

# IL DIVIETO DI RESPINGIMENTI IN MARE, IL CASO HIRSI JAMAA E L'ISOLA CHE NON C'E'

di

Gabriella Carella

(pubblicato in Sud in Europa)

Ci sono sentenze che riconciliano con l'umanità e tra queste si includerà d'ora in poi la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo resa il 23 febbraio 2012 nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. La pronuncia mina alla base e fa crollare la politica degli Stati di intercettazioni e respingimenti in mare, autentico "muro di Berlino galleggiante" (come è stato definito) di divisione tra un mondo di diritti e tutele ed un luogo ove la vita stessa di masse di diseredati non ha alcun valore.

I fatti che hanno dato origine alla pronuncia si inseriscono, infatti, nella prassi di respingimenti in mare verso la Libia decisa dall'Italia, a partire dal 2009, sulla base di non meglio noti accordi con quello Stato, al fine di impedire ai tanti profughi che si imbarcano dai paesi dell'Africa verso l'Europa di approdare alle nostre coste e di richiedere una qualsiasi forma di protezione internazionale.

La politica elaborata dal nostro governo ed esaltata, in una serie di interventi pubblici ricordati anche nella sentenza, come un valido scudo rispetto al "pericolo" costituito da flussi di rifugiati, pretendeva di fondarsi giuridicamente sulla configurazione dell'alto mare come una sorta di *vacuum* giuridico nel quale gli Stati sarebbero svincolati dal rispetto degli obblighi che li legano, invece, sul proprio territorio. Tra questi, il principale nella materia dei movimenti di persone è il principio di *non refoulement* che sancisce il divieto di respingere una persona verso un territorio nel quale la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate. Fondato sull'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, di cui l'Italia è parte, tale principio è generalmente considerato oggi di natura consuetudinaria. Ad esso si aggiungono, per gli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), gli obblighi derivanti dall'art. 3, tra i quali la giurisprudenza della Corte ha incluso il divieto di respingere una persona verso uno Stato ove potrebbe essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti.

Tali principi erano suscettibili di venire in rilievo rispetto alla politica di intercettazioni in alto mare e respingimenti verso la Libia, attuata dall'Italia, in quanto diversi dettagliati rapporti, resi ampiamente pubblici da organizzazioni umanitarie, avevano documentato che nei centri di detenzione libici, ove venivano raccolte le persone respinte, vi erano non solo precarie condizioni igieniche e insufficienza di cure mediche, ma anche e soprattutto violenze e stupri da parte delle guardie carcerarie. Venivano altresì documentati l'assenza di possibilità di ricorso ad un giudice, la durata anche indeterminata della detenzione, le condizioni disumane dei viaggi di rimpatrio in camion senza aria e luce (tranne una piccola feritoia), in piedi, senza cibo né acqua, anche per 21 ore consecutive ed i rischi, per coloro che chiedevano protezione internazionale, del ritorno in paesi dilaniati da guerre e violente repressioni politiche.

Peraltro, il quadro delineato non era considerato rilevante dal nostro governo il quale riteneva che sia il divieto di *refoulement* (a fondamento convenzionale o consuetudinario), sia l'art. 3 CEDU non si applicassero in alto mare. L'interpretazione sposata era quella che altri Stati occidentali avevano sostenuto in passato per sottrarsi ai propri obblighi. In particolare, durante la crisi haitiana del 1992, provocata dal rovesciamento del governo di Aristide, la Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Sale v. Haitian Center Council* del 21 giugno 1993, ritenne legittimo l'*Executive Order*, adottato nel maggio 1992 dal presidente Bush, con cui si ordinava il respingimento dei *boat people* proprio perché giudicò che il divieto di *refoulement* non avesse applicazione extraterritoriale e non si estendesse all'alto mare (e all'isola di Guantanamo dove i profughi venivano raccolti per essere respinti). Analogamente si era regolata l'Australia durante la crisi provocata dall'afflusso di profughi indonesiani. Per vero, tali tentativi si erano scontrati con la generale opposizione della comunità internazionale e, mentre la politica statunitense è stata considerata illegittima dalla Commissione interamericana dei diritti umani nella decisione del 13 marzo 1997 *Haitian Centre for Human Rights e a. c. Stati Uniti*, l'Australia ha da parte sua spontaneamente abbandonato le sue precedenti decisioni.

Non meraviglia, pertanto, che anche la politica italiana di respingimenti sia stata oggetto di solenne condanna da parte della Corte europea pronunciata nella sua formazione più importante di Grande Camera e all'unanimità dei componenti.

