

Il diritto di asilo. Funzione, contenuti e garanzie di un diritto soggettivo

di Fabrizio Mastromartino

I. Funzione del diritto di asilo. La garanzia internazionale della vita e della libertà degli individui

Un diritto soggettivo di asilo si afferma come tale assai recentemente, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, attraverso un travagliato percorso storico-giuridico – dall'esito ancor oggi incerto – che segue le linee di sviluppo di quell'edificio fragile e insieme grandioso che è l'odierno diritto internazionale¹. È infatti nell'ambito del diritto internazionale che lo sviluppo del diritto di asilo si è realizzato più compiutamente, con la formazione di un articolato regime giuridico dell'asilo, risultato di importanti correzioni normative alla disciplina convenzionale in materia di rifugiati, nonché di un'evoluzione della sua prassi applicativa – amministrativa e giurisprudenziale – progressivamente consolidatasi negli ultimi decenni.

Un ruolo decisivo in questa direzione ha svolto l'UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees), l'Agenzia delle Nazioni Unite a scopo sociale e umanitario cui dal secondo dopoguerra è affidata la protezione dei rifugiati. Secondo quanto stabilito nella Risoluzione dell'Assemblea generale che la istituisce, l'UNHCR deve provvedere a definire soluzioni permanenti al problema dei rifugiati. A tal fine, nello Statuto dell'Organizzazione – attiva sin dal 1950 – è inserita una definizione generale relativa a ciò che da allora in avanti si sarebbe inteso per “rifugiato”:

Qualunque persona che si trovi fuori dal paese della sua nazionalità, o, se egli non ha nazionalità, dal paese dove aveva la sua residenza abituale, perché teme o ha temuto fondatamente di essere perseguitato per motivi legati alla sua razza, religione, nazionalità od opinione politica e non può o non vuole avvalersi, a causa

1. In questo lavoro, l'analisi dell'istituto giuridico dell'asilo è limitata alla sua forma attuale. Sulle esperienze antiche e pre-moderne più notevoli ai fini della ricostruzione di una storia giuridica dell'asilo, cfr. F. Mastromartino, *L'asilo nella società e nella cultura greco-antica*, in “L'Acropoli”, x, 2009, 2, pp. 173-84; Id., *Percorsi dell'asilo cristiano. Origine, affermazione e crisi di un istituto giuridico controverso*, in “L'Acropoli”, xi, 2010, 6, pp. 593-612.

di questo timore, della protezione del paese della sua nazionalità o, se egli non ha nazionalità, non vuole tornare nel paese dove aveva la sua residenza abituale².

L'accoglimento di questa definizione segna una forte discontinuità in rapporto alle definizioni previste negli accordi internazionali convenuti prima della guerra, volti a circoscrivere l'ambito della protezione internazionale a gruppi specifici di individui in funzione della loro etnia o della loro nazionalità³. Per la prima volta, infatti, è apprestato un regime di protezione incentrato non già su interventi limitati – sia sotto il profilo della loro validità temporale, sia in rapporto ai soggetti che ne beneficiano – mirati alla soluzione contingente di gravi emergenze internazionali, bensì fondato su un principio, di universale applicazione, che contempla il rifugiato in quanto individuo singolo slegato da qualsiasi gruppo di appartenenza.

Si tratta di un mutamento di grande rilevanza – vero e proprio spartiacque nella formazione del diritto di asilo – ispirato al più generale interesse della comunità internazionale a dotarsi di strumenti normativi e programmatici intesi alla difesa degli individui in ambito internazionale, di cui la Dichiarazione universale dei diritti umani rappresenta in quel periodo il più autorevole documento di riferimento. Una lettura integrata della Dichiarazione può mostrare come l'asilo, cui è dedicato un intero articolo nel testo, occupi un posto assai rilevante nel regime giuridico da essa delineato.

La Dichiarazione afferma che il mantenimento della pace, interna a ciascuno Stato e nella comunità internazionale, richiede che i diritti umani siano ovunque riconosciuti e che di questi siano apprestate adeguate forme di garanzia intese alla loro salvaguardia, alla loro concreta attuazione e alla loro generale effettività. Altrimenti inevitabili saranno la rivolta degli individui, la sollevazione popolare contro i pubblici poteri, il ricorso alla violenza nella lotta per la rivendicazione dei diritti: possibilità che la Di-

2. Cap. II, art. 6, lett. b. Traduzione italiana dal testo inglese: «Any other person who is outside the country of his nationality, or, if he has no nationality, the country of his former habitual residence, because he has or had a well-founded fear of persecution by reason of his race, religion, nationality or political opinion and is unable or, because of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of the government of the country of his nationality or, if he has no nationality, to return to the country of his former habitual residence». L'articolo 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sullo *status* dei rifugiati, conclusa a Ginevra nel 1951, la riproduce sostanzialmente inalterata.

