2981_it.htm

²⁷<http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/comunicati-stampa/comunicato-congiunto-dei-ministri-dellinterno-italia-ciad-libia-niger>

sono anche altre disposizioni delle risorse del Fondo Africa che, tramite il Ministero dell'Interno, vanno a rafforzare direttamente l'equipaggiamento delle autorità libiche, con la rimessa in efficienza di 4 motovedette e la formazione dei rispettivi equipaggi (Decreto MAECI 4110/47)²⁸.

In ambito europeo, l'European Trust Fund, istituito dalla Commissione Europea nel 2015, persegue un duplice obiettivo: da un lato il tradizionale aiuto allo sviluppo, dall'altro la gestione della sicurezza, dei flussi migratori e delle frontiere. **Molti dei progetti finanziati in Libia riguardano il rafforzamento delle autorità libiche e la loro capacità di sorvegliare, riprendere, soccorrere, contenere i migranti.** Tra questi si cita il finanziamento che l'UE ha disposto in favore del Ministero dell'Interno italiano, pari a 46 milioni di euro, per attuare un programma mirato a rafforzare la capacità delle autorità libiche di gestione integrata delle frontiere (in particolare la frontiera sud al confine con il Chad e il Niger)²⁹.

In questo contesto si inseriscono anche le organizzazioni internazionali, non solo come destinatari e aggiudicatari di progetti e risorse, ma come **soggetti attuatori** (così definiti dal governo italiano nel decreto istitutivo del fondo Africa) **delle finalità e degli obiettivi dei fondi.**

A questo punto, appare legittimo chiedersi, in che modo UNHCR e OIM possano considerarsi soggetti attuatori dei Fondi o anche destinatari di queste risorse, considerato che tali fondi perseguono finalità di controllo e di blocco del passaggio dei migranti, del tutto avulse dal mandato di queste due organizzazioni internazionali.

2.5 Il ruolo delle organizzazioni internazionali in Libia come contrappeso alle politiche di esternalizzazione

Nel quadro descritto, il ruolo di UNCHR e OIM diventa o rischia di diventare centrale nella attuazione delle politiche di esternalizzazione, specie per l'uso strumentale del loro ruolo nella retorica delle istituzioni dell'Unione Europea e degli Stati membri.

Ed infatti, laddove il governo italiano e l'Unione Europea vengano accusati di finanziare le autorità libiche, nonostante i dubbi che su esse gravano, e di delegare ad esse il compito di atti illegittimi, e dinanzi alle contestazioni mosse alle Autorità italiane ed europee sulla

28 I decreti sono online nella pagina web www.asgi.it al link https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/11/Allegato_2.pdf

29 Ovviamente si dà in questa sede conto degli interventi più rilevanti per lo specifico tema trattato. Ma spunti di riflessione sui meccanismi di deterrenza alle migrazioni potrebbero rinvenirsi anche nelle politiche di cooperazione messe in atto dall'Italia, le quali contengono quasi sempre clausole di condizionalità che testimoniano la principale volontà di combattere le cause dell'emigrazione dai Paesi esteri ed africani. Si segnala, solo quale esempio, il recentissimo avviso del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno con cui si intende realizzare azioni di cooperazione, collaborazione ed assistenza in materia di immigrazione e asilo, (reperibile al link <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/notizie/minintrelint-2019-progetti-cooperazione-ed-assistenza-ai-paesi-terzi>) ovvero la legge di bilancio 2020 che all'art. 1, comma 878 prevede che "Il fondo istituito dall'articolo 1, comma 621, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale è esteso ai Paesi non africani d'importanza prioritaria per i movimenti migratori e rinominato «Fondo per interventi straordinari volti a rilanciare il dialogo e la cooperazione con i Paesi africani e con altri Paesi d'importanza prioritaria per i movimenti migratori». A tale Fondo è assegnata una dotazione di 30 milioni di euro per l'anno 2020, 30 milioni di euro per l'anno 2021 e 40 milioni di euro per l'anno 2022".

opportunità etica e politica (prima ancora che sulla legittimità giuridica) di contribuire in tale modo e con tali risorse ad esacerbare le condizioni dei migranti in Libia, Italia ed Unione europea fanno continuo riferimenti al ruolo di UNHCR e OIM; nell'ottica delle politiche di esternalizzazione tali Agenzie dovrebbero contribuire all'innalzamento degli standard dei centri di accoglienza e a fornire una prima assistenza ai migranti una volta riportati in Libia. Idea che, indipendentemente dalla valutazione che si voglia dare, appare errata fin nei suoi presupposti e, comunque, si è rivelata assolutamente fallimentare nella pratica, considerato il minimo impatto che l'intervento umanitario ha sui trattamenti a cui sono sottoposti i migranti già nella immediatezza dello sbarco o addirittura a bordo delle motovedette e, comunque, della esiguità degli interventi effettivi che tali organizzazioni riescono a praticare³⁰.

2.5.1 Sulla esternalizzazione del diritto di asilo, il reinsediamento e il ruolo di UNHCR

Se il progetto italiano ed europeo appare essere quello di riuscire a rendere accettabili le condizioni di accoglienza e detenzione in Libia, identificare i migranti presenti sul territorio, rimpatriare volontariamente coloro che intendono ritornare nel loro paese di origine, trasferire in Niger o in Ruanda i rifugiati e da lì procedere con il loro reinsediamento nei paesi europei³¹, appare fondamentale riflettere soprattutto sull'uso di tale ultimo strumento, sulle sue reali potenzialità ma anche sui limiti dello stesso.

E' certo che la propensione di UNHCR a lavorare per affrontare il problema nei Paesi di transito non è nuova. Essa è andata di pari passo alla proposta di allargare a livello europeo le politiche (già sperimentate da alcuni Stati membri) volte a prevedere visti umanitari o "procedure di ingresso protetto" in modo da garantire che le persone "a rischio" siano identificate al di fuori dell'Ue e che vengano loro concessi visti da parte degli Stati membri su base volontaria, così da facilitare il loro ingresso in Europa³².

Parallelamente, UNHCR ha ripetutamente esortato tutti i Paesi ad aumentare progressivamente le dimensioni dei loro programmi di reinsediamento in linea con le intenzioni espresse nella dichiarazione di New York per i rifugiati³³.