La decisione è stata originata dal ricorso che ventiquattro tra i soggetti intercettati e respinti durante una delle operazioni compiute nel maggio 2009 sono riusciti a presentare, nonostante le difficoltà pratiche derivanti dal fatto di trovarsi al di fuori del territorio europeo e grazie alla costanza e agli sforzi degli avvocati difensori. I ricorrenti lamentavano la violazione degli articoli 3, 13 CEDU e 4 del Protocollo CEDU n. 4 (Prot. n. 4) in quanto il respingimento in Libia, operato senza un esame

delle posizioni individuali quanto alla sussistenza dei requisiti per la concessione dell'asilo o di altra forma di protezione internazionale, li avrebbe esposti al rischio di tortura o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (art. 3), li avrebbe privati del diritto a presentare un ricorso contro tale violazione (art. 13) e avrebbe realizzato una espulsione collettiva vietata dall'art. 4 Prot. n. 4.

Il primo problema affrontato dalla Corte è quello della validità formale e sostanziale delle procure conferite dai ricorrenti ai difensori. La questione non era di poco conto, anzi, in considerazione delle circostanze del caso, rivestiva carattere preminente. E' evidente infatti che il respingimento di stranieri in uno Stato extraeuropeo rende estremamente difficile, sul piano pratico, sia la presentazione diretta di un ricorso alla Corte, sia la comunicazione con un avvocato cui affidare la rappresentanza processuale in base ad una procura. Un approccio formalistico al riguardo avrebbe costituito una sicura garanzia di impunità per gli Stati parte ed avrebbe creato le premesse perché questi potessero aggirare la Convenzione creando essi stessi, con l'allontanamento, la situazione che avrebbe impedito ai migranti di far valere davanti alla Corte le violazioni dei loro diritti. E' da apprezzare particolarmente, pertanto, che la Corte abbia respinto le numerose eccezioni sulla forma delle procure sollevate dal governo italiano ribadendo che né la CEDU, né il regolamento di procedura richiedono particolari requisiti formali per la procura. Pertanto, perché il ricorrente sia validamente rappresentato in giudizio, sono necessari e sufficienti una dichiarazione scritta e sottoscritta che esprima in termini essenziali la volontà di farsi rappresentare e l'esistenza di un contatto tra l'avvocato e il ricorrente. Nel caso di specie, gli avvocati erano riusciti a mantenere un contatto con alcuni dei respinti tramite telefono e e-mail e ciò è stato sufficiente ad evitare che la causa venisse cancellata dal ruolo, a differenza di quanto si era verificato in un precedente analogo caso di respingimento (sentenza 19 gennaio 2010 nel caso *Hussun e altri c. Italia*).

Nel successivo esame del merito, un primo aspetto importante della decisione consiste nel rafforzamento della universalità dei diritti umani fondamentali non solo sotto il profilo attivo, ma anche sotto quello passivo. Se è pacifico infatti che di tali diritti beneficiano tutti gli individui in ragione della loro dignità di esseri umani, è di minore evidenza che lo Stato ne è destinatario tutte le volte in cui i suoi organi esercitano, di fatto o di diritto, un potere su un individuo, quale che sia il luogo in cui ciò accade, che si tratti del territorio nazionale, del territorio di un altro Stato, ovvero di un luogo, come l'alto mare, che non è sottoposto alla giurisdizione di alcuno Stato.

Sul punto, per vero, la giurisprudenza della Corte è da tempo costante nell'affermare che, se l'applicazione della CEDU, ai sensi dell'art. 1, è prevalentemente territoriale (par. 71), ciò non toglie che « in circostanze eccezionali ... gli atti degli Stati contraenti compiuti o produttivi di effetti al di fuori del loro territorio possono considerarsi esercizio da parte loro della propria

giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione » (par. 72). Le circostanze in cui detta applicazione extraterritoriale si verifica sono ricondotte dalla Corte al caso in cui « uno Stato, per il tramite dei suoi organi operanti fuori del suo territorio esercita il suo controllo e la sua autorità su un individuo e di conseguenza la sua giurisdizione ». In tal caso, grava su detto Stato in virtù dell'art. 1 l'obbligo di riconoscere a tale individuo i diritti e le libertà di cui alla Convenzione. L'applicazione extraterritoriale della Convenzione nel suo complesso è stata configurata rispetto all'esercizio di autorità statale sul territorio di un altro Stato (sentenze del 7 luglio 2011 nei casi *Al-Skeini e altri c. Regno Unito e Al-Jedda c. Regno Unito*), ma altresì in alto mare, indipendentemente dal fatto che gli individui di cui si tratta siano a bordo della nave dello Stato accusato (decisione dell'11 gennaio 2001 nel caso *Xhavara c. Italia e Albania*, relativo alla vicenda della nave albanese *Kates I Rades*, affondata, con 54 persone a bordo, dopo essere stata speronata da una nave militare italiana, la *Sibilla*; sentenza del 29 marzo 2010 *Medvedyev e altri c. Francia* ). Su tale questione, pertanto, la sentenza si limita a confermare la giurisprudenza della Corte senza aggiungere nulla di nuovo.

Il valore aggiunto della decisione risiede invece in tre importanti statuizioni che possono così riassumersi: 1) il divieto di respingimento ex art. 3 e il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 Prot. n. 4 hanno applicazione extraterritoriale; 2) tali divieti implicano per lo Stato non solo l'obbligo procedurale di esaminare le richieste di protezione internazionale, ma anche quelli di informare gli interessati della possibilità di richiedere tale protezione, nonché di sospendere l'attuazione del respingimento; 3) le eventuali convenzioni che uno Stato parte alla CEDU stipuli con uno Stato terzo per spostare nel territorio di quest'ultimo l'esame delle domande di protezione internazionale non possono esentare il primo Stato dalla responsabilità per il rispetto degli obblighi derivanti dalla CEDU.

1) L'affermata applicazione extraterritoriale della Convenzione nel suo complesso non implica necessariamente analogo ambito di applicazione di tutti i diritti contemplati, potendocene essere alcuni limitati al solo territorio statale. Tale era la tesi del governo italiano con riguardo all'applicazione degli articoli 3 e 4 Prot. n. 4. Pronunciandosi per la prima volta sulla questione, la Corte fonda l'applicazione extraterritoriale del divieto di respingimento e di espulsioni collettive sulla funzione degli istituti e sul principio dell'effetto utile, inteso alla luce di una interpretazione evolutiva della Convenzione. Difatti, posto che la *ratio* degli istituti è di “impedire allo Stato di allontanare taluni stranieri senza aver esaminato la loro particolare situazione e senza aver loro consentito di fare esaminare la loro opposizione alla misura di allontanamento da parte di un'autorità competente” e considerato che attualmente la maggior parte dei flussi migratori si

svolge per mare, ne consegue che “se l’art. 4 Prot. 4 si applicasse solo alle espulsioni dal territorio degli Stati parte alla Convenzione, una componente significativa degli attuali fenomeni migratori non ricadrebbe sotto l’ambito di applicazione della disposizione nonostante che le condotte che essa intende proibire si realizzino ugualmente fuori del territorio e in particolare, come nel caso di specie, in alto mare ... l’art. 4 pertanto sarebbe privo di effettività in pratica con riguardo a tali situazioni sebbene esse siano in costante crescita”.

Implicito, è lo “svelamento” dell’artificio statale di anticipare l’intercettazione in alto mare per aggirare le norme della Convenzione e severo e fermo è l’ammonimento agli Stati circa l’inutilità di tali tentativi destinati a scontrarsi con l’attento controllo dell’applicazione effettiva e non illusoria dei diritti da parte della Corte.

2) Un utile contributo della decisione, al fine di neutralizzare gli espedienti degli Stati, risiede altresì nella precisazione degli obblighi procedurali derivanti dai divieti di respingimento ex art. 3 e di espulsioni collettive. L’intercettazione anticipata in alto mare ed il rapido respingimento avevano avuto, infatti, la funzione di prevenire richieste di asilo; come testimoniato, i profughi non erano stati avvertiti dell’intenzione di sbarcarli in Libia e, una volta arrivati, erano stati consegnati alle autorità libiche senza dar loro il tempo di avanzare alcuna richiesta. Nonostante ciò, il governo italiano non esita ad eccepire dinanzi alla Corte che non sussisteva un obbligo di esaminare le domande di asilo perchè queste ... non erano state formulate. A tale sorprendente eccezione, la Corte risponde affermando che quando, come nel caso di specie, lo Stato conosce, o avrebbe dovuto conoscere, il carattere non sicuro del luogo di respingimento, grava su di esso l’obbligo di informare gli interessati del diritto di presentare richiesta di protezione. Per la prima volta, quindi, viene affermato l’obbligo di attivare d’ufficio la procedura per la protezione internazionale e viene riconosciuta, a favore delle persone oggetto di respingimento, l’esistenza di un « diritto di ottenere le informazioni sufficienti per garantire un accesso effettivo alle procedure e avanzare le proprie domande » (par. 204). Tale diritto di informazione risponde anch’esso all’ esigenza di effettività delle norme convenzionali in quanto « il difetto di informazione costituisce il principale ostacolo all’accesso alle procedure di asilo » (par 204).