3. In tal senso, la dottrina sul tema parla di *group* o *category approach* in riferimento agli accordi sui rifugiati russi e armeni del 1926, sui rifugiati assiri e assiro-caldei del 1928, alla Convenzione sullo *status* dei rifugiati provenienti dalla Germania del 1938, poi estesa, l'anno successivo – in seguito all'annessione dell'Austria nel Reich tedesco – ai rifugiati austriaci. Cfr. J. C. Hathaway, *The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950*, in "International and Comparative Law Quarterly", 1984, 33, pp. 350-61.

chiarazione non soltanto non esclude ma cui allude espressamente con innegabile consapevolezza⁴.

La sollevazione civile, o la resistenza contro le vessazioni dei pubblici poteri e delle forze di sicurezza sono dunque in certe circostanze non solo inevitabili ma anche politicamente legittime, essendo la rivendicazione dei diritti umani corrispondente a una “naturale” pretesa di giustizia. Tanto che, qualora la lotta per il riconoscimento e la garanzia dei diritti in uno Stato risulti perdente, ciascun individuo, secondo la Dichiarazione, può lasciare il proprio paese⁵ per richiedere protezione altrove, come espressamente prevede il primo comma dell’articolo 14 in cui è stabilito che «ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni».

Nel quadro della Dichiarazione, ispirata (prevalentemente) a una cultura politica di carattere liberale, l’asilo costituisce dunque una forma di garanzia di rilievo internazionale della vita e della libertà degli individui⁶: un istituto giuridico cui lo Stato che accoglie il rifugiato ricorre per compensare il grado di ineffettività, sul piano delle garanzie dei diritti umani, che presenta l’ordinamento dello Stato da cui il rifugiato proviene⁷. Sotto questo aspetto, il quadro giuridico positivo relativo ai rifugiati – inserito nel più ampio regime normativo delineato dalla Dichiarazione – può essere considerato, ancora oggi, uno dei principali tentativi intesi all’attuazione del sistema complessivo dei diritti umani⁸.

Il dispositivo giuridico rappresentato dall’istituto dell’asilo è volto a garantire un ampio insieme di diritti umani – approssimativamente tutte le situazioni giuridiche che si fanno comunemente rientrare nella sfera delle libertà dell’individuo, quali il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 3), il diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumane o degradanti (art. 5), il diritto a non essere sottoposti ad arresti, forme di detenzione o di esilio, arbitrari (art. 9), la libertà

4. Il Preambolo della Dichiarazione asserisce, nelle sue righe di apertura, che «il riconoscimento inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti [...] costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace». Aggiunge poi, nel terzo capoverso, «che è indispensabile che i diritti dell’uomo siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l’uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l’oppressione».

5. È quanto dispone l’art. 13, comma 2º: «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio [...]».

6. Cfr. S. Lavenex, *The Europeanisation of Refugee Policies. Between Human Rights and Internal Security*, Ashgate, Aldershot 2001, p. 25.

7. Cfr. Ph. Ségur, *La crise du droit d’asile*, PUF, Paris 1998, p. 110.

8. J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, New York 2005, p. 4.

di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18), la libertà di opinione e di espressione (art. 19) e le libertà di riunione e di associazione (art. 20) – la cui tutela, per mezzo della protezione che consegue alla concessione dell’asilo, la comunità internazionale oppone alle violazioni perpetrate dagli Stati nei confronti dei propri cittadini.

Nell’ambito del diritto internazionale, l’asilo agisce da garanzia primaria⁹ dei diritti umani, intervenendo in difesa del rifugiato non già mediante una qualche forma di riparazione giurisdizionale – consistente nell’accertamento delle eventuali responsabilità penali e nell’erogazione delle specifiche sanzioni per esse previste¹⁰ – bensì assicurandogli una forma di protezione che lo riabilita pienamente come soggetto giuridico, offrendogli nuovamente la possibilità di godere dei diritti che gli sono materialmente negati nel proprio Stato di origine.

