

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2020

IL CASO *S.S. AND OTHERS V. ITALY* NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN LIBIA: OSSERVAZIONI SUI POSSIBILI SCENARI AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Anna Fazzini

Abstract: *Le politiche di esternalizzazione delle frontiere europee implicano diversi aspetti controversi. In particolare, attraverso forme di “delega” dei controlli alle frontiere ai Paesi terzi e la creazione di un sistema di “contenimento indiretto” dei migranti, vi è il rischio che gli Stati europei aggirino i propri obblighi in materia di diritto internazionale, come quelli previsti dalla CEDU. Ciò diventa ancora più preoccupante se si considera il susseguirsi di accordi con Paesi terzi palesemente non sicuri, come la Libia, dove gravi violazioni dei diritti umani sono accertate. Questo contributo si sofferma proprio sulla strategia migratoria inaugurata con il MoU Italia-Libia del 2017 e, all’interno di questo contesto, sul caso *S.S. and Others v. Italy*, attualmente pendente davanti alla Corte di Strasburgo. L’articolo esplora in primo luogo la questione della responsabilità internazionale dell’Italia per le violazioni dei diritti umani in Libia, conseguenza delle sue politiche di esternalizzazione e successivamente analizza il ricorso, cercando di comprendere a quali possibili scenari la Corte potrebbe dar seguito. Fondamentale sarà esplorare la nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU, al fine di comprendere se – e in quali casi – sarebbe possibile affermare la giurisdizione dell’Italia.*

Abstract: *Policies of externalization of European borders controls raise several controversial issues. In particular, through forms of “delegation” of borders controls to Third Countries and the creation of an “indirect containment” system of migrants, there is a risk that European States may circumvent their obligations under International law, like their obligations under ECHR. This is particularly worrying considering the succession of agreements with patently non-safe third countries, such as Libya, where serious violations of human rights occur. This article focuses precisely on the migratory strategy begun with the MoU Italia-Libya 2017 and, within this framework, on the case *S.S. and Others v. Italy*, currently pending before the Court of Strasbourg. Beforehand this article explores the issue of the International Responsibility of Italy for the human rights violations occurred in Libya, consequence of its externalization policies. Subsequently it analyses the appeal, trying to understand the possible ways in which the Court may address the matter. It will be fundamental to look into the notion of jurisdiction under ECHR, in order to understand whether – and in which cases – it would be possible to trigger the Italian jurisdiction.*

IL CASO *S.S. AND OTHERS V. ITALY* NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN LIBIA: OSSERVAZIONI SUI POSSIBILI SCENARI AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *S.S. and Others v. Italy* e il contesto generale: il MoU Italia-Libia 2017. – 2.1. *Libya's hell*: le violazioni dei diritti umani. – 2.2. Profili di responsabilità dell'Italia. – 3. Il caso *S.S.* davanti alla Corte EDU: la questione della giurisdizione. – 3.1. Possibili scenari. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Le numerose implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali dei migranti, conseguenza di politiche europee configuratesi sempre più in chiave securitaria e anti-migratoria, sono ormai oggetto di grande attenzione e dibattito accademico. Gli obiettivi tesi a rafforzare i controlli alle frontiere e a scoraggiare, se non reprimere, i flussi migratori sono perseguiti dall'Unione europea e, all'interno di essa, dai diversi Stati membri, seguendo diverse e controverse strategie, tra le quali, in particolare, il rafforzamento del processo di esternalizzazione delle frontiere ne costituisce una via sicuramente privilegiata¹.

Dopo il cosiddetto “accordo” UE-Turchia del 2016², finalizzato ad arginare il flusso dei migranti, i cui risultati sono stati commentati positivamente dalla Commissione europea in

* Dottoranda in Studi Internazionali presso l'Università di Napoli L'Orientale.

1. Sul tema vedi T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; T. Gammeltoft-Hansen, *The Externalisation Of European Migration Control And The Reach Of International Refugee Law*, in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, a cura di E. Guild, P. Minderhoud, Leiden, 2012, pp. 273-298; M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, Hart Publishing, 2012; V.T. Spijkerboer, *The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control*, in *European Journal of International Law*, Vol 27, Issue 3, August 2016, pp. 817-830, https://brill.com/view/journals/emil/20/4/article-p452_5.xml?lang=en; T. Gammeltoft-Hansen, J. Vedsted-Hansen (a cura di), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation*, London and New York, Routledge, 2017; V. Moreno-Lax, *Assessing Asylum Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, London and New York, Routledge Focus, 2019.

2. Dichiarazione UE-Turchia, 18.3.2016, reperibile al link <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>; in merito ai problemi relativi alla qualificazione giuridica della Dichiarazione, da molti considerato un “accordo”, si veda C. Favilli, *La cooperazione Ue-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. Um. e Dir. Intern.*, vol. 10, 2016, n. 2, pp. 405-426; si veda

vista della creazione di ulteriori partenariati con i Paesi terzi, considerati strategici per la gestione dei migranti³, esempio evidente di questo processo è divenuto il *Memorandum d'intesa Italia-Libia (MoU)*⁴ del febbraio 2017, tramite cui l'Italia ha trasferito il controllo della gestione dei flussi migratori al governo di Al-Sarrāj, in cambio della ricezione, da parte di quest'ultimo, di supporto finanziario e tecnico.

La nuova strategia di “controllo” dei flussi migratori nel Mediterraneo centrale inaugurata dal MoU, come si approfondirà di seguito, ha permesso quindi l'affermarsi delle cosiddette pratiche di *pull-backs* (caratterizzate dall'attività della Guardia Costiera Libica – d'ora in poi: GCL – che intercetta i migranti per poi ricondurli in Libia), oltre che il verificarsi di numerosi episodi controversi. Ci si riferisce agli episodi che vedono il coinvolgimento di navi umanitarie e della stessa GCL, entrambe intervenute per eseguire le operazioni di salvataggio in mare; nonché a eventi che registrano anche il coinvolgimento del Centro Italiano di Coordinamento del Soccorso Marittimo (IMRCC), che coordina a distanza le operazioni, talvolta assegnando esplicitamente alla GCL il comando sul campo e chiedendo alle navi ONG di non intervenire in attesa che la GCL esegua i *pull-backs*⁵.

anche E. Roman, *L'accordo Ue-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21.3.2016, <http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ue-turchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/>.

3. Come si evince dalla Comunicazione sull'attuazione della Agenda europea sulla migrazione, vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Relazione sullo stato di attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 16.5.2018, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e4f17910-fc7a-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF; per consultare l'Agenda europea sulla migrazione vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 13.5.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>.

4. *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2.2.2017, <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>.

Il MoU si rinnova automaticamente allo scadere dei primi 3 anni. Varie sono le recenti proteste della società civile e di numerose ONG, che contestano la liceità di un accordo siglato con un Paese evidentemente «non sicuro» come la Libia, si veda il comunicato congiunto delle ONG Mediterranea Saving Humans, Sea-Watch, Proactiva Open Arms, Sea-eye sulla richiesta di sospensione dell'accordo: <https://mediterraneaescue.org/news/memorandum-italia-libia-inaccettabile-rinnovo/>.

5. A tal proposito si segnala l'incidente del 27 settembre 2017, sul caso vedi P. Biondi, *Italy Strikes Back Again: A Push-Back's First hand Account in Border Criminologies*, 15.12.2017, <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2017/12/italy-strikes>; per informazioni su altri episodi vedi L. Pezzani e C. Heller, *Mare Clausum. I respingimenti per procura nel Mediterraneo*, in *Il lavoro culturale*, 11/5/2018, <http://www.lavoroculturale.org/rapporto-forensic-oceanography/>.

Si vuole evidenziare inoltre che la politica migratoria italiana, a seguito dell'avvento del governo populista nel giugno 2018, ha inaugurato nuove controverse misure, come quella di negare l'accesso ai porti italiani alle navi (ONG battenti bandiera straniera in un primo momento e poi anche navi italiane) con a bordo i migranti soccorsi. Di questi episodi, caratterizzati da una forte campagna di criminalizzazione delle ONG, le cui navi si sono talvolta ritrovate in situazioni di stallo, ferme in mare per giorni in attesa dell'assegnazione di un porto sicuro, non tratta nello specifico il presente contributo, che si sofferma invece sulle implicazioni nella tutela dei diritti umani determinati dall'esternalizzazione delle frontiere in Libia. Per maggiori approfondimenti al riguardo vedi D. Vitiello, *Il diritto di cercare asilo ai tempi*

È all'interno di questo contesto che è attualmente pendente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU o Corte) un ricorso proprio contro l'Italia⁶, basato su eventi accaduti il 6 novembre 2017, che hanno visto coinvolte, nelle operazioni di salvataggio di più di 100 persone a largo delle coste libiche, una nave dell'ONG *Sea Watch* e una motovedetta della Guardia costiera libica. Il naufragio ha causato la morte di almeno 20 persone, mentre più di 40 sopravvissuti sono stati riportati in Libia, andando incontro alle ormai conclamate gravi violazioni dei diritti umani che qui avvengono, testimoniate, come si vedrà, da numerosi rapporti internazionali⁷. Il ricorso sostiene che l'Italia è responsabile per tali violazioni alla luce della Convenzione europea dei diritti umani e specificamente per la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti) e 4 Prot. n. 4 (divieto di espulsioni collettive) CEDU.

In effetti, gli accordi con i Paesi terzi palesemente «non sicuri», che stanno caratterizzando le strategie migratorie nel contesto europeo, rendono ancora più probabile il rischio che siano violati i diritti umani, come già evidenziato per le prassi di esternalizzazione attuate in Australia e negli Stati Uniti⁸. Tali prassi inoltre comportano il rischio di creare dei *black holes* legali⁹. Infatti, esercitando la “delega” dei controlli alle frontiere e creando un sistema di *contactless control*, caratterizzato da un contenimento indiretto dei migranti che di fatto viene attuato dai Paesi terzi, sembra che lo scopo

dell'*Aquarius*, in *SIDIBlog*, 29.6.2018, <http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/>; M. Savino, *The Diciotti Affair: Beyond the Populist Farce*, in *Verfassungsblog*, 2.9.2018, <https://verfassungsblog.de/the-diciotti-affair-beyond-the-populist-farce/>; G. Cataldi, *Migranti nel Mediterraneo e tutela dei diritti. Alcuni casi recenti della prassi italiana*, in *Quaderni di economia sociale* n. 2, 2018, p. 33 ss., https://www.sr-m.it/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2018/11/QES_2_18.pdf; P. De Sena e M. Starita, *Navigare fra istanze “Stato-centriche” e “Cosmopolitiche”: il caso “Sea Watch” in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14.7.2019, <http://www.sidiblog.org/2019/07/14/navigare-fra-istanze-stato-centriche-e-cosmopolitiche-il-caso-sea-watch-in-una-prospettiva-conflittuale/>; A. Del Guercio, *Il caso della “Sea-Watch 3” tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *DUDI*, 2/2019, p. 331 ss.