30 Come vedremo anche nel successivo paragrafo l'impatto dei reinsediamenti dei richiedenti asilo dalla Libia è stato minimo, soprattutto a causa delle condizioni del contesto locale e della indisponibilità dei Paesi ove essi avrebbero potuto essere inviati. Se dal 2017 al mese di novembre 2019 sono stati registrati da UNHCR in Libia 45.215 tra rifugiati e richiedenti asilo, 4.441 persone sono state da lì evacuate verso il Niger (2.913), l'Italia (808), la Romania (531), il Ruanda (189). Quanto ai piani di resettlement, dal 1 settembre 2017, 6.181 persone hanno avanzato richiesta in tale senso dalla Libia e dal Niger verso altri 14 Stati. Di essi 3.477 sono stati portati dalla Libia al Niger; 912 persone hanno accettato il programma di resettlement e sono in attesa di partire alla volta del Niger, mentre 1.111 persone sono in attesa che la loro pratica venga definita. Cfr. UNHCR, *Resettlement update #86*, al link <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/72298.pdf>

31 Si veda https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20171114_central_mediterranean_route_en.pdf e anche <http://www.statewatch.org/news/2017/sep/eu-council-migration-11836-17.pdf>

32 Si veda al riguardo UNHCR, *"silo e protezione internazionale nell'Unione Europea: rafforzare la cooperazione e la solidarietà - Primi spunti dell'UNHCR sulle linee guida strategiche per lo sviluppo futuro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"* reperibile al link https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2015/12/Post_stockolm_word_ITA.pdf

33Ad esempio, a settembre 2017 l'UNHCR ha chiesto agli Stati membri dell'Unione Europea di rendere disponibili 40.000 posti per il reinsediamento per i rifugiati presenti in 15 Stati africani tra i quali Burkina Faso,

L'appello di UNHCR è giunto a seguito del primo incontro del Gruppo di Lavoro per rafforzare il reinsediamento e i percorsi complementari lungo la rotta del Mediterraneo Centrale (Core Group for Enhanced Resettlement and Complementary Pathways along the Central Mediterranean route) che è stato presieduto dalla Francia e include gli Stati di reinsediamento, l'OIM, l'Unione Europea ed UNHCR³⁴.

La richiesta dell'UNHCR è stata rinnovata a marzo 2018³⁵ dopo che, nel corso del 2017, solo 6.700 persone presenti nei Paesi africani della rotta del Mediterraneo centrale avevano potuto effettivamente beneficiare del reinsediamento e a seguito dell'avvio dei primi trasferimenti di migranti dalla Libia al Niger³⁶.

L'impegno degli Stati membri di ampliare i programmi di reinsediamento emerge anche dalla Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sullo stato di attuazione dell'Agenda europea sulle migrazioni del marzo 2018 ed in quella successiva del 16 ottobre 2019.

Nelle comunicazioni emerge tuttavia chiaramente che il reinsediamento non ha solo l'obiettivo di aiutare quanti necessitano di protezione internazionale, ma anche quello di contrastare l'immigrazione illegale. Proprio in ragione di tale duplice obiettivo, nonché delle resistenze manifestate da alcuni Stati membri e del quadro politico descritto in precedenza, i rischi che si profilano sembrano essere molteplici: da una parte, infatti, i meccanismi messi in atto nei Paesi di transito per l'accesso ai programmi di reinsediamento potrebbero diminuire l'efficacia di tale strumento in termini di effettiva risposta alle esigenze di protezione delle persone che si trovano al di fuori del proprio Paese d'origine; dall'altra, come accade in altri sistemi come quello australiano, **il reinsediamento potrebbe venire illegittimamente rappresentato dagli Stati membri come l'unica via legale per l'ingresso in Europa dei titolari di protezione internazionale, con un conseguente aumento delle pratiche detentive dei richiedenti protezione internazionale che arrivano nel territorio dell'Unione europea in altri modi**³⁷.

Al fine di valutare l'effettiva consistenza di tali rischi appare utile soffermarsi in particolare sui meccanismi e sugli accordi che interessano il Niger, quale Paese di transito dei migranti, ed in particolare sul ruolo svolto da UNHCR e OIM nella valutazione delle domande di protezione internazionale dei migranti.

Il territorio nigerino, da sempre luogo di transito per il passaggio di migranti verso la Libia e l'Europa, è oggi interessato da numerosi fenomeni che sono intrinsecamente legati con le politiche europee che sono state poste in essere sul territorio libico. **Nei documenti da noi**

Chad, Libia, Mali e Sudan: <http://www.emncz.eu/files/books/165.pdf>

34Si veda UNHCR, “*Central Mediterranean Route: Working on alternatives to dangerous journeys: UNHCR Central Mediterranean Risk Mitigation Strategy (CMRMS)*” al link <https://data2.unhcr.org/ar/documents/download/60349>

35Si veda <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNHCR%20Libya%20Flash%20Update%208%20March%202018.pdf>

36Si veda <https://icmc.cmbbox.be/sites/icmc/files/ERN%2B%20Newsletter%20-%20Issue%20-%20-%20November%202017.pdf>

37 Al riguardo è significativa la comunicazione COM(2019) 481 final, della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio quale relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione del 16.10.2019, in particolare il paragrafo 6, ove a fronte della stasi della riforma del CEAS e del Codice dei Visti, il reinsediamento resta l'unica forma di accesso legale per i richiedenti asilo.

prodotti in occasione del sopralluogo giuridico in Niger³⁸ si è approfondito come le politiche europee hanno inciso sulla libertà di movimento e sulla sicurezza del transito dal Niger alla Libia, che oggi è divenuta una tratta particolarmente pericolosa e difficile. Si è analizzato anche quanto il Niger sia territorio **di ritorno volontario** (o, meglio, assistito) di rifugiati e migranti che fuggono dai centri di detenzione libici e si ritrovano sul territorio nigerino in una **morsa tra il ritorno assistito nei paesi di origine tramite OIM o la permanenza irregolare in un paese straniero**. Infine si è visto come il Niger è anche lo Stato (poi accompagnato anche dal Ruanda) prescelto dove l'UNHCR su mandato della Commissione Europea **trasferisce i rifugiati che sono evacuati dalla Libia** e – di concerto con la commissione per il diritto di asilo nigerina – **valuta le domande di asilo e propone agli stati membri il trasferimento** di coloro che sono riconosciuti rifugiati nei loro territori. Questi solo alcuni degli esempi che hanno spinto la nostra Associazione a rivolgere la sua attenzione al Niger al fine di analizzare giuridicamente le nuove politiche di esternalizzazione sia del controllo dei confini sia del diritto di asilo attuate dall'Unione Europea e il ruolo sempre più decisivo delle agenzie delle nazioni unite in questi processi, al fine di individuare gli strumenti giuridici da attivare per la tutela dei diritti delle persone coinvolte.