Degna di nota è anche la precisazione che il diritto ad un ricorso effettivo di cui all’art. 13 CEDU, nel caso dei respingimenti, implica la necessaria sospensione del respingimento stesso in considerazione del carattere potenzialmente irreversibile della lesione dei diritti che ne può derivare. Tale principio – affermato già nelle decisioni 5 febbraio 2002 *Conka c. Belgio* e 21 gennaio 2011 *M.S.S c. Belgio e Grecia* - consente alla Corte di respingere l’eccezione del nostro

governo in base alla quale i profughi avrebbero potuto presentare ricorso in Italia alle competenti autorità una volta sbarcati in Libia. L'argomento poteva essere facilmente superato anche sulla base della mancanza del requisito della accessibilità che deve caratterizzare i ricorsi ex art. 13 per essere effettivi, ma la Corte ritiene assorbente la considerazione che gli eventuali ricorsi presentati dal suolo libico sarebbero stati privi del carattere sospensivo e, pertanto, non effettivi.

3) Un importante effetto sullo sviluppo delle politiche migratorie statali sarà esercitato dalla parte della decisione in cui la Corte ribadisce l'impossibilità di addurre l'esistenza di obblighi convenzionali quale causa di giustificazione dell'inadempimento rispetto alla CEDU. Il principio viene riaffermato a fronte dell'argomento statale per il quale l'Italia si era limitata a dare esecuzione ai trattati stipulati con la Libia che avrebbero imposto l'intercettazione dei profughi e lo sbarco su territorio libico. La Corte risponde che gli Stati non possono aggirare – o liberarsi da – gli obblighi della CEDU stipulando accordi con Stati terzi, ma al contrario, devono assicurarsi della compatibilità con la CEDU di tutti gli altri obblighi assunti per non esporsi al rischio di condanne per inadempimento da parte della Corte. Sebbene tali principi fossero stati già chiariti, è importante che la Corte li abbia riaffermati con solennità rispetto ai divieti di respingimento derivanti dagli articoli 3 e 4 Prot. 4. Ed invero, una delle principali tendenze recenti delle politiche migratorie statali – ma anche dell'UE, si pensi alla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa ai Programmi di protezione regionale, COM (2005) 388 dell'01.09.2005 - è la esternalizzazione ( o extraterritorializzazione) dei controlli sui flussi migratori, cioè l'anticipazione di tali controlli mediante l'attribuzione di essi, sulla base di convenzioni, a Stati extraeuropei di origine o di transito dei flussi stessi. Tale politica, di cui si enfatizzano i vantaggi in termini di efficienza e razionalizzazione, potrebbe rischiare di tradursi, in pratica, semplicemente nel trasferimento della responsabilità del rispetto dei diritti umani a Stati che non sono vincolati dalla CEDU e che, pertanto, non sono soggetti alla giurisdizione della Corte.

Aver chiarito che gli Stati parti restano comunque responsabili essi stessi del rispetto dei diritti umani nello svolgimento di controlli migratori ancorchè questi siano affidati a Stati terzi previene un utilizzo improprio delle politiche di esternalizzazione. Se si pensa che tali politiche sono state inaugurate dagli Stati Uniti con la creazione di campi profughi nella base di Guantanamo (successivamente utilizzata per la esternalizzazione di altre note pratiche), non si tratta di un risultato di poco conto.

Le politiche migratorie di esternalizzazione, incluse le intercettazioni in alto mare che vi rientrano a tutti gli effetti, sono solo una delle manifestazioni di un fenomeno più generale e diffuso, una sorta di “sindrome di Peter Pan” degli Stati, desiderosi di prolungare la situazione felice di una età

primordiale in cui la sovranità era unico criterio e fondamento di esercizio del potere di governo. Rispetto a tale pericolosa tendenza statale, l'alto mare aveva assunto il ruolo di Isola che non c'è, luogo nel quale realizzare il sogno inconfessato. Siamo grati pertanto alla Corte di aver richiamato gli Stati alle responsabilità dell'età adulta dei diritti e di aver chiarito che l'Isola che non c'è ... semplicemente non c'è!