6. *S.S. and Others v. Italy*, ric. n. 21660/18.

7. Vedi GLOBAL LEGAL ACTION NETWORK, *Legal Action Against Italy Over Its Coordination Of Libyan Coast Guard Pull-Backs Resulting In Migrant Deaths And Abuse*, 8.5.2018, <https://www.glanlaw.org/single-post/2018/05/08/Legal-action-against-Italy-over-its-coordination-of-Libyan-Coast-Guard-pull-backs-resulting-in-migrant-deaths-and-abuse>; vedi anche M. Baumgärtel, *High Risk, High Reward: Taking the Question of Italy's Involvement in Libyan 'Pullback' Policies to the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 14.5.2018, <https://www.ejiltalk.org/high-risk-high-reward-taking-the-question-of-italys-involvement-in-libyan-pullback-policies-to-the-european-court-of-human-rights/>.

8. Le prassi di esternalizzazione spesso comportano violazioni del diritto di lasciare qualsiasi Paese, del diritto di chiedere asilo, del principio di *non-refoulement*, del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti, del diritto ad un rimedio effettivo, vedi B. Frelick, I.M. Kysel, J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 4, n. 4. 2016, p. 190 ss. https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/jmhs.pdf.

9. Vedi R. Wilde, *Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26 n. 3, 2005, pp. 739-806 <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=mjil>.

perseguito dagli Stati europei sia proprio quello di aggirare le proprie responsabilità, in particolare, gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹⁰.

In effetti, un punto molto controverso è stabilire se sussista in tali casi la giurisdizione degli Stati europei ai sensi dell'art. 1 CEDU e se questi possano pertanto (e in quali casi) essere chiamati a rispondere dinanzi alla Corte di Strasburgo per le violazioni di diritti umani, conseguenza di tali politiche di esternalizzazione.

Scopo di questo contributo è quindi quello di analizzare il caso *S.S. and Others v. Italy* (o caso GLAN-ASGI¹¹) nel contesto più ampio della cooperazione Italia-Libia e cercare di comprendere, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU e dei dibattiti accademici esistenti, quali scenari si potrebbero prefigurare.

Nella prima parte sarà pertanto analizzata la “nuova” strategia di controllo del Mediterraneo inaugurata dal MoU del 2017 e la situazione in Libia. Ci si chiederà inoltre qual è la responsabilità internazionale dell'Italia per le violazioni dei diritti umani subite dai migranti in Libia, esplorando in particolare (ma non solo) l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (ARS).

Nella seconda parte sarà analizzato il ricorso, soffermandosi in particolare sulla nozione di giurisdizione, al fine di comprendere quali sono gli scenari a cui la Corte potrebbe dar seguito. È in effetti importante comprendere, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, quali sono i trend evolutivi in materia di giurisdizione extraterritoriale e se vi sono elementi sulla cui base la Corte potrebbe ritenere sussistente la giurisdizione italiana superando i paradigmi classici del *control over an area or an individual*. Attenzione sarà data all'approccio “funzionale” della nozione di giurisdizione, che potrebbe essere utile proprio nei casi di esternalizzazione alle frontiere, ma anche all'approccio della dottrina degli obblighi positivi, al cui interno la Corte sembra essersi mostrata incline a ricomprendere gli scenari di complicità, seppur in base ad una giurisprudenza non ben consolidata.

L'analisi sarà focalizzata in particolare sulla violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), sebbene, come si è detto, siano anche altre le violazioni contestate.

Essendo ancora non noti tutti gli elementi del caso ed essendo il ricorso non ancora dichiarato ammissibile o meno (allo stato attuale è possibile però consultare le osservazioni

10. Vedi V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *The Raise Of Consensual Containment: From Contactless Control To Contactless Responsibility For Migration Flows*, in *Research Handbook on International Refugee Law*, a cura di S. JUSS, Edward Elgar, 2019, p. 82.

11. Il ricorso è stato curato dal Global Legal Action Network (GLAN) e dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), con il supporto dell'Università di Yale e dell'Associazione Ricreativa e Culturale Italiana (ARCI).

di soggetti terzi autorizzati ad intervenire in causa¹²⁾, si tratterà di un'analisi speculativa, che avrà però lo scopo di riflettere sulle implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali conseguenza dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia e sugli strumenti di cui dispone la Corte EDU, posta di fronte alle sfide legali che un simile processo di *Contactless Control* (e di *Contactless Responsibility*¹³⁾ inevitabilmente produce.

2. Il caso *S.S. and Others v. Italy* e il contesto generale: il MoU Italia-Libia 2017

Come già anticipato, il caso GLAN-ASGI si basa sui fatti accaduti il 6 novembre 2017, che hanno visto il coinvolgimento, nelle operazioni di salvataggio di più di 100 migranti a largo delle coste libiche, dalla ONG *Sea Watch* e della Guardia Costiera Libica (GCL), giunta sulla scena dell'incidente a bordo di una nave precedentemente donatagli dall'Italia. Circa 20 persone hanno perso la vita durante il naufragio, 59 sono state soccorse dalla *Sea Watch*, mentre 49 migranti sono stati riportati in Libia dalla GCL.

In base alla ricostruzione dei fatti¹⁴⁾, le operazioni sono state coordinate a distanza dall'IMRCC, con base a Roma, che ha segnalato la presenza dell'imbarcazione in difficoltà sia alla *Sea Watch* che alla GCL, mentre non è chiaro se quest'ultima abbia poi assunto volontariamente il comando operativo o se l'abbia fatto su indicazione dell'IMRCC. Sulla scena dell'incidente era presente anche un elicottero della Marina Militare Italiana.

Il rapporto alla base del ricorso, inoltre, mette in luce il comportamento spregiudicato della GCL, che ha agito senza riguardo alcuno per la vita dei migranti: non ha prestato immediato soccorso ai naufraghi, ma anzi ha attuato manovre azzardate e pericolose per la loro incolumità; ha ostacolato il lavoro dei volontari della *Sea Watch* gettando loro oggetti di ogni tipo; ha percosso più volte i migranti a bordo ed è ripartita infine lasciando una persona agganciata alla scala esterna della nave e fermandosi solo dopo ripetuti comandi provenienti dall'elicottero della Marina Militare Italiana.

L'episodio costituisce un caso paradigmatico delle conseguenze delle politiche italiane di esternalizzazione delle frontiere in Libia, ma non è un caso isolato. Dalla firma del

12. Si tratta degli interventi congiunti di Amnesty International e Human Rights Watch, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/hrw_amnesty_international_submissions_echr.pdf; AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/ECtHR-SS_v_Italy_final-JointTPI-ICJECREAIREDCR-English-2019.pdf; Council of Europe Commissioner for Human Rights, <https://rm.coe.int/third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights-app/168098dd4d>; Legal Clinic in International Protection of Human Rights of the Department of Law at Roma Tre University http://protezioneinternazionale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/11/Written-observations_05.11.19.pdf.

13. V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit.*

14. Alla base del ricorso vi è la ricostruzione audio-visiva dell'episodio prodotta da Forensic Oceanography (Forensic Architecture, Università di Londra), reperibile al link <https://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard#toggle-id-3>.

controverso MoU tra l'Italia e il governo di Al-Sarrāj il 2 Febbraio 2017, con cui l'Italia si è impegnata a fornire aiuto finanziario e tecnico alla Libia con il fine di impedire le partenze dei migranti, si è inaugurata una nuova strategia di “controllo” dei flussi migratori nel Mediterraneo centrale, caratterizzata, come è stato affermato¹⁵, dal passaggio dai *push-backs* attuati delle autorità italiane verso la Libia alle pratiche di *pull-backs*, in cui è la Guardia costiera libica ad intercettare i migranti e ricondurli in Libia.

Questi ultimi costituirebbero quindi una sorta di “evoluzione” della prassi dei respingimenti attuati dall'Italia verso la Libia in seguito all'entrata in vigore del Trattato di amicizia del 2008¹⁶, siglato da Berlusconi e Gheddafi, che, com'è noto, hanno trovato una ferma condanna nella sentenza *Hirsi*¹⁷ del 2012. La Grande Camera, nel celebre caso, riguardante l'intercettazione in alto mare e il trasferimento in Libia di 11 somali e 13 eritrei da parte delle autorità italiane, aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 della CEDU, avendo respinto i ricorrenti in un Paese dove «sapeva o doveva sapere»¹⁸ che sarebbero stati esposti al rischio di subire torture o trattamenti inumani e degradanti, oltre che a *refoulement* indiretto; dell'art. 4 del Protocollo n. 4, condannando per la prima volta le espulsioni collettive in alto mare e dell'art. 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con gli art. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4.

La pratica dei *pull-backs* invece è la cifra caratteristica del nuovo modello di cooperazione Italia-Libia, che, in linea con una strategia politica europea ben più ampia, tesa al rafforzamento del processo di esternalizzazione¹⁹, ha introiettato un sistema di “delega” dei controlli alle frontiere basato su un *contact-less control* esercitato dall'Italia e un contenimento dei migranti di fatto attuato dalla Libia, che ha, ancora una volta, l'effetto di impedire l'accesso al territorio europeo.

15. Vedi L. Riemer, *From Push-Backs To Pull-Backs: The Eu's New Deterrence Strategy Faces Legal Challenge*, in *NetzwerkFluchtforschung*, 16.6.2018, <https://fluechtlingsforschung.net/from-push-backs-to-pull-backs-the-eus-new-deterrence-strategy-faces-legal-challenge/>.

16. Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione, 30 agosto 2008.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2009/02/18/009G0015/sg>.

17. Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), sentenza del 23 febbraio 2012, ric n. 27765/09, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*; Vedi A. Liguori, *La Corte europea condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia nel 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. Dir. Inter.*, Anno XCV Fasc. 2-2012, pp. 415-443.

18. Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 131 e 156.

19. La cooperazione Italia-Libia si può considerare come parte di uno scenario ben più ampio, in linea con il processo di esternalizzazione che si sta attuando anche a livello europeo, di cui l'accordo UE-Turchia rappresenta un primo *step* fondamentale. Vedi A. Del Guercio e A. Liguori, *Le risposte dell'Italia e dell'Unione europea alla crisi migratoria*, in *Laboratorio dei Diritti Fondamentali*, Bollettino n. 23 – novembre 2017, <https://labdf.eu/project/bollettino-n-23-novembre-2017/>. Inoltre la politica migratoria italiana è supportata dall'Unione europea, il cui intento di collaborare con la Libia è testimoniato già dalla missione navale europea dell'EUNAVFOR MED, che ha assunto anche i compiti di addestramento della GCL, per ulteriori approfondimenti vedi G Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'Ue per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII (2018), p. 413 ss.

Tuttavia, come è stato affermato, «the only difference with the Hirsi case is that Italy will not be doing so by itself, aware that this might be contrary to the ECHR, but will be providing technical, technological and financial aid to Libya, in effect attaining the same result»²⁰.

Infatti, nello specifico, il MoU prevede che l'Italia, al fine di «arginare i flussi di migranti illegali»²¹, s'impegni in una serie di azioni, come fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta all'immigrazione clandestina (Guardia di frontiera e Guardia costiera, organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'interno), finanziare i Centri di accoglienza e la formazione del personale libico impiegato.

In seguito alla firma del MoU, due atti adottati dall'Italia hanno ulteriormente rafforzato il processo di esternalizzazione delle frontiere in Libia: l'approvazione di una missione di sostegno alla GCL, tramite il distacco di unità navali italiane nel mare territoriale libico²²; l'adozione di un Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di soccorso²³, che, prevedendo, *inter alia*, il divieto di ingresso nei mari libici, salvo in situazione di grave emergenza e il divieto di ostacolare l'attività di *Search and Rescue* della GCL, ha di fatto ridotto notevolmente la loro libertà di azione²⁴.

La denuncia da più parti sollevata è che la cooperazione Italia-Libia, a discapito della retorica umanitaria che la giustifica come necessaria per salvare vite in mare e contrastare il traffico dei migranti, non tenga realmente in considerazione la tutela dei diritti fondamentali, *in primis* del diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti. La Libia infatti non può essere considerata affatto un Paese sicuro, non è parte della Convenzione di Ginevra per lo status dei rifugiati del 1951 ed è soprattutto teatro di innegabili e gravi violazioni dei diritti umani.

20. A Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., p. 12.

21. *Memorandum* d'intesa Italia-Libia, art 1. Da notare l'utilizzo di un linguaggio inappropriato, in quanto l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite fin dal 1975 ha raccomandato l'uso di termini come "irregolare" al posto di "illegale" o "clandestino".

22. Ad agosto 2017, in risposta ad una richiesta del Governo libico, l'Italia ha autorizzato il distacco di unità navali italiane nel mare territoriale libico. Il Parlamento ha provveduto ad approvare la delibera di accoglimento trasmessa dal Consiglio dei Ministri, vedi Camera dei deputati, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017* p. 48 e Senato della Repubblica, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017* p. 71.

23. *Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare*, 7.8.2017, consultabile sul sito del Ministero degli interni <https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/documenti/codice-condotta-ong-impegnate-nel-salvataggio-dei-migranti-mare>.

24. Vedi G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave*, cit.

2.1. *Libya's hell: le violazioni dei diritti umani*

Numerosi sono i rapporti di organismi internazionali e di ONG che testimoniano le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani a cui sono sottoposti i migranti in Libia, siano essi migranti economici o rifugiati.

In seguito alla caduta di Gheddafi nel 2011, il rischio per i migranti di subire torture e trattamenti inumani e degradanti, già accertato nel caso Hirsi, è notevolmente aumentato, complice anche il deterioramento della situazione politica, la guerra civile, le divisioni interne e la creazione del Governo di Accordo Nazionale della Libia, guidato da Al-Sarrāj, riconosciuto dalla comunità internazionale ma incapace di controllare l'intero territorio libico.

La situazione libica era nota già al tempo della firma del MoU, come testimonia il rapporto del 13 dicembre 2016 *Detained and Dehumanised*²⁵ dell'Alto Commissariato ONU per i diritti umani (OHCHR) e della Missione di Supporto dell'ONU in Libia (UNSMIL), che denuncia la condizione dei migranti, sistematicamente sottoposti a: detenzioni arbitrarie, uccisioni indiscriminate, torture e altre forme di trattamenti degradanti, sfruttamento sessuale, lavori forzati, abusi e sevizie sessuali. La situazione è confermata successivamente dal Rapporto del Panel di esperti in Libia dell'ONU²⁶, così come dal Rapporto dell'European Border Assistance Mission (EUBAM)²⁷, che parla di «gross human rights violations and extreme abuse and mishandling of detainees»²⁸ compiute nei campi di detenzione libici. Tra i rapporti delle ONG si possono citare i dossier di Oxfam²⁹ e Amnesty International³⁰, dove si afferma che «the lack of any judicial oversight of the detention process and the near total impunity with which officials operate, has facilitated the institutionalization of torture and other ill-treatment in detention centres»³¹. All'istituzionalizzazione della tortura nei campi libici, si aggiungono inoltre i casi di riduzione in schiavitù segnalati da inchieste giornalistiche³² e documentati anche dall'Organizzazione Internazionale delle Migrazioni

25. OHCHR, UNSMIL, «*Detained And Dehumanised*» Report on Human Rights abuses against migrants In Libya, 13.12.2016, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf.

26. Dove si mette in luce inoltre la collusione tra membri della CGL e i trafficanti di esseri umani, vedi ONU, *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, 1.6.2017, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2017/466.

27. Consiglio dell'Unione europea, *Eubam-Libya Initial Mapping Report Executive Summary*, 25.1.2017, reperibile al link <https://statewatch.org/news/2017/feb/eu-eeas-libya-assessment-5616-17.pdf>.

28. *Ivi*, p. 37.

29. OXFAM, *You aren't human any more*, 9.8.2017, https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/mb-migrants-libya-europe-090817-en.pdf.

30. AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya's dark web of collusion, Abuses against europe-bound refugees and migrants*, 11.12.2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017ENGLISH.PDF>.

31. *Ivi*, p. 7.

32. Vedi *People for Sale. Where lives are auctioned for \$ 400*, inchiesta reperibile sul sito della CNN <https://edition.cnn.com/2017/11/14/africa/libya-migrant-auctions/index.html>.

(OIM), che denuncia la presenza di *slave markets* in cui vengono mercificati migranti subsahariani³³.

Ciò che emerge in particolare è che le violenze sono perpetrate soprattutto dai funzionari libici, come i membri della GLC e il personale incaricato della gestione dei Centri di “accoglienza”, che, in quanto funzionari del governo di Al-Sarrāj, sono da considerarsi organi statali libici.

La Libia è quindi responsabile di *gross violations* dei diritti umani, della violazione di norme consuetudinarie, come il divieto di schiavitù e di tortura e degli obblighi convenzionali a cui è vincolata, avendo ratificato, *inter alia*, la Convenzione contro la schiavitù del 1926 (emendata nel 1953), il Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984 e sul piano regionale la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli del 1981 e la Carta araba dei diritti umani del 2004³⁴.

Va inoltre evidenziato che le *gross violations* dei diritti umani commesse dalla Libia potrebbero qualificarsi come crimini contro l’umanità: dal marzo del 2011 la Procura della Corte Penale Internazionale (CPI) sta conducendo un’indagine sulla situazione in Libia per i crimini commessi a partire dal 15 febbraio 2011 e non ha mancato di affermare, in più occasioni, che rientrano nell’indagine anche i crimini gravi e diffusi contro i migranti in transito in Libia³⁵.

Più recentemente si segnala la richiesta congiunta di ASGI, ARCI e il Cairo Institute for Human Rights Studies, inoltrata alla Commissione africana sui diritti dell’uomo e dei popoli perché svolga un’indagine sulle gravi violazioni dei diritti umani che rifugiati e migranti subiscono nei Centri di detenzione in Libia³⁶.

Tuttavia, maggiori perplessità potrebbero sorgere per le violazioni commesse nel Sud della Libia, dalle guardie che presidiano i confini meridionali nella regione del Fezzan. Dal momento che quest’ultima è attualmente autonoma dal Governo di Al-Sarrāj, non è chiaro se la condotta delle guardie possa essere attribuita alla Libia. Si dovrebbe chiarire se le guardie operano nel contesto dell’autonomia storicamente concessa alla regione del Fezzan o nell’ambito di gruppi insurrezionali. In quest’ultima eventualità, la loro condotta non

33. Vedi la pagina dell’OIM relativa alla situazione in Libia, <https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa>.

34. Vedi G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit.

35. Vedi I. Mann, V. Moreno-Lax, O. Shatz, *Time to Investigate European Agents for Crimes against Migrants in Libya*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 29.3.2018, <https://www.ejiltalk.org/time-to-investigate-european-agents-for-crimes-against-migrants-in-libya/>.

36. Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione (ASGI), *Associazioni e Ong euroafricane alla Commissione africana su diritti umani: indagare le violenze ai danni dei migranti in Libia*, luglio 2019 <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-violenze-indagine-commissione-africana-diritti-umani/>.

dovrebbe essere imputabile alla Libia, ma al “nuovo” Stato che i ribelli vorrebbero istituire, qualora l’insurrezione si concludesse con la sua costituzione³⁷.

2.2. Profili di responsabilità dell’Italia

Ferma restando l’imputabilità della Libia per le violazioni dei diritti umani sopra descritte, in molti si sono interrogati sui profili di responsabilità dell’Italia, investigando in particolare l’ipotesi di una sua responsabilità indiretta per complicità³⁸.