Particolare menzione merita la parte dell'indagine giuridica che si è concentrata principalmente sul **meccanismo di resettlement per coloro che presentano la domanda di asilo in Niger e, dunque, all'analisi del programma “Emergency Transit Mechanism” ed il reinsediamento dal Niger** ove viene effettuata la **ricostruzione giuridica del fenomeno** e sono **puntualizzate criticità presenti e future di programmi simili**. La complessità dell'indagine ed i suoi esiti invitano a fare rinvio direttamente ad essa³⁹.

In questa sede si specifica solo che, successivamente allo svolgimento delle procedure di identificazione e registrazione dei dati biometrici – le cui modalità di trattamento meriterebbero un approfondimento specifico - viene dato avvio alla fase vera e propria di esame della domanda di protezione internazionale, che inizia con lo svolgimento da parte di funzionari dell'UNHCR di interviste, attraverso l'utilizzo di appositi formulari, finalizzate non già alla riconoscimento di una forma di protezione, ma alla formulazione di un parere da sottoporre al cd. Comitato nazionale di eleggibilità, autorità nazionale del Niger preposta alla valutazione della domanda.

Le fasi successive della procedura possono variare a seconda dell'esito della prima valutazione della domanda da parte del Comitato nazionale di eleggibilità e possono portare a varie determinazioni; ma ciò che appare importante evidenziare in tale sede è la rilevanza del parere inizialmente formulato dall'UNHCR al fine del successivo accesso ai programmi di reinsediamento.

38 Si veda la pagina dedicata agli esiti del sopralluogo giuridico di ASGI in Niger svoltosi dal 15 al 20 novembre 2018 ed i relativi documenti, al link <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/niger-libia-esternalizzazione/>

39 Si rinvia, al riguardo, al documento **“1 programma Emergency Transit Mechanism e il reinsediamento dal Niger. Ricostruzione giuridica, criticità presenti e future”** al link <https://www.asgi.it/33638-2/>. La pagina dedicata agli esiti del sopralluogo giuridico di ASGI in Niger svoltosi dal 15 al 20 novembre 2018 ed i relativi documenti è reperibile al link <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/niger-libia-esternalizzazione/>

Sembra infatti che praticamente solo coloro i quali siano stati considerati dall'UNHCR come meritevoli di essere considerati o riconosciuti rifugiati possano accedere poi al reinsediamento, quali rifugiati riconosciuti dalle autorità nigerine a seguito di raccomandazione dell'UNHCR o quali rifugiati per mandato.

Sebbene la determinazione dello status per mandato integri una definizione più ampia dello status di rifugiato rispetto a quella prevista all'art. 1 della convenzione di Ginevra, estendendosi anche alle persone che sono colpite da effetti indiscriminati dei conflitti armati o altri disastri commessi per mano dell'uomo (per esempio dominazione straniera, occupazione, colonialismo), occorre evidenziare come i presupposti per il riconoscimento della protezione accordata dalle autorità locali non siano perfettamente sovrapponibili con i presupposti del riconoscimento della protezione internazionale come disciplinati dalla normativa dell'Unione Europea, cioè con lo status di rifugiato e lo status di protezione sussidiaria.

A ciò si aggiunge che la stessa valutazione sull'invio della richiesta di reinsediamento è sempre lasciata all'UNHCR che decide per quali rifugiati il reinsediamento sia la soluzione più appropriata e per quali invece esistano altre soluzioni durature alternative, e che la decisione rispetto alla richiesta di reinsediamento avanzata spetta in ultima istanza allo Stato a cui la richiesta è rivolta.

La procedura di riconoscimento del diritto alla protezione internazionale descritta in precedenza appare **condizionata da una intrinseca discrezionalità**, dovuta anche dalla **mancanza delle garanzie legali e giurisdizionali** che sono invece riconosciute ai richiedenti asilo la cui domanda è presentata negli stati membri dell'Unione Europea.

La mancanza o la carenza delle norme che disciplinino tali processi ledono la certezza del diritto e dei rapporti tra Stati e persone, sicché si deve concludere che l'esternalizzazione in paesi come la Libia e il Niger (e in Ruanda) dell'esame delle richieste di protezione internazionale determina di fatto, come da tempo denunciato, una **arbitraria procedura che non rappresenta una alternativa giuridicamente accettabile all'accesso diretto al diritto di asilo ed alla protezione internazionale**. Farla apparire come tale è una sostanziale mistificazione nei confronti dell'opinione pubblica, la quale è portata a ritenere che, in ogni caso, almeno le persone in "*chiaro bisogno di protezione*" siano effettivamente tutelate attraverso procedure e diritti certi e vigilati da organi autonomi ed indipendenti. Ciò che invece non accade.

Inoltre non è possibile tacere che le politiche che in tale senso si stanno portando avanti si realizzano grazie alla (o a causa della) esistenza di centri, quali quelli in Libia, ove vengono rinchiusi migranti e richiedenti asilo e relativamente ai quali vi è la certezza della detenzione degli stessi in flagrante lesione dei diritti umani. Qualora si dimostri che tali centri sono finanziati e/o direttamente gestiti da Stati membri del Consiglio di Europa, simili prassi comporterebbero anche una violazione da parte degli Stati europei dell'inderogabile divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti previsto dall'art. 3 CEDU e delle garanzie normative e giurisdizionali delle misure restrittive della libertà personale previste dall'art. 5 CEDU. Tale realtà è peraltro ben nota e non pare neppure contestata dagli attori coinvolti nel processo di esternalizzazione, i quali non possono negare che tali centri siano parte integrante del progetto di esternalizzazione e dei finanziamenti a ciò rivolti dalla Ue e dai singoli Stati membri dell'Unione; né che ciò accada anche sulla base di accordi internazionali spesso assunti

in forma semplificata e quindi privi delle ordinarie garanzie destinate alla redazione di atti di tale rilevanza per la vita delle persone⁴⁰.

Invero il diritto di asilo nel territorio italiano garantito dalla Costituzione italiana (e analogamente dalle Costituzioni di altri Stati e dalla Carta dei diritti fondamentali della UE) comporta anzitutto il diritto di accesso al territorio di uno Stato ed alla sua giurisdizione senza distinzioni arbitrarie tra richiedenti asilo e migranti economici⁴¹, sicché sono gli Stati a dover permettere il sicuro ingresso dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo in Europa per poi valutare le domande di protezione avanzate e certamente non solo attraverso il reinsediamento.