I rifugiati, infatti, si trovano nella condizione di non poter godere *di fatto* della protezione del proprio Stato. Non avendo la possibilità di avvalersi di alcuna forma di tutela giuridica, se non ricercandola fuori dal territorio del proprio Stato di origine, rimangono sprovvisti di qualsiasi protezione diplomatica finché non trovano accoglienza nel territorio di un altro Stato¹¹. Accoglienza che i rifugiati, in forza del quadro normativo dell’asilo predisposto dal diritto internazionale, possono reclamare giuridicamente, obbligando direttamente l’autorità amministrativa dello Stato non solo ad astenersi dal rinviarli verso il territorio del proprio Stato di origine, ma anche a garantire, al soggetto che richiede asilo, una prestazione “positiva” volta a esaminare la domanda di protezione.

2. Il regime giuridico internazionale dell’asilo: il principio di *non-refoulement*

Questo processo di “codificazione” dell’asilo, che ha come architrave la Dichiarazione universale, ha riguardato sia il piano dei singoli ordinamenti nazionali, con l’introduzione di specifiche disposizioni normative dedicate all’asilo nei testi costituzionali di molti paesi – soprattutto extra-europei –, sia il piano più generale del diritto internazionale, nel cui quadro, nel 1951,

9. Per l’uso di questa terminologia, si rimanda a L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, p. 669, che intende per “garanzia primaria” «l’obbligo di prestazione o il divieto di lesione disposti a garanzia di un diritto soggettivo», sicché «la prima garanzia di un diritto risiede [...] nel fatto che taluno sia titolare del dovere ad esso corrispondente».

10. Ferrajoli (*ibid.*) definisce tali forme di riparazione giurisdizionale “garanzie seconde”.

11. J. De Lucas, *La signification du recul du droit d’asile: l’exclusion globale*, in S. Nair, J. De Lucas (a cura di), *Le déplacement du monde*, Éditions Kimé, Paris 1996, pp. 24-6.

è stata stipulata la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati, entrata in vigore nel 1954¹².

Disposizione cardine di questo regime giuridico è l'art. 33 della Convenzione di Ginevra che statuisce il principio di *non-refoulement* (di non respingimento). L'interesse primario del rifugiato consiste nell'aver accesso al territorio di uno Stato diverso da quello al quale intende sottrarsi e in cui possa trovare, o almeno cercare, protezione. La prima forma di tutela di questo interesse consiste nell'assicurazione che egli non venga rinviato forzosamente nel territorio dal quale è fuggito¹³. Da qui l'importanza del principio di non-respingimento, che afferma:

Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche.

Secondo una parte maggioritaria della dottrina, il divieto di *refoulement* ha avuto l'effetto di determinare una parziale giuridificazione del diritto soggettivo di asilo sul piano internazionale, disciplinando l'aspetto per così dire “negativo” dell'asilo a garanzia della sua precondizione primaria: l'accesso al territorio dello Stato di asilo. D'altronde, il diritto di asilo non è mai stato espressamente statuito in un documento normativo internazionale di carattere vincolante. E anzi la stessa Dichiarazione universale, com'è noto non vincolante sotto il profilo giuridico, non stabilisce un diritto a ottenere asilo, limitandosi piuttosto a scomporre il diritto di asilo in due situazioni giuridiche distinte: un diritto di chiedere asilo e un diritto di avvalersi delle tutele giuridiche conseguenti alla protezione ottenuta.

La previsione di un preciso divieto di respingimento, a carico degli Stati, sopperisce proprio a questa mancanza. Esso consiste precisamente in un obbligo “negativo”, cui lo Stato si conforma astenendosi dal rinvio, e, al contempo, in un vincolo “positivo” che impone allo Stato di apprestare una forma minima di protezione per i soggetti che non possono essere oggetto del rinvio. L'ammissione al territorio dello Stato si configura come la prima forma di garanzia dell'istituto dell'asilo, per la cui concreta appli-

12. I paesi membri dell'Unione Europea nei cui ordinamenti è prevista una disposizione costituzionale in tema di asilo sono: Bulgaria (art. 27, par. 2), Germania (art. 16, lett. a), Italia (art. 10, comma 3^o), Polonia (art. 56), Portogallo (art. 33), Romania (art. 18, par. 2), Spagna (art. 13, par. 4) e Ungheria (art. 65). Sull'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, si veda il recente contributo di M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, CEDAM, Padova 2007.