La fattispecie è disciplinata all’art. 16 ARS, intitolato «Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act», che afferma:

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) The State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act
- b) The act would be internationally wrongful if committed by the State

Tale disposizione trae origine dalla iniziale proposta del Relatore Speciale Ago, contenuta nel suo settimo Rapporto del 1978, che aveva intenzione di trasporre l’istituto della complicità all’interno del diritto della responsabilità internazionale³⁹. La norma, ritenuta dal Relatore Speciale Ago soltanto come parte del progressivo sviluppo del diritto internazionale⁴⁰ (così come rimarcato successivamente anche dal Relatore Speciale Crawford⁴¹), è oggi in dottrina largamente considerata di carattere consuetudinario⁴²,

37. Per maggiori approfondimenti sulla questione G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit. p. 425.

38. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of Border Controls*, cit.; G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit.; R. Palladino, *Nuovo quadro di partenariato dell’Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell’Italia (e dell’Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2018, pp. 104-134; R. Mackenzie-Gray Scott, *Torture In Libya And Questions Of Eu Member States Complicity*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 11.1.2018, <https://www.ejiltalk.org/torture-in-libya-and-questions-of-eu-member-state-complicity/>.

39. La disposizione originaria elaborata da Ago corrispondeva all’art. 25: «Complicity of a State in the internationally wrongful act of another State» (Vedi R. AGO, *Seventh Report on State Responsibility*, CDI Yearbook 1978, II (1), p. 60). Il termine «complicità», in seguito al dibattito maturato in seno alla CDI, fu poi sostituito dall’espressione «Aiuto e assistenza», ritenuta più neutrale, come si evince dal riformulato art 27: «Aid or assistance by a State or another State for the commission of an internationally wrongful act» (vedi CDI Yearbook 1978, II (2), p. 99). L’art. 27 divenne poi l’attuale art. 16 «Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act» in vista dell’approvazione in seconda lettura del Progetto nel 2001.

40. Vedi R. Ago, *Seventh Report on State Responsibility*, CDI Yearbook 1978, I (2), p. 59, par 74.

41. J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 13.

42. A favore di questa interpretazione vedi, *inter alia*, J. Quigley, *Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility*, in *The British Yearbook of International Law*, Vol. 57, n. 1, 1986, pp. 81-107; B.

sebbene esistano posizioni discordanti in merito⁴³. A rafforzare tale posizione è stata la Corte Internazionale di Giustizia (d'ora in poi CIG), che, nel caso del Genocidio bosniaco, ha affermato la natura consuetudinaria della norma contenuta nell'art. 16 ARS⁴⁴. Tuttavia nella celebre pronuncia, la CIG non ha fornito un'adeguata ricostruzione degli elementi costitutivi della natura consuetudinaria della norma, relativamente alla prassi e all'*opinio juris*, rendendo di fatto impossibile «to infer from the judgment what the Court had in mind as the exact content of the rule»⁴⁵.

In effetti, l'attuale disciplina della responsabilità internazionale per complicità, in virtù di una scarsa giurisprudenza in materia e alcuni dubbi interpretativi, presenta più di una questione aperta, su cui ci si soffermerà di seguito.

In primo luogo, esaminando la norma, si può innanzitutto supporre che a rientrare nella portata dell'art. 16 sia qualsiasi tipo di atto che *agevola* la commissione di un atto illecito da parte di un altro Stato. L'*aid or assistance* può consistere quindi in un'assistenza di tipo finanziario, politico, commerciale, militare, logistico ecc. Inoltre, in base a quanto si legge nel Commentario della Commissione di Diritto Internazionale (d'ora in poi CDI), non è richiesto che l'aiuto fornito sia stato indispensabile per la commissione dell'atto illecito, bensì è sufficiente che «it contributed significantly to the act»⁴⁶. Nel caso in esame, considerando quanto finora esposto, si potrebbe affermare che l'Italia, con il suo supporto, contribuisca significativamente alla commissione delle violazioni dei diritti umani in Libia. Inoltre in alcuni casi il supporto potrebbe essere considerato anche come “indispensabile”: in riferimento ai *pull-backs*, per esempio, verosimilmente, la Libia non avrebbe né i mezzi né

Graefrath, *Complicity in the Law of International Responsibility*, in *Revue Belge de Droit International*, 1996/2, p. 378 ss.; K. Nahapetian, *Confronting State Complicity in International Law*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* Vol. 7, 2002, pp. 101-104; G. Nolte e H.P. Aust, *Equivocal Helpers: Complicit States, Mixed Messages and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, n. 1, 2009, pp. 7-10; H.P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 98; V. Lanovoy, *Complicity in an International Wrongful Act*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law*, a cura di A. Nollkaemper, I. Plakokefalos, Cambridge, 2014, p. 134 ss.; M. Jackson, *Complicity in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 150 ss.; E. De Wet, *Complicity in the Violations of Human Rights and Humanitarian Law by Incumbent Governments Through Direct Military Assistance on Request*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, n. 2, 2018, p. 290.

43. Per una ricostruzione dettagliata del dibattito in merito vedi H.P. Aust, *op. cit.*

44. *Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, par. 420. In precedenza alle stesse conclusioni era giunto il giudice Stephen M. Schwebel nella sua opinione dissenziente resa nel caso Nicaragua c. Stati Uniti (vedi CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, Jurisdiction, Dissenting Opinion of Stephen W. Schwebel, Rapporto 1984, p. 558, par. 74).

45. H.P. Aust, *op. cit.*, p. 100.

46. Commentario della Commissione Internazionale (CDI), art. 16, p. 66 par. 5.

la volontà di intercettare i migranti e riportarli indietro, se non in virtù degli impegni assunti con il MoU⁴⁷.

Ad ogni modo, nonostante siano vari gli studiosi concordi nell'affermare la responsabilità dell'Italia ai sensi dell'art. 16, vi sono alcuni aspetti problematici da considerare.

In particolare, in riferimento al primo requisito (art 16 lett. a), secondo cui perché si configuri la responsabilità per complicità lo Stato che assiste deve agire con la *consapevolezza* delle circostanze che rendono l'atto internazionalmente illecito, sorgono dei dubbi interpretativi proprio in relazione alla nozione di *knowledge*, alimentati in una certa misura dal Commentario della CDI stesso. Infatti si legge in quest'ultimo che, oltre alla consapevolezza delle circostanze che rendono l'atto internazionalmente illecito, l'aiuto e l'assistenza devono essere dati «*with a view to facilitating the commission of the wrongful act*» ed è specificato in seguito che «*a State is not responsible[..]unless the relevant State organ intended, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct*»⁴⁸.

Applicando tale lettura, quindi, la responsabilità per complicità si configurerebbe quando vi sia un *intento* da parte dello Stato che assiste di facilitare la commissione dell'atto illecito da parte dell'altro Stato e non sarebbe sufficiente provare soltanto la consapevolezza delle circostanze.

La questione interpretativa è ad oggi oggetto di dibattito⁴⁹. Tuttavia, secondo diversi studiosi, considerare il *mental element* come elemento essenziale dell'art. 16 renderebbe di fatto la disciplina sulla complicità inapplicabile⁵⁰, oltre a restringere la portata dell'articolo, dal momento che raramente gli Stati agiscono in base alla specifica motivazione di commettere illeciti internazionali. La vera questione è che essi sono «*more likely prepared to incur the occasional breach of certain obligations while being in the pursuit of some perceivably higher aim*»⁵¹.

A tal proposito, va ricordato che, nel caso sul genocidio bosniaco, la CIG ha evitato di pronunciarsi sul requisito dell'intenzionalità, affermando che *at the least* la complicità

47. A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of Border Controls*, cit., p. 25.

48. Commentario CDI, art. 16, p. 66 par. 1 e 5.

49. Sul tema, H.P. Aust, *op. cit.*; V. Lanovoy, *Complicity In an International Wrongful Act*, in *Shares Research Paper*, 38/2004, https://www.academia.edu/12009834/Complicity_in_an_Internationally_Wrongful_Act.

50. Vari argomenti potrebbero essere sollevati in sostegno di questa tesi, quali l'impossibilità di concepire lo Stato come un attore in grado di compiere coscientemente delle azioni, dovendone determinare lo *state of mind* o la possibilità per lo Stato di "nascondere" facilmente il proprio reale intento, evitando di dichiararlo tramite atti pubblici, vedi M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, cit. p. 105 ss.

51. *Ibidem*.

richiede la consapevolezza⁵². Ciò potrebbe significare che la consapevolezza costituisce di solito una condizione sufficiente.

Esiste poi la possibilità di considerare una terza posizione, secondo cui lo standard richiesto dall'art. 16 corrisponderebbe ad una nozione di *knowledge* che ridurrebbe la differenza tra «consapevolezza» e «intento». Potrebbe essere utile a riguardo riferirsi alla definizione di «intento» contenuta nel sottoparagrafo “b” dell'art. 30 (2) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, secondo cui «a person has intent where, in relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events».

Infatti, se la prima parte della disposizione («means to cause that consequence») descrive una forma di *direct intent*, la seconda parte («aware that it will occur in the ordinary course of events») fa riferimento ad una «*more oblique form of intent, where a person does not have the desire or will to bring about the consequences of the crime but is aware that those elements will be the almost inevitable outcome of his or her acts or omissions*»⁵³.

Applicando per analogia tale definizione, quindi, il requisito dell'art. 16 (a) ARS potrebbe essere soddisfatto non solo laddove lo Stato che assiste agisca con lo scopo di determinare una particolare conseguenza, ossia l'agevolazione dell'atto illecito, ma anche nel caso in cui sia consapevole che tale conseguenza si verificherà nel normale corso degli eventi, sulla base di una «*knowledge or virtual certainty that the recipient state will use the assistance unlawfully [...] whatever its desire or purpose*»⁵⁴.

In riferimento al caso di specie pertanto, la definizione del requisito di cui all'art. 16 (a) è fondamentale: se lo standard richiesto è quello della *consapevolezza* (o di una *virtual certainty*, come si deduce dalla particolare interpretazione di *intent* fornita dalla CPI), vi sono molti argomenti per sostenere la responsabilità internazionale dell'Italia per complicità, dal momento che, come esaminato *supra*, le gravi violazioni dei diritti umani cui vanno incontro i migranti in Libia sono ampiamente comprovate; se lo standard richiesto è quello dell'intenzionalità, invece, sarebbe molto difficoltoso soddisfarlo, poiché non vi è prova che l'Italia voglia che i migranti siano sottoposti a tali trattamenti.

52. *Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, par. 421.