Ovviamente, se da parte dell'Ue e dei suoi Stati membri nonché dei Paesi africani ora citati, l'enfasi è stata posta maggiormente sui controlli delle frontiere, sulla sicurezza interna e sulla lotta al traffico illegale di esseri umani, l'attenzione delle Agenzie ONU è rivolta principalmente a sottolineare gli aspetti attinenti alla protezione delle persone ed al rispetto dei diritti umani fondamentali. Ciò non toglie tuttavia che, obiettivamente, l'un soggetto non potrebbe fare a meno dell'altro con il **rischio concreto di una sostanziale convergenza di obiettivi** tra i vari soggetti che mirano al perfezionamento del processo di esternalizzazione delle frontiere e del diritto alla protezione internazionale.

Tutta questa situazione risulta dal 2018 ancora più insostenibile alla luce delle ripetute affermazioni del Segretario generale dell'ONU, di UNHCR e di OIM che confermano ciò che da anni affermavano le organizzazioni non governative, inclusa ASGI, e cioè che la Libia non è un Paese sicuro e che tutti i richiedenti asilo devono essere al più presto evacuati, insieme agli altri stranieri che sono illegalmente o legalmente detenuti in situazioni abominevoli, senza alcuna garanzia di difesa o di esame indipendente e sottoposti a torture, trattamenti inumani e degradanti.

2.6 Un filtro fisico all'ingresso in Europa di persone che esercitano la loro libertà di movimento ed il diritto a richiedere la protezione internazionale

Analizzando unitariamente le misure assunte, da ultimo, anche con il vertice de La Valletta e con l'utilizzo dei Fondi fiduciari per l'Africa, sembra che l'obiettivo sia di **istituire un filtro fisico**, che prescindendo dalle frontiere africane, **composto da sistemi di selezione per i migranti collocati all'interno di non meglio specificati centri di accoglienza/detenzione**, attraverso l'opera multivello attuata dall'UE, da alcuni suoi Stati membri (tra cui primeggia l'Italia), da UNHCR, da OIM, in imprescindibile legame con i Paesi che costituiscono la principale via di accesso alla Libia da parte dei cittadini dell'Africa subsahariana, quali la Nigeria, il Mali, il Niger, il Burkina Faso, il Ruanda, l'Etiopia, il Ciad e il Sudan.

⁴⁰ Sul punto, innanzitutto, si rimanda a *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicoli 1-2, 2016, Ed. Franco Angeli. Si veda, poi, con riguardo al **Memorandum di intesa Italia – Sudan**, testo e commento al link <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/memorandum-italia-sudan-testo-commento-asgi>

⁴¹ E' importante ricordare nuovamente la recente sentenza del Tribunale di Roma, n. 22917 del 28.11.2019, reperibile al link <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/12/sentenza-amnesty-oscurata.pdf>

In sostanza sembra delinarsi di fatto un **Piano euroafricano volto alla gestione ed al controllo militare della frontiera sud della Libia⁴² ed al rimpatrio dalla Libia verso i paesi del medesimo confine sud** (quali Niger, Ciad, Sudan) sulla base di accordi bilaterali o multilaterali, formali o informali, che avranno il sicuro effetto di creare nuovi centri di detenzione per i migranti in transito, all'interno dei quali le attività di selezione, identificazione e valutazione della necessità di protezione, oppure il rimpatrio (assistito e “volontario”) nei paesi di origine, sarà svolto principalmente da OIM ed UNHCR.

La situazione odierna della Libia ed il conflitto bellico in atto certamente complicano le circostanze. Tuttavia, anche per quanto si dirà in seguito, è evidente che, pur senza queste caratteristiche peculiari, nulla cambierebbe nel momento in cui non fosse possibile individuare la Libia come Paese formalmente e sostanzialmente sicuro per i migranti ed i richiedenti asilo politico. Per questo, su tale aspetto, va rigorosamente preteso che la definizione di “Paese sicuro” sia, come minimo, rigidamente ancorata alla adesione e ratifica di uno Stato della Convenzione di Ginevra del 1951 e del suo Protocollo del 1967, senza limiti sostanziali e territoriali di sorta, nonché all'inserimento nell'ordinamento di quello Stato di una forma di protezione assimilabile in tutto ai contenuti della protezione sussidiaria come delineata nel diritto della UE e previa effettiva verifica del rispetto di tutte le norme ivi previste⁴³.

3. L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: gli effetti giuridici

Dopo avere sommariamente descritto questo quadro degli sviluppi geopolitici e istituzionali, occorre interrogarsi sui loro effetti giuridici. Se l'obiettivo perseguito attraverso l'utilizzo di risorse finanziarie, politiche e militari della UE e dei suoi Stati membri è quello di produrre e portare a sistema questo modello di esternalizzazione del controllo delle frontiere e dei rifugiati, esso determina la creazione di un **“vuoto di tutela giuridica”** intorno ai migranti ed ai richiedenti asilo (anche potenziali) i quali non avranno concretamente la possibilità di accedere in un territorio legalmente e sostanzialmente sicuro⁴⁴.

⁴²Significativo, ovviamente, al riguardo che la Camera dei Deputati del Parlamento italiano, il 17 gennaio 2018, abbia approvato la risoluzione sulla deliberazione del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia a nuove missioni internazionali ed, in particolare, a quella in Niger.

⁴³La questione si sottolinea in vista della riforma del Sistema Europeo Comune di Asilo, nella impostazione a ciò dato dalle proposte di riforma della Commissione europea. Attualmente, dei concetti di “paese terzo” e di “origine” sicuri fa menzione la direttiva 2005/85/CE (art. 25 ss.) al fine di indicare la possibilità da parte degli Stati membri di individuare norme procedurali volte a fare dichiarare le domande di protezione internazionale irricevibili o infondate se avanzate da persone provenienti (oltre che da un Paese di “primo asilo”) da un Paese terzo sicuro, o, rispettivamente, di origine sicuro. Come su detto il concetto di “Paese di origine sicuro” ha trovato ingresso in Italia con il D.M.A.E.C.I. del 4.10.2019.

⁴⁴Quanto detto vale, invero, anche se si guarda al versante orientale dell'Europa in quanto non vi sono garanzie che i respingimenti verso la Turchia – *ex se* Paese “non sicuro”, se solo si guarda alle palesi violazioni dei diritti del popolo curdo e delle libertà fondamentali in quello Stato - non provochino da parte di tale regime “respingimenti a catena” in altri Stati, quali quelli di provenienza dei richiedenti.

La conseguenza, scientemente pianificata dalle istituzioni della UE, è quella di sottrarre la loro condizione giuridica ad ogni tipo di controllo giurisdizionale, riducendola in balia di atti discrezionali adottati da Stati o da fazioni in lotta.