13. P. Weis, *The international protection of refugees*, in “American Journal of International Law”, 1954, 48, p. 195.

cazione appare imprescindibile che sia consentito al rifugiato di formulare una domanda di protezione, secondo le procedure predisposte dalle autorità dello Stato di asilo e di rimanere sul territorio (almeno) finché la sua istanza non sia stata debitamente esaminata dagli organi competenti¹⁴: un obbligo cui gli Stati sono sottoposti fintantoché il soggetto permane nel territorio rientrante nella propria giurisdizione.

Tali obblighi restringono parzialmente la libertà che lo Stato, secondo un principio consolidato di diritto internazionale, esercita nella prassi in materia di ammissione, soggiorno ed esclusione degli stranieri sul proprio territorio, così derogando al quadro normativo generale del diritto degli stranieri, o di immigrazione¹⁵. Il rifugiato infatti, afferma l'art. 31 della Convenzione di Ginevra, può fare ingresso anche illegalmente nel territorio dello Stato in cui intende domandare protezione.

D'altronde l'UNHCR ha insistito sulla natura dichiarativa, e non costitutiva, dell'atto di riconoscimento dello *status* di rifugiato, affermando che un individuo non diviene un rifugiato in virtù dell'atto con cui gli è riconosciuto lo *status*, bensì gli si riconosce lo *status* perché egli è un rifugiato¹⁶. Cosicché ciascun individuo al momento del suo arrivo alla frontiera dello Stato di asilo gode di un *presumptive refugee status* che soltanto un esame relativo alla sua peculiare posizione personale potrà verificare ed eventualmente confermare o smentire¹⁷. Ha diritto cioè di domandare protezione al fine di accedere a una procedura con cui sia valutata la sussistenza di requisiti materiali necessari per la sua qualificazione come rifugiato o come soggetto altrimenti bisognoso di forme alternative di protezione internazionale¹⁸.

14. Cfr. R. Marx, *Non-refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, in "International Journal of Refugee Law", 1995, 3, pp. 401-3.

15. Principio accolto tacitamente anche dalla giurisprudenza italiana. Cfr., a titolo di esempio, Cassazione Penale, 10 luglio 1993, § 3: «per quel che concerne l'espulsione o comunque l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, nessun limite è posto allo Stato dal diritto internazionale generale, si che in questa materia vige in pieno la norma sulla sovranità nazionale, la quale comporta, appunto, la piena libertà dello Stato sia nell'ammettere che nell'espellere dal proprio territorio gli stranieri».

16. È quanto afferma l'UNHCR nell'*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 1979, p. 9: «A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfills the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee». In dottrina, per tutti, cfr. M. Pedrazzi, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. Zagato (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova 2006, p. 16.

17. Cfr. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 278.

18. Nell'ambito dell'Unione Europea sono previste due forme di protezione alterna-

3. Ambito e modalità di applicazione del principio di *non-refoulement*

Il principio di *non-refoulement* non può formare oggetto di riserva per gli Stati parte della Convenzione e dal 1951 in avanti è stato inserito in strumenti pattizi di carattere internazionale e regionale e in documenti normativi formalmente non vincolanti, ma dall'indiscusso valore simbolico e programmatico; inoltre è stato largamente accolto negli ordinamenti nazionali e nel diritto comunitario europeo ed è stato oggetto di influenti raccomandazioni da parte di organi istituzionali di carattere internazionale¹⁹, tanto che la dottrina ha concluso che il principio ha acquisito il rango di norma imperativa di diritto internazionale generale (il cosiddetto *jus cogens*)²⁰.

Per quanto la disposizione contenuta nell'art. 33 contempli espressamente soltanto l'espulsione e il respingimento, nell'ambito semantico della norma devono essere ricondotti anche atti diversi, come l'estradizione, che siano suscettibili di produrre l'effetto che il principio ha la funzione di scongiurare: ciò che d'altronde è esplicitamente espresso dalla parte della disposizione che dichiara che il rinvio non debba "in nessun modo" prodursi. La dottrina è giunta poi ad accreditare un'interpretazione estensiva del principio, in modo da includere, tra le condotte oggetto del divieto, insieme al rinvio verso il paese di origine del rifugiato o del richiedente

tive al riconoscimento dello *status* di rifugiato: la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria. A fronte dell'eterogeneità dei requisiti previsti per l'accesso a queste forme di protezione internazionale, nonché dei loro effetti (su cui si vedano le direttive 2001/55/CE e 2004/83/CE), esse hanno in comune la medesima *ratio*, che è quella di dare realizzazione al principio di *non-refoulement* onde provvedere al bisogno di protezione di coloro che non rientrano nei criteri stabiliti dalla definizione di "rifugiato" contenuta nella Convenzione di Ginevra.