53. H. Moynihan, *Aiding and Assisting: Challenges in Armed Conflict and Counterterrorism*, in *International Law Program*, Chatham House, novembre 2016, p. 20.

<https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-11-11-aiding-assisting-challenges-armed-conflict-moynihan.pdf>.

54. *Ibidem*. In accordo con l'autore, tuttavia, si vuole precisare che bisogna essere cauti nell'utilizzare analogie tra la responsabilità individuale ai sensi del diritto penale internazionale e la responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 16 ARS, trattandosi di aree di diritto internazionale differenti per storia e caratteristiche. Si ritiene ad ogni modo che in mancanza di una solida giurisprudenza in materia, il significato di “intento” nel diritto penale internazionale potrebbe essere utile per comprendere lo standard richiesto dall'art. 16 ARS.

In riferimento al cosiddetto requisito dell'*opposability* invece (art 16. Lett. b), perché si configuri la responsabilità per complicità, l'atto internazionalmente illecito deve essere tale anche se commesso dallo Stato che assiste. In altre parole la condotta illecita deve costituire una violazione di norme internazionali che vincolano entrambi gli Stati. Il requisito è indubbiamente soddisfatto nel caso della violazione di una norma consuetudinaria, mentre potrebbe essere più problematico il caso di una norma convenzionale, qualora i due Stati non fossero parte del medesimo trattato. A questo proposito infatti non è chiaro se le norme violate devono essere contenute nel medesimo trattato che vincola entrambi gli Stati o se, anche in presenza di fonti giuridiche diverse, è sufficiente che esse siano simili nella sostanza, come può accadere nel caso di trattati regionali.

Nel caso di specie, ad ogni modo, il requisito sarebbe soddisfatto, dal momento che la tortura è proibita dal diritto consuetudinario e anche da norme convenzionali che vincolano sia l'Italia che la Libia⁵⁵.

Inoltre la responsabilità internazionale dell'Italia potrebbe configurarsi anche ai sensi dell'art. 41(2) ARS, secondo cui «no State shall recognise as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of Article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation». Si potrebbe infatti sostenere che la Libia è responsabile di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative di diritto internazionale (art. 40 ARS) e che l'Italia fornisce aiuto e assistenza nel mantenere tale situazione in violazione dell'art. 41(2)⁵⁶. Inoltre il Commentario della CDI chiarisce che, in tal caso, non è richiesta la verifica del requisito di *knowledge*, in quanto «it is hardly conceivable that a State would not have notice of the commission of a serious breach by another State»⁵⁷.

Infine, una parte della dottrina esplora ulteriori profili di responsabilità internazionale. Alcuni sostengono infatti che la responsabilità dell'Italia potrebbe configurarsi anche ai sensi dell'art. 17 ARS, *Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act* (nel cui commento inoltre la CDI non menziona il *mental element*)⁵⁸. Secondo altri invece le condizioni alla base dei paradigmi di “controllo” e

55. Gli Stati sono entrambi parti, *inter alia*, della Convenzione contro la schiavitù del 1926 (così come emendata nel 1953) e della Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

56. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of border controls*, cit.; G. Pascale, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law*, 28.2.2019, <http://www.qil-qdi.org/is-italy-internationally-responsible-for-the-gross-human-rights-violations-against-migrants-in-libya/>.

57. Commentario CDI, art. 41, p. 115, par. 11.

58. Vedi V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit.*; vedi anche A. Pijnenburg, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of Migration and Law* 20 (2018) pp. 396-426; C.L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli “effetti collaterali” nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in questa *Rivista*, n. 2.2018 p. 20 ss.

“direzione” sarebbero molto difficili da applicarsi in pratica, poiché richiederebbero degli standard molto elevati, riferendosi a casi in cui si attua un controllo specifico ed effettivo sulle operazioni, strettamente connesso alla commissione dell’illecito, cosa che potrebbe verificarsi se ad esempio dietro l’attività di supporto alla GCL, si nascondessero direttive specifiche relative alla gestione dei migranti⁵⁹.

Tuttavia, in virtù di una lettura meno restrittiva fornita dal Commentario della CDI, che vedrebbe rientrare nella portata della disposizione anche forme di direzione non necessariamente assimilabili all’esercizio di un “completo controllo” (e quindi anche istruzioni generali, non solo comandi dettagliati e correlati alle azioni che violano i diritti umani), la condotta dell’Italia potrebbe rispondere alle condizioni di cui all’art. 17 ARS. Ciò infatti potrebbe essere rilevante soprattutto per i casi, come quello in esame, in cui il diretto coinvolgimento italiano, tramite il coordinamento effettuato dall’MRCC di Roma, metterebbe in luce non un «mere incitement or suggestion» ma piuttosto un «*actual direction of an operative kind*»⁶⁰.

3. Il caso S.S. davanti alla Corte EDU: la questione della giurisdizione

Se da una parte le norme sulla responsabilità internazionale appena indagate possono costituire strumenti utili per la Corte EDU, dall’altra le sfide legali che le si pongono sembrano presentare maggiori complessità.

Come è stato già affermato, le pratiche di esternalizzazione, come quella analizzata nella cooperazione Italia-Libia, hanno l’effetto di creare un sistema di *contactless control* dei migranti e di rendere quindi complessa la possibilità di ottenere rimedi giurisdizionali: in particolare, nell’eventualità di ricorsi esperiti contro un *outsourcing State* dinanzi a organismi internazionali per i diritti umani, come la Corte EDU, la questione più spinosa è evidentemente costituita dall’accertamento della giurisdizione statale, essendo gli Stati

59. G. Pascale, *Esternalizzazione Delle Frontiere In Chiave*, cit. p. 429.

60. Commentario CDI, art. 17, p. 69, par. 7.

In merito alla possibilità di attribuire all’Italia una responsabilità internazionale ai sensi dell’art 17 ARS, va citata una recente inchiesta giornalistica pubblicata da diverse testate, che informa sulle indagini intraprese dalla Procura di Agrigento indirizzate a chiarire il ruolo effettivo della Marina Militare Italiana nelle attività effettuate dalla GCL. In base all’inchiesta sarebbe proprio l’MRCC italiano a dare direttive alla GCL e a coordinare le motovedette, mentre non esisterebbe *de facto* un vero centro di coordinamento dei soccorsi libico, come si evincerebbe dagli *omissis* contenuti nella documentazione del progetto finanziato da Bruxelles per la zona libica SAR, Per approfondimenti si vedano La Repubblica, *Tripoli e il bluff della guardia costiera: è gestita da Roma*, 2.11. 2019, <https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2019/11/02/news/tripoli> e il bluff della guardia costiera e gestita da roma -240106393/, L’Espresso, *Migranti: la Guardia costiera libica è una grande fake news*, 27.9.2019, <http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/09/27/news/guardia-costiera-libia-1.339289>.

parte di un trattato sui diritti umani obbligati ad assicurare il rispetto dei diritti contenuti nei confronti delle persone *within their jurisdiction*⁶¹.

Nel caso in esame infatti, la Corte, chiamata a rispondere delle eventuali violazioni dell'Italia degli obblighi derivanti dalla CEDU (nell'analisi seguente ci si soffermerà in particolare sull'art. 3), dovrà innanzitutto stabilire se sussista o meno la sua giurisdizione e qualora non dovesse rilevarne gli estremi dichiarerà inammissibile il ricorso.

È necessario quindi soffermarsi sulla nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU che, seppur concepita come “principalmente territoriale”, ha conosciuto un'importante evoluzione, avendo la Corte di Strasburgo stabilito che, in alcuni casi, le azioni degli Stati contraenti possono costituire esercizio della giurisdizione anche al di fuori del proprio territorio⁶². È altresì importante chiarire i principali passaggi che hanno permesso un'interpretazione maggiormente estensiva della nozione, tenendo tuttavia presente la complessità della giurisprudenza della Corte in materia, la quale non è esente da «*inconsistencies and uncertainties*»⁶³.

In primo luogo, in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione, si è soliti individuare due paradigmi classici, tra cui la giurisprudenza della Corte sembra oscillare: un paradigma “spaziale”, riferito alla situazione in cui lo Stato esercita un *effective overall control* su di una zona, anche oltre i limiti territoriali e un paradigma “personale”, riferito alla situazione in cui lo Stato esercita *authority and control over an individual*.

61. Cfr. art. 1 CEDU. Oltre alla CEDU, altre Convenzioni specificano che gli Stati contraenti debbano rispettare gli obblighi in esse contenuti nei confronti di ogni individuo che si trovi *within their jurisdiction*, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, la Carta araba dei diritti dell'uomo, la Convenzione sui diritti del fanciullo, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (quest'ultima prevede alcune limitazioni *ratione personae* all'applicazione di alcuni diritti).

62. Sulla nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU, vedi *ex multis* G. Gaja, *Article 1*, in *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, Cedam, 2001, p. 28; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002; M. O'Boyle, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on “life after Bankovic”*, in *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, a cura di F. Coomans, M. Kamminga, Antwerpen, Intersentia, 2004; E. Lagrange, *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national*, in *Revue générale de droit international public*, Vol. 112, n. 3, 2008, p. 521 ss.; R. Nigro, *The Notion Of “Jurisdiction” In Article 1: Future Scenarios For The Extra-Territorial Application Of The European Convention Of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2010, p. 11 ss.; P. De Sena, *The Notion of Contracting Parties' Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR: some marginal remarks on Nigro's Paper*, in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2010, p. 75 ss.; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011; R. Sapienza, *Article 1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, p. 13 ss.; più recentemente S. Vezzani, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Riv. dir. intern.*, Anno CI Fasc 4/2018 – 2018, p. 1086 ss.

63. M. Milanovic, *Jurisdiction and Responsibility. Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, a cura di A. Van Aaken e I. Motoc, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 98.

Un esempio tipico in cui il modello “spaziale” trova applicazione è quello dell’occupazione militare, come nel *leading-case Loizidou*⁶⁴, in cui la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Turchia avendo essa esercitato un controllo *de facto* nella Repubblica turca di Cipro settentrionale. Tuttavia l’esistenza di un controllo effettivo su di una zona non è stata affermata solo in presenza di un’occupazione militare: nel caso *Ilaşcu*⁶⁵, la Corte ha affermato la giurisdizione della Russia sulla base di una “influenza decisiva” esercitata sul territorio, che sussiste «by virtue of the military, economic, financial and political support»⁶⁶, capace di «modificare o determinare l’azione delle autorità dello Stato terzo»⁶⁷. È da notare inoltre che nello stesso caso la Corte ha ritenuto sussistente anche la giurisdizione moldava, seppur in assenza dell’esercizio di un effettivo controllo nella regione della Transnistria⁶⁸.