Tale obiettivo produce già oggi un certo risultato e necessiterebbe di risposte politiche adeguate al contesto, invece che la proclamazione retorica dell'esigenza di rispettare i diritti fondamentali delle persone e di contrastare i traffici illegali di persone, la quale si infrange dinanzi alle pratiche disumane e degradanti che palesemente si verificano dentro e fuori i luoghi di detenzione/accoglienza in Libia, ma anche in Ciad, Niger, Sudan o altrove.

Né può valere a giustificare una simile politica la distinzione aprioristica tra migranti economici e rifugiati politici, o tra migranti regolari e migranti irregolari, entrambe basate su una classificazione autoreferenziale, cioè fondata su una regolarità desunta dal rispetto di norme decise dagli Stati europei di immigrazione, che prescinde completamente dalla conoscenza delle ragioni che hanno indotto le persone migranti ad esporsi ad inumani trattamenti e rischi di morte. D'altra parte, in merito a tali distinzioni, deve comunque essere considerata l'unicità della persona umana ed il rispetto che a questa è dovuto sulla base delle principali convenzioni internazionali⁴⁵ che, attraverso i meccanismi di esternalizzazione, vengono indubbiamente violate.

E', dunque, necessario indagare attentamente l'esistenza di responsabilità giuridiche dell'Unione europea ovvero di uno dei suoi Stati membri, allorquando, a seguito e per effetto delle politiche di esternalizzazione da essi posti in essere, si verificano lesioni ai diritti delle persone dal punto di vista della violazione di norme internazionali. Sottrarsi a tale compito di analisi significa, in realtà, accettare lo *status quo* determinato dalle azioni statali e sovrastatali che sono rivolte a privare di tutela giurisdizionale le istanze delle persone coinvolte nel processo di esternalizzazione.

Perchè è evidente che alcuna conseguenza verrà patita da un Paese (quale la Libia, se tale può considerarsi, ovvero il Niger o il Sudan o l'Egitto, per fare degli esempi) che non abbia ratificato le principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani e dei rifugiati nel caso in cui commetta violazioni anche gravissime di norme internazionali. **Non è altrettanto evidente, tuttavia, che eguale sorte spetti all'Unione europea ed ai suoi Stati membri allorquando le loro condotte (nella consapevolezza di dette violazioni) siano rivolte direttamente o indirettamente ad agevolare la violazione dei diritti umani e delle norme sovranazionali da parte di altri Stati.**

Dunque, essendo l'Unione europea e l'Italia a conoscenza delle gravissime violazioni dei diritti delle persone straniere che avvengono in Libia (o, anche, in Turchia, Egitto, Sudan, Niger, etc.), possono essere ritenute responsabili di esse se hanno direttamente o indirettamente contribuito a determinarle? Nel caso di contributo diretto la risposta pare ovvia. Nel contesto

⁴⁵Tra essi, ovviamente, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, il Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 1966, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione del 1966, la Convenzione internazionale contro la tortura ed altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti, la Convenzione sullo status dei rifugiati del 1951, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo di Roma del 1950. Occorre poi ricordare pure il diritto fondamentale alla libertà dalla fame, garantito dall'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, per effetto di una situazione generale di insicurezza alimentare acuta o di fame cronica in atto, attestata dai rapporti di organizzazioni internazionali (FAO o Programma alimentare mondiale).

attuale è tuttavia credibile che anche il rilevante contributo indiretto alla produzione di un danno alla persona possa essere fonte di responsabilità.

Nell'analisi del caso del 10/11 maggio 2017, allorquando la guardia costiera italiana diede istruzioni alla guardia costiera libica di intervenire in una attività di SAR al posto della nave della ONG Sea Watch che era praticamente già in azione, è stata sostenuta in dottrina la diretta responsabilità dell'Italia per le violazioni subite dai migranti⁴⁶.

L'analisi deve essere svolta avendo precipuo riguardo alle norme (consuetudinarie e convenzionali) del diritto internazionale, essendo oramai evidente la sostanziale inefficacia delle normative europee e degli Stati membri nel contrastare tali fenomeni. Sotto tale punto di vista, anzi, **le politiche di esternalizzazione proprio disancorano la commissione del fatto e la violazione di diritti da un certo soggetto e territorio hanno cercato di deresponsabilizzare l'una e gli altri**. Ma non può esistere in un organismo democratico (nazione o meno) un potere svincolato da responsabilità e la ricerca degli strumenti per farla emergere deve essere necessariamente avanzata con gli strumenti giuridici a disposizione delle democrazie (solo mancando gli stessi essendo ipotizzabili soluzioni di diversa natura, solitamente riservate alle lotte ai regimi non democratici o tirannici).

Altrimenti l'esternalizzazione del controllo delle frontiere comporterebbe per ogni Stato democratico un vero e proprio “*appalto a terzi – all'estero - di attività 'sporche' perché in violazione dei diritti umani?*” che, diversamente da quanto avviene nelle esternalizzazioni produttive di mano d'opera o di attività inquinanti, non è condotta da multinazionali, bensì da Stati, ovvero da soggetti che – a differenza delle multinazionali – sono sottoposti comunque al rispetto del diritto internazionale (per l'Italia, innanzitutto, lo esigono gli artt. 10 e 117 Cost.) e sono “*quindi destinatari di obblighi che in questo caso possono venire in considerazione*”⁴⁷.

Il fondamento di tale obbligo da parte dello Stato di destinazione (ad esempio l'Italia) della persona straniera che abbia subito un danno dal respingimento o dalla detenzione commessi dallo stato di transito (ad esempio la Libia) ovviamente può valere a radicare la giurisdizione della Corte EDU per fare valere la responsabilità del primo, allorquando, lo Stato si sia reso consapevolmente e sia pur indirettamente responsabile delle suddette violazioni, a condizione che sia provato un nesso di causalità tra l'azione o l'omissione dello Stato membro del Consiglio d'Europa e le violazioni avvenute in altro Stato; e tale fondamento può risiedere nell'applicazione dei principi di diritto internazionale attinenti al principio di *non refoulement* ed a quelli attinenti la responsabilità di uno Stato nella commissione di un crimine effettivamente compiuto da un altro Stato e sul territorio di questo e punito dall'ordinamento internazionale allorquando il primo sia almeno indirettamente implicato nello stesso.

Come correttamente notato, peraltro, tale ricostruzione vale altresì nell'ipotesi in cui un respingimento non vi sia materialmente stato, ad esempio perché una persona non sia riuscita a lasciare un territorio di transito e in quel territorio abbia subito un danno ai sensi dell'ordinamento internazionale⁴⁸.