19. Si vedano, a titolo di esempio: l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984; il paragrafo 8 dell'art. 22 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969; il paragrafo 3 dell'art. 2 della Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità africana sui rifugiati del 1969; il paragrafo 3 dell'art. 3 dei Principi relativi al trattamento dei rifugiati adottati dall'Asian-African Legal Consultative Committee del 1966; il primo paragrafo dell'art. 3 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale del 1967; il punto 5 delle Conclusioni del testo della Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984; in Italia l'art. 19 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, n. 286 del 1998; l'art. 78 del Trattato di Lisbona (che modifica il trattato sull'Unione Europea e il trattato che istituisce la Comunità europea); le seguenti conclusioni del Comitato Esecutivo dell'UNHCR: Conclusione n. 25, *General Conclusion on International Protection* del 1982, Conclusione n. 79, *General Conclusion on International Protection* del 1996.

20. Per tutti: J. Allain, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in "International Journal of Refugee Law", 2002, 4, e, per la dottrina italiana, recentemente F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 378-89, nonché i riferimenti ivi richiamati.

asilo già presenti sul territorio dello Stato di asilo, anche il respingimento di quegli individui che si presentino alla frontiera per essere ammessi nel territorio dello Stato cui intendono domandare protezione²¹.

Il principio limita inoltre la discrezionalità che inevitabilmente comporta la valutazione della posizione del richiedente asilo. Di diverso avviso è la dottrina tradizionale, concorde nell'affermare la tesi secondo cui la concessione della protezione, ossia la decisione in merito al riconoscimento dello *status* di rifugiato, rifletterebbe la piena discrezionalità tipica delle prerogative inerenti alla sovranità dello Stato, non esistendo nell'ambito dell'ordinamento internazionale alcun vincolo giuridico che imponga agli Stati un chiaro obbligo in proposito²². Questa tesi, peraltro, sembra trovare conferma anche sul piano normativo: né la Dichiarazione universale dei diritti umani, né la Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967 infatti depongono a favore della tesi opposta²³. E appare suffragata dal fatto che la stessa Convenzione di Ginevra si limita a indicare le caratteristiche che fanno di un individuo un rifugiato, senza tuttavia disciplinare in alcun modo la procedura che lo Stato di asilo è tenuto a seguire nel caso concreto per verificare la sussistenza di tali elementi²⁴. La Convenzione, inoltre, non specifica tassativamente il significato del concetto di “persecuzione”, pur essendo questo concetto elemento centrale della definizione dello *status*.

Tali omissioni appaiono coerenti con le intenzioni degli Stati contrattuali, che hanno così inteso riservarsi un ampio spazio di manovra nel concreto adempimento degli impegni convenuti, potendo essi attribuire un'estensione più o meno limitata al concetto di “persecuzione” in modo da modellare, secondo i propri interessi e valori, la stessa determinazione delle situazioni concrete che in base a questi possono essere ricondotte a tale fattispecie.

21. Per tutti: G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 77-8 e 123-4; Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 315.

22. Tra gli altri: M. R. Garcia-Mora, *International Law and Asylum as a Human Right*, Public Affairs Press, Washington 1956, pp. 120-2; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Sythoff, Leiden 1966, p. 101. Per la dottrina italiana, recentemente F. Graziani, *Antichi e nuovi rifugiati nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, p. 94.

23. L'art. 14, relativo all'asilo, contenuto nella prima bozza della Dichiarazione universale disponeva che «everyone has the right to seek and to be granted in other countries asylum from persecution». L'espressione “to be granted [...] asylum” fu poi sostituita al momento della redazione definitiva con la più vaga formulazione: “enjoy asylum”. Il paragrafo 3 dell'art. 1 della Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967 si limita ad affermare che «it shall rest with the State granting asylum to evaluate the grounds for the grant of asylum».