In riferimento all’applicazione del modello “personale”, caso tipico che si può rilevare riguarda l’arresto di individui sul territorio di un altro Stato. Tra i casi più noti vengono in rilievo il *leading-case Öcalan*⁶⁹, riguardante l’arresto e la detenzione del capo del PKK in Kenya ad opera degli agenti turchi e *Al-Saadon e Mufdi*⁷⁰, relativo alla consegna da parte della Gran Bretagna di soldati iracheni detenuti in una prigione in territorio iracheno gestita dalle autorità inglesi.

Il principio alla base del paradigma personale è stato espresso in *Issa*⁷¹, dove la Corte ha affermato che «a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State»⁷².

A “metà” tra i due paradigmi, viene inoltre in evidenza il caso *Medvedyev*⁷³, rilevante per i casi di operazioni in alto mare, in cui la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Francia avendo essa esercitato un «full and exclusive control»⁷⁴ sulla nave e

64. Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 1996, ric. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*.

65. Corte EDU, sentenza dell’8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*. Alle stesse conclusioni giunge la Corte nel caso *Catan*, sentenza del 19 ottobre 2012, ric. 43370/04, 8252/05 18454/06, *Catan and others v. Moldova and Russia*.

66. *Ivi*, par. 392.

67. C.L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *op. cit.*, p. 19.

68. Nel ragionamento relativo all’affermazione della giurisdizione moldava, la Corte è ricorsa alla dottrina degli obblighi positivi. Sugli aspetti relativi al caso *Ilaşcu* ci si soffermerà in particolare nel paragrafo successivo.

69. Corte EDU, sentenza del 12 marzo 2003, ric. n. 46221/99, *Öcalan v. Turkey*.

70. Corte EDU, sentenza del 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08, *Al-Saadon e Mufdi v. United Kingdom*.

71. Corte EDU, sentenza del 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, *Issa and others v. Turkey*.

72. *Ivi*, par. 71.

73. Corte EDU, sentenza del 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, *Medvedyev and Others v. France*.

74. *Ivi*, par. 67.

sull'equipaggio (nonostante quest'ultimo non fosse stato fatto salire a bordo della propria imbarcazione)⁷⁵.

I due paradigmi sono stati richiamati infine nella celebre sentenza *Al-Skeini*⁷⁶, in cui la Corte, dopo aver ribadito il carattere principalmente territoriale della giurisdizione, ha tentato di fornire una ricostruzione coerente delle fattispecie di applicabilità extraterritoriale della Convenzione, affermando che la giurisdizione sussiste «whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual» (paradigma personale) e «when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory»⁷⁷ (paradigma spaziale).

Tuttavia il quadro fornito dalla sentenza *Al-Skeini* non sembra sufficientemente adeguato a fornire una nozione unitaria di giurisdizione che dia coerenza a tutta la giurisprudenza precedente in materia⁷⁸. In particolare si segnala come in *Bankovic*⁷⁹, controverso caso in cui non è stata ritenuta sussistente la giurisdizione di alcuno Stato partecipante al bombardamento aereo nella ex Repubblica jugoslava nell'ambito delle operazioni militari della NATO, la Corte abbia escluso che la giurisdizione potesse dipendere da un nesso causa-effetto (negando quindi un'interpretazione "funzionale" della giurisdizione), sostenendo che ciò sarebbe equivalso a dire che «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State»⁸⁰. Il ragionamento della Corte, se da una parte chiarisce che la nozione di giurisdizione non può essere estesa sul solo presupposto dell'imputabilità del fatto illecito⁸¹, inducendo a ritenere che i due profili, quello della giurisdizione e dell'attribuzione dell'illecito

75. Sentenza richiamata anche nel caso *Hirsi*, dove la Corte fa riferimento al controllo *de jure* e *de facto* esercitato dall'Italia (in questo ultimo caso, tuttavia, i migranti erano stati trasferiti sulle navi italiane).

76. Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*.

77. *Ivi*, par 137-138.

78. In essa si rilevano inoltre ulteriori aspetti criticabili, come l'affermazione, rimasta isolata e priva di un'adeguata argomentazione, che le condizioni del paradigma spaziale e personale debbano essere soddisfatte *cumulativamente* ai fini del riconoscimento della giurisdizione (*Al-Skeini*, par. 136), vedi S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1102.

79. Corte EDU, decisione del 28 ottobre 1999, ric. n. 52207/99, *Bankovic and Others v. Belgium*.

80. *Ivi*, par 75.

81. A tal proposito va segnalato che in dottrina esiste una posizione minoritaria secondo cui la nozione di giurisdizione andrebbe estesa per l'appunto sul solo presupposto dell'imputabilità dell'illecito in virtù della necessità di non discriminare le vittime in ragione del luogo in cui avviene una violazione dei diritti umani. Alla stessa conclusione giungerebbe chi sostiene che le Convenzioni sui diritti umani debbano applicarsi anche al di fuori della giurisdizione dello Stato contraente, in ragione della natura universale dei diritti umani, vedi S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1092 ss. Invece una posizione più moderata assumono gli autori che evidenziano la necessità di coniugare l'aspirazione universalistica della CEDU con la sua identità regionale, sostenendo quindi che le categorie di giurisdizione extraterritoriale andrebbero lette come eccezioni, che contemplano sempre un qualche tipo di connessione tra il territorio fisico dello Stato contraente e l'individuo i cui diritti sono stati lesi, vedi R. Nigro, *op. cit.*, p. 21 e ss.; per maggiori apprendimenti sulla ricostruzione degli orientamenti scientifici in materia si rinvia a P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit.

«per quanto siano inestricabilmente legati [...] debbano essere tenuti distinti»⁸², dall'altra solleva non poche perplessità, se si considerano i diversi casi in cui la Corte sembra invece aver adottato un *more functional test*⁸³.

In *Xhavara*⁸⁴, ad esempio, la Corte ha affermato (implicitamente) la giurisdizione dell'Italia nell'incidente riguardante un'operazione di intercettazione che ha visto lo speronamento (con conseguente naufragio) di una nave albanese da parte di una nave militare italiana. Il caso è molto particolare perché la Corte sembra riconoscere che l'Italia abbia esercitato la propria giurisdizione in quanto ha *provocato* l'incidente, in linea con un approccio causa-effetto. In *PAD*⁸⁵, caso riguardante l'uccisione da parte di un elicottero turco di alcuni cittadini iraniani, la Corte ha affermato la giurisdizione della Turchia, ritenendo che non era necessario stabilire dove fossero avvenute le uccisioni (se in territorio turco o iraniano) dal momento che gli spari dagli elicotteri «*had caused*»⁸⁶ l'uccisione dei familiari dei ricorrenti. Similare a quest'ultimo inoltre è *Andreou*⁸⁷, riguardante il caso di una dimostrante che si trovava all'interno di una zona neutrale controllata dalle Nazioni Unite, ferita dagli spari provocati dai militari turchi posizionati oltre il confine. In esso la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Turchia, affermando che «*the opening of the fire [...] was the direct and immediate cause of those injuries*»⁸⁸.

Un simile ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione potrebbe essere letto nell'ottica dell'approccio “funzionale” della nozione di giurisdizione, che terrebbe conto della «capacità effettiva dello Stato di incidere sui diritti protetti dalla Convenzione»⁸⁹. Tale approccio, infatti, evidentemente non ancora consolidato nella giurisprudenza della Corte, amplierebbe il riconoscimento degli effetti extraterritoriali della CEDU in virtù della necessità di interpretare la nozione di giurisdizione in relazione alla natura peculiare della Convenzione e del suo scopo, che è quello di proteggere i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Un'interpretazione “funzionale” della nozione di giurisdizione, pertanto, potrebbe risultare utile proprio nei casi di esternalizzazione, dove considerando le pratiche di “delega” del controllo delle frontiere, è molto difficile supportare la prova del *jurisdictional link* mantenendo i paradigmi classici sopracitati, dal momento

82. S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1093; per ulteriori approfondimenti sul rapporto tra giurisdizione e responsabilità vedi M. Milanovic, *Jurisdiction and Responsibility. Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, cit.

83. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., pp. 36-38.

84. Corte EDU, decisione dell'11 gennaio 2001, ric. n. 52207/99, *Xhavara and Others v. Albania and Italy*.

85. Corte EDU, decisione del 28 giugno 2007, ric. n. 60167/00, *PAD and Others v. Turkey*.

86. *Ivi*, par 54.

87. Corte EDU, sentenza del 27 ottobre 2009, ric. n. 45653/99, *Andreou v. Turkey*.

88. *Ivi*, par. 25.

89. P. De Sena, *La Nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 125 ss.; sull'approccio funzionale della nozione di giurisdizione vedi anche T. De Boer, *Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection*, in *Journal of Refugee Studies*, Vol 28, Issue 1, marzo 2015, pp. 118-134.

che richiedono, come si è visto, l'esercizio di un *effective control* sul territorio o sugli individui. Tuttavia è evidente che, nell'ottica di questo approccio, andrebbe approfondita proprio la nozione di causalità⁹⁰, dal momento che, in casi di assenza di contatto fisico tra organi dello Stato e individuo, risulterebbe importante dimostrare il nesso eziologico esistente tra condotta dello Stato e la violazione lamentata. Infatti, se in alcuni casi potrebbe essere più facile immaginare che una violazione sia la «conseguenza diretta e prevedibile»⁹¹ di una condotta imputabile allo Stato (ad esempio nei casi precedentemente citati, come in *PAD* e *Andreou*, dove il decesso delle vittime è *diretta conseguenza* degli spari), come si porrebbe la Corte di fronte ai casi in cui il nesso di causalità potrebbe essere più tenue, come le situazioni in cui le violazioni siano conseguenza di un complesso processo di delega dei controlli alle frontiere⁹²? In altre parole, quale *test* di causalità andrebbe effettuato ai fini dell'accertamento della giurisdizione? Dati questi interrogativi, è probabile che la nozione di causalità, ad oggi ancora non molto approfondita nel diritto internazionale⁹³, rivestirà un sempre maggiore interesse in dottrina.