⁴⁶Si Veda Jean-Pierre Gauci, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, 6 giugno 2017, in [ejiltalk.org /back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya](http://ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya)

⁴⁷Così G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in SIDIBlog, al link <http://www.sidiblog.org/2017/09/11/il-sonno-della-ragione-genera-politiche-migratorie/>.

⁴⁸“*Alla luce dell'ampia documentazione istituzionale esistente, può affermarsi che collaborare con i libici al trattenimento nel loro territorio dei flussi di persone significa rendersi complici delle torture, uccisioni,*

Il principio di *non refoulement* costituisce norma di diritto internazionale consuetudinario ed, inoltre, è scolpito in una serie di importanti norme: l'art. 3 della Convenzione internazionale contro la tortura, l'art. 33 della Convenzione sui rifugiati di Ginevra, e deriva anche dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 3 CEDU che afferma il divieto per ogni Stato di allontanare uno straniero allorchè l'allontanamento in sé costituisca una forma di trattamento inumano o degradante o allorchè lo straniero rischi di subire nello Stato di invio torture o pene o trattamenti inumani o degradanti, nonchè dagli artt. 4 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il principio è il caposaldo di ogni sistema di accesso ad una forma di protezione internazionale ovvero di tutela nei confronti di una persona che possa, nel Paese di provenienza, essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti. Esso si applica, dunque, non solo a chiunque soddisfi i criteri definitivi e fattuali propri della nozione di rifugiato o persona ammessa alla protezione internazionale (e, per converso, non rientri nelle clausole di esclusione di cui alla medesima Convenzione di Ginevra), così sostanziando la natura dichiarativa (e non costitutiva) di ogni decisione amministrativa o giurisdizionale sullo *status* di una persona in tale materia⁴⁹; ma anche a chiunque si trovi in una situazione tale da potere subire, nel luogo di provenienza, un trattamento inumano e degradante.

Come è noto, tale principio ha portata extraterritoriale⁵⁰ ed attiene sia all'ipotesi di respingimento diretto di una persona nel Paese che potrebbe cagionargli un danno ai sensi delle norme internazionali citate, sia all'ipotesi di "cd. respingimenti a catena"⁵¹, ovvero di ritorno in un Paese che, successivamente, farà in modo da fare riammettere una persona nel suo Paese, come avviene nel caso degli accordi di riammissione tra Italia e/o Ue e paesi terzi "non sicuri". La portata extraterritoriale del principio di non respingimento si ricava agevolmente dall'inciso "*in nessun modo*" contenuto nell'art. 33 Convenzione di Ginevra ed è ulteriormente garantito dalle altre disposizioni di diritto internazionale citate e rivolte non solo alla protezione dei rifugiati o richiedenti protezione internazionale, bensì alla persona in quanto tale⁵². Per essere tale, infatti, il principio di non respingimento non può trovare applicazione esclusivamente allorchando una persona si trovi sul proprio territorio o nelle proprie acque territoriali.

assoggettamento a schiavitù che sono e saranno commessi. Per quanto gli Stati europei, Italia in testa, si sforzino di elaborare campagne pubblicitarie per presentare l'esternalizzazione delle frontiere come una pratica umanitaria volta a prevenire le morti in mare, il giurista è vincolato al duro (e puro) dato normativo che, sia in relazione al c.d. accordo con la Turchia, sia per le intese con la Libia, conduce a delineare una responsabilità internazionale dei suddetti Stati da far valere mediante ricorsi per violazioni del divieto di refoulement posto dall'art. 3 CEDU e/o per violazioni degli artt. 2, 3, 4, 5 CEDU". Così G. Carella, Il sonno della ragione genera politiche migratorie, in <http://www.sidiblog.org/2017/09/11/il-sonno-della-ragione-genera-politiche-migratorie/>

⁴⁹Quanto alla giurisprudenza della Corte di Cassazione si vedano le decisioni nn. 4764/1997, SS.UU. 907/1999, 5055/2002, 8423 e 11441/2004. Quanto al diritto europeo tale natura è fatta propria sin dal considerando n. 14 della Direttiva 2004/89/Ce del 29 aprile 2004.

⁵⁰Si veda UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*.

⁵¹Relativamente ai quali si veda l'ampia bibliografia citata in G. Cellamare, *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in Studi sull'integrazione europea, n. 3, 2007, pagg. 497 e ss., Cacucci.

⁵²Tra cui primeggiano sia l'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984, sia art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848.

Egualemente noto e, oramai, principio consolidato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁵³ è quello secondo cui il divieto di respingimento comporta sia obblighi negativi (non respingere), sia obblighi positivi (rendere concretamente possibile l'accesso alle procedure di protezione)⁵⁴.

La portata extraterritoriale del principio di *non refoulement*, unitamente alla sua duplice caratterizzazione (negativa e positiva) nel contesto attuale caratterizzato dal complesso di politiche di esternalizzazione come sopra definite, deve necessariamente portare ad un suo adeguamento, così da poterlo rendere nuovamente effettivo e cogente dinanzi a prassi evidentemente volte a eluderlo.

In questo senso vanno adeguate le tesi, pur fondamentali nel quadro giuridico e politico antecedente, in virtù delle quali il criterio dirimente per l'applicazione del principio di *non refoulement* non sarebbe quello che lo straniero si trovi già nel territorio dello Stato in cui la persona intenda chiedere asilo, bensì quello secondo cui lo straniero si trovi in ogni caso sotto il "diretto controllo e responsabilità" dello Stato in questione⁵⁵. Ciò che rileva, infatti, nel quadro delle attuali politiche di esternalizzazione, non è soltanto il "diretto controllo e la responsabilità", bensì anche solo "l'aiuto e l'assistenza" ad uno Stato terzo fornito dallo Stato aderente alla Convenzione EDU, nella consapevolezza da parte del secondo della costante violazione di norme di diritto internazionale a tutela della persona umana e dei rifugiati da parte del primo ovvero qualora gli aiuti materiali dati a Stati terzi siano finalizzati ad escludere o ad eludere le proprie responsabilità a norma della Convenzione EDU⁵⁶.