In conclusione, la complessità e la frammentarietà della materia rendono difficile poter fornire una cornice interpretativa unitaria del concetto di giurisdizione ai sensi della CEDU. Emergono degli interrogativi irrisolti, ma anche diversi elementi, sulla cui base si potrebbero prospettare ulteriori evoluzioni della nozione, nonché un maggiore ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione, soprattutto alla luce di un sempre più diffuso convincimento secondo cui le «violazioni degli obblighi in tema di diritti umani possano realizzarsi anche senza che la vittima entri in contatto col territorio o con gli organi dello Stato responsabile»⁹⁴. La possibilità di delineare nuove accezioni di

90. Sulla questione S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1116 ss.

91. *Ibidem*.

92. *Ibidem*. L'autore illustra, a titolo esemplificativo, alcuni casi in cui il nesso di causalità potrebbe essere meno evidente: il caso di violazioni del diritto al cibo e alla salute come conseguenza di embargo, il caso di violazioni conseguenza di politiche di cooperazione allo sviluppo inadeguate e il caso degli effetti sui cambiamenti climatici provocati dall'immissione di gas serra.

93. Per approfondimenti vedi *inter alia* M. Strauss, *Causation as a Element of State Responsibility*, 16 *Law & Policy Int. Bus.* 893 (1984); A. Gattini, *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment*, in *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 4, 2007, p. 695, <http://www.ejil.org/pdfs/18/4/237.pdf>.

94. S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1087. Di rilievo a tal proposito è il recente parere della Corte interamericana dei diritti dell'uomo n. 23/17 del 15 novembre 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf, che riguardava il progetto costruzione di un canale interoceanico da parte del Nicaragua, il quale avrebbe potuto causare danni all'ambiente marino, a discapito delle popolazioni della Colombia. Nel parere la Corte ha affermato che l'esistenza della giurisdizione extraterritoriale è fondata sulla presenza di effetti extraterritoriali di condotte tenute dallo Stato sotto il suo controllo e che, una volta verificata l'esistenza di tali condotte, bisogna verificare il nesso di causalità esistente tra esse e la violazione lamentata.

extraterritorialità ai sensi della CEDU (e dei trattati sui diritti umani) resta ad oggi oggetto di indagine e di dibattito⁹⁵.

3.1. Possibili scenari

Come già affermato, qualora la Corte non dovesse ritenere sussistente la giurisdizione italiana, dichiarerebbe inammissibile il ricorso. Di seguito si prenderanno in esame due possibili alternativi scenari a cui la Corte potrebbe dar seguito, sebbene più di una tesi sia stata ipotizzata in dottrina⁹⁶.

In primo luogo, analizzando il caso *S.S.* alla luce di quanto fin qui brevemente esposto, si può affermare che la prova del *jurisdictional link* sarebbe più semplice da supportare qualora si dimostrasse il diretto coinvolgimento delle autorità italiane negli eventi presi in esame. La questione sarebbe quindi comprendere se l'Italia abbia esercitato, tramite il coordinamento operato dall'MRCC e i propri mezzi presenti sulla scena (l'elicottero), un *effective control over persons* nelle operazioni di soccorso in mare.

A tal proposito, l'accertamento della funzione di coordinamento dei soccorsi in mare, cui può sommarsi l'elemento della presenza dei mezzi italiani sulla scena, ma anche la valutazione delle circostanze che attestano un qualche tipo di "influenza" esercitata dall'Italia sulla Libia (come le misure di sostegno finanziario e tecnico, la fornitura di navi, l'addestramento della GCL) potrebbero condurre la Corte ad accertare un livello di autorità e controllo sui ricorrenti sufficiente da ritenere la giurisdizione italiana sussistente.

In merito viene in rilievo anche il caso emblematico della ONG *Proactiva Open Arms*⁹⁷, coinvolta nelle attività di *Search and Rescue* di 3 eventi SAR il 15 marzo 2018, in cui è emerso come le operazioni fossero coordinate e controllate nel dettaglio dalle autorità italiane. In riferimento a questo caso, è stato affermato che i migranti imbarcati dalla GCL nel terzo evento SAR (e riportati in Libia) erano sotto la giurisdizione italiana, in virtù del «potere di controllo dichiaratamente esercitato sull'evento da parte delle autorità italiane»⁹⁸. Secondo questa tesi pertanto, il livello di controllo sulle operazioni assunto dall'Italia sarebbe tale da implicare la giurisdizione ai sensi della CEDU, poiché l'MRCC, in quanto

95. Si segnala l'interessante proposta di S. Vezzani, *op. cit.*, relativa all'elaborazione di un nuovo modello, detto «degli effetti extraterritoriali» da affiancare ai paradigmi classici di giurisdizione extraterritoriale.

96. Sul tema, vedi in particolare A. Pijnenburg, *op. cit.*

97. Si veda sull'argomento F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. e dir. intern.*, Vol. 12, 2018, n. 2, pp. 443-452, https://www.academia.edu/37574749/Soccorso_in_mare_e_favoreggiamento_dell_immigrazione_irregolare_sequestro_e_dissequestro_della_nave_Open_Arms.

98. *Ivi*, p. 447.

responsabile del coordinamento, ha la *jurisdiction to decide* se far intervenire la GCL oppure no⁹⁹.

A tal proposito sono da considerare anche le osservazioni delle terze parti intervenienti in causa¹⁰⁰, secondo cui l'accertamento di un sufficiente grado di effettivo controllo o autorità sugli attori coinvolti in operazioni di *Search and Rescue* in alto mare deve tenere conto anche degli obblighi in materia di diritto internazionale del mare, ai sensi dell'art. 53 CEDU¹⁰¹. Le parti intervenienti evidenziano quindi gli elementi rilevanti in materia¹⁰² ai fini di tale accertamento, tra cui gli obblighi di assistenza in capo ai comandanti delle navi e «the cumulative effect that the control the Search and Rescue Mission Coordinator has on shipmasters' actions during SAR operations», specificando che quest'ultime includono «alerting ships in likely search areas for rescue, coordinating SAR operations, and identifying a place of safe disembarkation»¹⁰³.

Alla luce di questi elementi, se la Corte accertasse un tale livello di controllo, potrebbe stabilire la giurisdizione italiana nel caso *S.S.* e, come in *Hirsi*, ritenere l'Italia responsabile per la violazione *par ricochet* dell'art. 3 CEDU. In merito, evidenzia ancora l'intervento delle parti terze che «where member states coordinate their activities with the Joint Rescue Coordination Centre, this should only be done under the clear understanding that they fully retain own responsibility for the preservation of the life on the sea and the respect of the non-refoulement obligation»¹⁰⁴.

Tuttavia un'analisi di questo tipo fa emergere che la giurisdizione italiana non potrebbe essere affermata per tutte le operazioni di *pull-backs* operate dai libici, ma andrebbe

99. *Ibidem*; *jurisdiction to decide* è un'espressione mutuata dalla sentenza *Kebe*, vedi Corte EDU, sentenza del 12 gennaio 2017, ric. n. 12552/12, *Kebe and Others v. Ukraine*, par. 75.

100. Ci si riferisce in particolare a *Written submissions of The AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists*, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/ECtHR-SS_v_Italy_final-JointTPI-ICJECREAIREDCR-English-2019.pdf e *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, <https://rm.coe.int/third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights-app/168098dd4d>.

101. Secondo cui «nessuna delle disposizioni della Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

102. Il rapporto fa riferimento alle Convenzioni e i testi fondamentali in materia di diritto internazionale del mare, tra cui: *1982 UN Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), *1974 International Convention for the Safety of Life at Sea* (SOLAS), The International Maritime Organisation (IMO) *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, The SAR Convention (*1979 International Convention on Search and Rescue*).

103. *Written submissions on behalf of the AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists*, cit., p. 7.

104. *Ivi*, p. 8. Vedasi anche *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, cit., che arriva a conclusioni simili, quando afferma che le autorità degli Stati contraenti «when receiving distress calls originating from any search and rescue region, should not transfer, either formally or de facto, responsibility for rescue operations to other authorities when they know or should have known that this action would lead to the exposure of people in distress at sea to serious violations of their rights protected under the Convention» (p. 9).

verificata caso per caso, quando è possibile cioè accertare l'*effective control* esercitato dalle autorità italiane.

A tal proposito vi è un ulteriore filone giurisprudenziale a cui la Corte potrebbe far riferimento, che offrirebbe elementi rilevanti anche per quei casi in cui non è presente il diretto coinvolgimento dell'MRCC di Roma o della Marina Militare, delineando un ulteriore scenario. Riferendosi infatti alla teoria degli obblighi positivi, secondo cui gli Stati parte della Convenzione hanno l'obbligo di prevenire ed evitare condotte che possono violare i diritti umani tutelati dalla Convenzione, la Corte potrebbe verificare se l'Italia è responsabile della violazione degli obblighi positivi inerenti all'art. 3 CEDU¹⁰⁵. Nella fattispecie, ad esempio, potrebbe ritenere l'Italia responsabile in quanto, contattando la GCL e non soccorrendoli essa stessa, non ha evitato che i migranti fossero riportati in Libia (dove era noto che sarebbero stati sottoposti a trattamenti contrari alla Convenzione); potrebbe, ancora, ritenere l'Italia inottemperante in quanto non dovrebbe fornire alla Libia supporto di ogni genere perché quest'ultima intercetti i migranti e li riporti indietro.

In effetti, questo approccio potrebbe costituire uno strumento utile proprio nei casi di responsabilità derivata, dal momento che la Corte non si è mai confrontata direttamente con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS. Tuttavia sembra essersi mostrata incline a comprendere gli scenari di *remote involvement* di uno Stato nella commissione della condotta illecita di un altro Stato proprio nella dottrina degli obblighi positivi, ritenendo sufficiente, in tal caso, una soglia più bassa di quella richiesta dall'*effective control* per affermare la giurisdizione dello Stato contraente¹⁰⁶.

Viene in rilievo a tal proposito il già citato caso *Ilaşcu*¹⁰⁷, in cui la Corte ha riconosciuto la giurisdizione sia della Moldavia che della Russia sulla base di diverse motivazioni, entrambe utili per l'analisi in oggetto.

Riguardo alla Moldavia, la Corte ha affermato che «*even in the absence of effective control over the Transdniestrian region, Moldova still has a positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power [...] to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention*»¹⁰⁸. Riguardo

105. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., p. 28 ss.; A. Liguori, *The Externalization Of Border Controls And The Responsibility Of Outsourcing States Under The European Convention On Human Rights*, in *Riv. dir. intern.*, Anno CI Fasc 4/2018 – 2018, p. 1228 ss.

106. Vedi M. Den Heijer, *Issues Of Shared Responsibility Before The European Court Of Human Rights*, in *ACIL Research Paper No 2012-04 (SHARES Series)* <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2012/01/Den-Heijer-Maarten-Issues-of-Shared-Responsibility-before-the-European-Court-of-Human-Rights-ACIL-2012-041.pdf>; sul tema vedi anche H.P. Aust, *op. cit.*, J. Cerone, *Re-examining International Responsibility: "Complicity" in the Context of Human Rights Violations*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, n. 2, 2008, pp. 532-533, <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=ilsajournal/>.

107. Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*.

108. *Ivi*, par 331.

all'esercizio della giurisdizione da parte della Russia inoltre, la Corte ha affermato che la Transnistria «set up [...] with the support of Russian Federation, [it] remains under the effective authority, or *at the very least under the decisive influence*, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation»¹⁰⁹.

Ai fini della presente analisi, viene in rilievo quindi non solo l'importanza data al dovere di prevenire le violazioni dei diritti umani in contesto extraterritoriale «*even in the absence of effective control*», ma anche l'elemento del supporto militare e finanziario fornito dalla Russia alla regione della Transnistria, tale da ritenere quest'ultima sotto la sua “decisiva influenza”: *mutatis mutandis* l'importanza del supporto finanziario e tecnico fornito dall'Italia alla Libia potrebbe essere considerata tale da ritenere le attività libiche (come i *pull-backs*) sotto la “decisiva influenza” dell'Italia, dal momento che queste attività in ogni caso non sarebbero svolte dai libici se non proprio in virtù di tale supporto¹¹⁰.

A tal proposito è da notare che anche le osservazioni delle terze parti intervenienti (Amnesty International e Human Rights Watch) nel caso *S.S.*, rilevano numerosi elementi a sostegno dell'esistenza di una “decisiva influenza” esercitata dall'Italia sulla Libia, che potrebbe a loro avviso rientrare nello scopo dell'art. 1 CEDU¹¹¹. Nel rapporto infatti viene sostenuto che anche in assenza di un'occupazione fisica di un territorio, gli Stati possono controllare «*areas of policy*»¹¹² di Stati terzi. Facendo anch'esse riferimento ai casi *Ilaşcu* e *Catan*, le parti intervenienti affermano che «the Court's approach to the above cases should be taken as a place of departure to address situations where the relation of dependence is such that a MS does exert decisive influence over a third party's policy and practice, thus attracting that state's jurisdiction under the ECHR»¹¹³.

Tornando all'utilizzo della dottrina degli obblighi positivi, si può infine affermare che essa supererebbe alcuni ostacoli che potrebbero emergere se la Corte si confrontasse con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS precedentemente analizzato. In primo luogo,

109. *Ivi*, par. 392.

110. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit. p. 41 e V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit.*

111. In base all'intervento, la “decisiva influenza” sarebbe dimostrata dal costante supporto finanziario, politico e tecnico fornito a partire dal periodo *post-Hirsi*, che si declina: nel supporto garantito affinché la Libia dichiarasse una propria regione SAR e costituisse un MRCC in modo da poter ricevere comunicazioni ed effettuare le operazioni in mare; nella donazione di motovedette; nell'assistenza operativa nelle operazioni SAR e nella *presence on scene*; nella partecipazione a operazioni SAR condotte dalla GCL; nel trasferimento di responsabilità alla GCL; nelle azioni indirizzate ad ostacolare le attività di *search and rescue* condotte da ONG., Vedi AMNESTY INTERNATIONAL E HUMAN RIGHTS WATCH, *Written submissions on the behalf of the interveners*, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/hrw_amnesty_international_submissions_echr.pdf.

112. *Ivi*, par. 4.

113. *Ivi*, par. 3.

infatti, la Corte non avrebbe bisogno di prendere in considerazione la condotta dell'altro Stato, dal momento che l'Italia sarebbe responsabile della violazione diretta dei propri obblighi; in secondo luogo, non sarebbe necessario soddisfare il requisito della "consapevolezza" ai sensi dell'art. 16 lett. a, perché sarebbe sufficiente verificare l'esistenza di una *constructive knowledge* (il requisito secondo cui lo Stato "sapeva o avrebbe dovuto sapere")¹¹⁴.

Dunque, seppur tale approccio non sia supportato da una giurisprudenza ben consolidata¹¹⁵, vi sono elementi utili sulla cui base la Corte potrebbe confrontarsi con la questione della complicità italiana nell'ottica della dottrina degli obblighi positivi, ritenendo che l'Italia sia responsabile per la violazione degli obblighi di prevenzione e protezione derivanti dall'art. 3 CEDU, dal momento che sapeva o avrebbe dovuto sapere quali erano le circostanze che rendevano illecita la condotta della Libia.

4. Conclusioni

In questo contributo si è voluto gettare luce sugli aspetti più controversi generati dal processo di esternalizzazione delle frontiere attuato all'interno dell'Unione europea. In particolare si sono volute evidenziare le implicazioni sulla tutela dei diritti umani che questo processo comporta. Gli eventi seguenti al MoU Italia-Libia del 2017 rendono importante interrogarsi su molteplici questioni: *in primis* sulla possibile configurazione di profili di responsabilità internazionale in capo all'Italia (in particolare ai sensi dell'art 16 ARS, ma non solo) per le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani compiute in Libia, in virtù del sostegno finanziario, tecnico e logistico fornito al governo libico, oltre che del suo coinvolgimento diretto nelle operazioni di soccorso in mare; *in secundis* sulla possibilità di poter esperire un ricorso contro l'Italia per tali violazioni davanti alla Corte EDU, quesito che solleva a sua volta fondamentali questioni, come quella legata all'accertamento della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della CEDU.

Infatti, si è cercato di mettere in evidenza come il processo di delega dei controlli alle frontiere, non diversamente da quanto perseguito con la prassi dei *push-backs*, fermamente condannati nella sentenza *Hirsi*, abbia lo stesso effetto di impedire l'ingresso dei migranti (rifugiati e non) nel proprio territorio. Tuttavia, attraverso tale prassi, vi è il rischio che gli Stati membri aggirino gli obblighi derivanti dalla CEDU, essendo difficoltoso, mantenendo i paradigmi "spaziale" e "personale" in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione, dimostrare l'esercizio della giurisdizione.

114. Vedi A, Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit. p. 33.

115. Vedi, oltre al caso *Itasca*, i casi *Manoilescu and Dobrescu v Romania and Russia* (Corte EDU, decisione del 3 marzo 2005, ric. n. 60861/00) e *Treska v. Albania and Italy* (Corte EDU, decisione del 29 giugno 2006, ric. n. 26937/04).

Tramite l'analisi del caso *S.S. and Others v. Italy*, ci si è quindi soffermati sulla nozione di giurisdizione extraterritoriale e sui principali trend evolutivi della giurisprudenza in materia, oltre che sugli aspetti meno chiari e più controversi. In particolare si è data attenzione ai casi in cui la Corte sembra aver applicato un approccio maggiormente funzionale della nozione di giurisdizione, che, sebbene non pienamente affermato nella giurisprudenza della Corte, potrebbe portare ad un ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione, in virtù della «capacità effettiva dello Stato contraente di incidere sui diritti umani»¹¹⁶.

In riferimento al caso *S.S.* nello specifico, si è messo in luce come, sulla base della giurisprudenza della Corte, sarebbe più facile soddisfare la prova del *jurisdictional link* laddove fosse accertato il diretto coinvolgimento delle autorità italiane, tramite le azioni dell'MRCC di Roma e della Marina Militare, essendo possibile in tal caso che sussista un livello di “controllo” sulla scena tale da affermare la giurisdizione italiana.

Si è però analizzato anche un altro approccio particolarmente interessante, che tuttavia non è supportato da una solida giurisprudenza, che potrebbe essere utile proprio nei casi in cui non è possibile accertare l'esistenza di un controllo effettivo. Ci si riferisce al ricorso alla dottrina degli obblighi positivi, dal momento che la Corte sembra essersi mostrata incline, in alcuni casi, ad includere gli scenari di complicità nell'ottica delle violazioni degli obblighi di prevenzione e protezione derivanti dalla CEDU, ritenendo sufficiente, in tal caso, una soglia più bassa di quella richiesta dall'*effective control* per affermare la giurisdizione dello Stato al di fuori del proprio territorio. Come si è visto, inoltre, ricorrendo alla teoria degli obblighi positivi sarebbe possibile superare gli ostacoli che si presenterebbero se la Corte si confrontasse con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS: in particolare la Corte non avrebbe bisogno di prendere in considerazione la condotta della Libia, dato che l'Italia sarebbe responsabile della violazione diretta dei obblighi positivi inerenti all'art. 3 e non sarebbe necessario soddisfare il requisito dell'“intento” previsto dal Commentario dell'art. 16 del Progetto sulla responsabilità degli Stati, perché sarebbe sufficiente verificare l'esistenza di una *constructive knowledge* (il requisito secondo cui lo Stato “sapeva o avrebbe dovuto sapere”).

In conclusione, nonostante le sfide legali che il caso *S.S. and Others v. Italy* presenta, la prassi giurisprudenziale rivela più di un elemento sulla cui base la Corte potrebbe esprimersi in favore di una pronuncia di accoglimento, che richiederebbe tuttavia di superare i paradigmi consolidati in tema di giurisdizione extraterritoriale e fare proprie nuove interpretazioni evolutive.

116. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 125 ss.

Qualunque sia lo scenario finale, si può senz'altro affermare che, dato l'attuale contesto politico, caratterizzato dalla diffusa e condivisa accettazione delle pratiche di esternalizzazione delle frontiere e date le numerose implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali che dalle stesse sono conseguenza, quello al vaglio della Corte di Strasburgo è un caso di grandissimo rilievo.