Attraverso tale salto di paradigma interpretativo è possibile fare vivere le norme ed i principi, tra le altre, della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali che, attraverso le politiche di esternalizzazione, si vogliono eludere o violare nell'applicazione nei confronti di cittadini di Stati terzi. L'obiettivo è quindi quello di radicare la giurisdizione della Corte europea per il vaglio delle domande rivolte ad ottenere giustizia da parte di chi, pur non presente sul territorio di uno dei Paesi aderenti alla Convenzione EDU, sia stato effettivamente destinatario di un danno ingiusto (perché comporta la violazione degli artt. 3 e 5

⁵³Al riguardo si vedano le sentenze della Grande Camera della CEDU M.S.S. c. Belgio e Grecia, sentenza del 21 gennaio 2011, Sharifi e altri c. Italia e Grecia, sentenza del 21 ottobre 2014, Khlaifia e altri c. Italia, sentenza del 01 settembre 2015

⁵⁴Si veda, al riguardo, la opinione concordante del Giudice Pinto de Albuquerque nella Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2012 - Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia, al link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_60&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU743291#a57.

⁵⁵In questo senso Lenzerini F., *Asilo e Diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Università di Siena, collana di studi, 2009, riportato in *Il diritto alla Protezione, studio sullo stato del sistema di asilo in Italia e proposte per una sua evoluzione*, eccellente pubblicazione realizzata nell'ambito dell'omonimo Progetto attuativo dell'Azione 2.1.A del Fondo Europeo per i Rifugiati 2008-2013, reperibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/12/il.diritto.alla.protezione.pdf>

⁵⁶La Corte, invero, in diverse occasioni ha confermato l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione in casi in cui sussisteva un rischio di tortura e trattamenti inumani ad opera delle autorità di stati terzi. Si vedano, al riguardo, ECtHR, *Medvedjev and Others v France*, Appl. 3394/03, 29 Mar. 2010; *Women on Waves and Others v Portugal*, Appl. 31276/05, 3 May 2009; *Hirsi v Italy*. La responsabilità delle forze Britanniche in Iraq per violazione della Convenzione è stata anche riconosciuta dalla CtEDU in *Al-Skeini v UK*, Appl. 55721/07, 7 Jul. 2011; *Al-Jedda v UK*, Appl. 27021/08, 7 July 2011; *Al-Saadoon and Mufdhi v UK*, Appl. 61498/08, 2 Mar. 2010. Si veda, anche, *Jaloud v the Netherlands*, Appl. 47708/08, 20 Nov. 2014.

della stessa, ad esempio) da parte di una autorità terza ma grazie all'aiuto ed all'assistenza consapevole dello Stato parte della Convenzione.

Ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, l'impegno degli Stati contraenti consiste nel "riconoscere" alle persone rientranti nella loro "giurisdizione" i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione. E' evidente che l'esercizio della "giurisdizione" è il presupposto perché uno Stato contraente possa essere ritenuto responsabile delle azioni od omissioni ad esso addebitabili ed all'origine di una denuncia di violazione dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione (Sentenza della Corte EDU del 23 febbraio 2012 nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*). Altrettanto evidente che, ai sensi dell'art. 1 cit., la giurisdizione di uno Stato è principalmente territoriale, tanto è vero che solo in circostanze eccezionali la Corte EDU ha ritenuto che le azioni degli Stati contraenti "*compiute o produttive di effetti fuori del territorio di questi possano costituire esercizio da parte degli stessi della loro giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione*". Certamente, è stato affermato, tale non può essere l'ipotesi in cui una singola azione determini l'evento lesivo delle norme convenzionali (come nel caso *Bankovic c. Belgio* ed altri). Invece nelle politiche di esternalizzazione si verificano una serie di atti compiuti da parte di Stati membri o della Ue che determinano causalmente le condizioni affinché si pongano in essere violazioni delle norme della Convenzione da parte di terzi e nella piena consapevolezza di ciò.

Accanto al criterio principale della sovranità territoriale possono quindi coesistere altri criteri, che operano in via eccezionale qualora lo richiedano le specifiche circostanze del caso concreto: è quel che accade, ad esempio, quando uno Stato contraente della CEDU eserciti un controllo effettivo, o quantomeno un'influenza dominante, sul territorio di uno Stato estero⁵⁷. Seguendo l'approccio adottato dalla Corte in alcuni degli indicati casi (*Ilascu e Catan*) – benchè lì vi fosse comunque un controllo militare della regione - senza questa "influenza dominante" lo Stato terzo non avrebbe mai avuto né i mezzi né l'interesse nel creare e poi porre in essere politiche e prassi così restrittive dell'emigrazione e della libertà di movimento, anche della propria gente.

Occorre, difatti, ricordare che la Corte afferma che la Convenzione è uno strumento "vivente" sì da adeguarla alle effettive esigenze storiche per garantirne l'effettività ed in differenti occasioni, tra cui quelle su segnalate, ha stabilito che l'essere nella posizione di evitare trattamenti proibiti dalla Convenzione è rilevante ai sensi dell'Articolo 1.

A tale riguardo vale la pena sottolineare che gli obblighi degli Stati e le loro possibili ipotesi di responsabilità sono individuate a livello di diritto internazionale, e senza che, quindi, normative interne o accordi bilaterali o multilaterali possano in alcun modo eluderli o renderli inapplicabili.

Fondamentale, al riguardo, è l'opera della Commissione di diritto internazionale istituita in seno all'ONU dall'Assemblea Generale con Risoluzione n. 174 del 21 novembre 1947, il cui Statuto mira a promuovere "*lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione*".

Nel 2001 la Commissione ha approvato un progetto di articoli in ordine alla responsabilità degli Stati per la commissione di un illecito internazionale, ovvero per la violazione di una norma di diritto internazionale da parte di uno Stato.

⁵⁷ *Ilascu; Andreas Manitaras and others v Turkey* (App 25781/94) 2 marzo 2010, *Al-Saadoon and Mufdhi v UK* (App 61498/08); 29 marzo 2010; *Medvedyev and others v France* (App 3394/03).

Dall'analisi dello stesso, in relazione alla violazione delle norme sostanziali su richiamate, deriva la possibilità di radicare in capo alla Corte EDU la giurisdizione al fine di fare rilevare le violazioni delle norme in essa contenute e, in particolare, degli artt. 2, 3, 4, e 5.

L'analisi degli sviluppi anche recenti delle decisioni della Corte in materia di giurisdizione, responsabilità condivisa ed aiuto ed assistenza nella commissione di un illecito internazionale **porta a considerare errata la presunzione degli Stati membri della Ue e della stessa Ue di potersi ritenere indenni da una pronuncia di condanna allorquando la violazione sia stata commessa in un territorio non afferente direttamente alla propria giurisdizione**, in particolare modo quando stiamo parlando dei diritti dei rifugiati politici e del principio di non respingimento. Le migliori analisi dei concetti di aiuto ed assistenza ad uno Stato che compie illeciti internazionali, unitamente all'adozione di un uso ampio del concetto di giurisdizione, possono essere strumenti utili a radicare la giurisdizione della Corte EDU sui casi che si stanno verificando in questi tempi.

L'art. 16 del progetto di codificazione del ILC definisce la responsabilità di uno Stato nel momento in cui aiuta o fornisce assistenza nella commissione di un atto contrario al diritto internazionale in questi termini: *“A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:*

- a. That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and*
- b. The act would be internationally wrongful if committed by that State”.*

In questa lettura risulta con una certa evidenza la responsabilità dell'Italia nel momento in cui danni concreti sono compiuti dalle autorità libiche su persone in transito verso l'Italia e, non solo con la consapevolezza di ciò che, in termini di violazione delle norme della Convenzione EDU, si compie in Libia da parte dell'Italia, ma con il concreto supporto alla Libia nel compimento di tale violazione.

L'Italia, con il supporto esterno degli altri Stati europei e della stessa Unione, ha firmato il 2 febbraio 2017 con Al Sarraj (Presidente del Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia) un Memorandum d'intesa in cui la parte italiana si impegna a sostenere il finanziamento di programmi e iniziative sia di controllo dei confini libici meridionali, sia di lotta all'immigrazione illegale; tale accordo è stato rinnovato nel novembre 2019. Il 2 agosto 2017 l'Italia ha approvato una missione di sostegno alla c.d. guardia costiera libica che prevede il distacco di unità navali italiane nel mare territoriale libico⁵⁸. A fine ottobre 2017 un leader militare come il generale libico Haftar ha confermato il suo appoggio all'Italia nel bloccare le partenze e il transito attraverso il confine meridionale della Libia a prezzo di droni, elicotteri, visori notturni e veicoli forniti dall'Italia. C'è quindi un sostegno che è anche militare alla Libia poiché le strumentazioni e attrezzature fornite dall'Italia (si pensi ai 2,5 milioni del cosiddetto Fondo Africa) possono essere usate dalle tante milizie libiche per alimentare il conflitto interno, oltre che dalla GCL per impedire le partenze ed anche per contrastare (anche con mezzi militari) le navi delle ONG durante le operazioni di soccorso, e rendere così ancora più drammatiche le condizioni di vita dei migranti.

⁵⁸http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/250/002/INTERO.pdf

Certo, il progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati non è considerato vincolante in prima istanza, risultando innanzi alla Corte EDU come una sorta di norma secondaria applicabile allorquando siano state rilevate violazioni di una norma primaria.

In questo senso norma primaria potrebbe considerarsi il principio di non respingimento, mentre allorquando tale principio non sia direttamente in gioco (perché non vi è stato alcun ingresso e, dunque, alcun allontanamento sostanziale) potrebbe farsi riferimento agli artt. 3, 5 e 13 della Convenzione EDU.

Differenti opinioni ritengono che una approfondita analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo porti la stessa a ritenere che *“La legge internazionale sui diritti umani deve essere interpretata tenendo conto della legge sulla responsabilità dello Stato”*⁵⁹.

La Corte EDU ha affermato che *“I principi alla base della Convenzione non possono essere interpretati e applicati nel vuoto. La Corte deve altresì tenere conto delle norme pertinenti del diritto internazionale nell'esame delle domande riguardanti la sua giurisdizione e, di conseguenza, determinare la responsabilità dello Stato in conformità ai principi che governano il diritto internazionale”*⁶⁰.

Per applicare questa evoluzione alle vicende relative al processo di esternalizzazione del controllo delle frontiere e del diritto di asilo dobbiamo fare uno sforzo che porti il concetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione oltre i confini della “giurisdizione territoriale” e quelli della “giurisdizione personale”. In questo modo avremmo la possibilità di affermare che l'agevolazione di atti contrari al diritto internazionale ed ai diritti dell'uomo faccia comunque incorrere lo stato complice in una forma di responsabilità ai sensi del diritto internazionale.

Alla base della dottrina legale del principio di complicità nel compimento di atti lesivi di obblighi internazionali di cui all'art. 16 ARSIWA va posto il principio per il quale uno Stato non può far compiere ad un altro Stato un atto che non potrebbe da solo compiere e, nel caso in cui ciò accadesse, deve essere ritenuto responsabile di ciò.

In alcuni contesti può non avere importanza la forma che assume la complicità, bensì il grado con il quale essa assume rilevanza ai fini della violazione delle norme convenzionali⁶¹.

Ciò a significare che, per garantire una tutela effettiva della persona, la Corte ritiene quale precipuo scopo della stessa, una interpretazione viva del testo in modo da adeguare la Convenzione alle effettive esigenze storiche, per impedirne la mancanza di effettività.

Occorre ulteriormente interpretare il dato testual-normativo per giungere alla affermazione della responsabilità dello Stato in ipotesi che si siano svolte anche fuori dal suo territorio.

Il divieto di tortura e quello di privare della libertà una persona in assenza di un ragionevole motivo in condizioni inumane costituiscono valori fondanti delle società democratiche, relativamente ai quali può ritenersi che il concetto di complicità di uno Stato aderente alla CEDU nella commissione, da parte di altro Stato ad essa non aderente, di un illecito di tale grado, possa essere valutato pur al di fuori della giurisdizione territorialmente intesa ai sensi dell'art. 1 della Convenzione.

⁵⁹Cfr. Hathaway, James C. and Gammeltoft-Hansen, Thomas, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, 2014, Law & Economics Working Papers. Paper 106, al link http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/106

⁶⁰Bankovic and Others v. Belgium, and Others. European Court of Human Rights. Appl. No. 52207/99. 12 183 December 2001, par. 57

⁶¹In tale senso M. Jackson, *Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture, and Jurisdiction*, in European Journal of International Law, April 22, 2016, 27(3), disponibile al link <https://ssrn.com/abstract=2768692>

Ovviamente l'ipotesi in discussione (volta allo sviluppo di un contenzioso in materia innanzi alla Corte EDU) non rappresenta l'unica possibilità per provare a rendere giustiziabili le diverse forme di complicità di cui sono responsabili le autorità italiane ed europee.

Accanto ad essa va analizzata la possibilità di fare valere, innanzi alle autorità giurisdizionali italiane, la medesima responsabilità statale per violazione delle norme sulla libertà di emigrazione delle persone in connessione agli artt. 10 e 117 Cost, nonché la possibilità di contribuire allo sviluppo di politiche che, effettivamente, possano costituire un antidoto alla deriva attuale.

**Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione
ASGI**