24. Cfr. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, cit., p. 20.

Elemento determinante per la valutazione della posizione del richiedente asilo è, poi, il “fondato timore” (*well-founded fear*) rispetto alla persecuzione. In esso – ha notato Livio Neri – «sono [...] contenuti i due poli intorno ai quali ruota la fattispecie definitoria: un elemento soggettivo, consistente nel timore di subire una persecuzione, ed uno oggettivo, costituito dalle circostanze esterne, senza il quale lo stato mentale di timore non acquista rilevanza»²⁵. Sicché non è necessario che il richiedente abbia effettivamente subito un abuso riconducibile a una qualche forma di persecuzione²⁶. La valutazione, infatti, si riferisce soltanto al rischio, più o meno reale, che tale persecuzione si realizzi qualora il rifugiato venga rinvia nel proprio paese di origine. Nell'esame del caso concreto si tratta pertanto di costruire un ragionamento ipotetico in base al quale derivare un giudizio, per così dire, prognostico inteso a immaginare il grado di probabilità che certi eventi, considerati rilevanti, possano determinarsi nel caso in cui il rifugiato sia costretto a far ritorno nel paese dal quale è fuggito²⁷.

Si comprende allora l'estrema difficoltà che inerisce al giudizio, in forza – oltre che del suo carattere appunto ipotetico – del fatto che esso comporta, da un lato, la valutazione della particolare versione resa dal richiedente, che spesso non dispone di documentazione al suo sostegno, e, dall'altro, la valutazione delle circostanze oggettive relative alla situazione effettiva della protezione dei diritti umani nel paese di provenienza del richiedente, spesso condotta su informazioni inevitabilmente sommarie e non adeguatamente aggiornate: ciò che, in merito alla fondatezza della domanda di protezione, rimette l'onere della prova a carico dello stesso richiedente. La sua posizione infatti risulterà esaminata soprattutto, se non esclusivamente, sulla base della credibilità intrinseca della versione resa. Essa verrà poi attestata collocandola nel contesto della situazione del paese di provenienza, ricostruita in base alle informazioni disponibili, e soprattutto mediante una valutazione della concreta possibilità di realizzazione della persecuzione, ossia del fatto che il rischio che essa si determini sia effettivamente reale.

È allora inevitabile che la prassi applicativa della Convenzione risulti assai poco uniforme, dato l'estesissimo margine di discrezionalità lasciato a ciascuno Stato nell'interpretazione di tali e tanti fattori. Ma è altrettanto innegabile, per altro verso, che il regime giuridico delineato dalla Convenzione di Ginevra – in forza della centralità del divieto di *refoulement* – circoscriva tale discrezionalità imponendo a ciascuno Stato di difendere

25. L. Neri, *Il diritto d'asilo. Sezione seconda – Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova 2004, p. 1194.

26. D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, PUF, Paris 2002, p. 89.

27. Cfr. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, cit., p. 35.

il richiedente asilo, nonché ovviamente il rifugiato già riconosciuto, dalla persecuzione in cui egli potrebbe rischiare di incorrere se forzosamente rinvia nel proprio paese di origine²⁸.

Tale garanzia – lo si è visto – è saldamente riconosciuta sul piano normativo e fattuale e, pur non vincolando lo Stato a concedere la protezione²⁹, lo investe di una responsabilità – nei confronti del rifugiato presente nel suo territorio e dunque sottoposto alla sua esclusiva giurisdizione – cui esso non può sottrarsi senza violare gli standard internazionali vigenti, i quali lo vincolano a tutelare il rifugiato concedendogli asilo oppure adoperandosi perché un altro Stato si assuma la responsabilità di accoglierlo³⁰.

Ciò che il principio di *non-refoulement* impone, insomma, è che la comunità internazionale nel suo complesso si faccia carico della situazione di precarietà estrema in cui versa il rifugiato, il quale, seppure non ha diritto di pretendere l'asilo in un *determinato* Stato, ha diritto però a beneficiare della protezione che la comunità internazionale, *nel suo insieme*, deve essere in grado di assicurargli a garanzia del diritto a una vita libera dalla persecuzione e dall'oppressione. Il divieto di respingimento – altra faccia del diritto di asilo, sua solida garanzia nel regime giuridico internazionale dei rifugiati – esprime l'idea che la comunità degli Stati è investita di una responsabilità collettiva verso gli individui che, non potendo avvalersi della protezione del proprio Stato, siano costretti a cercare asilo altrove: è l'idea, espressa in modo esemplare da Emerich de Vattel nel 1758, secondo cui ogni individuo ha diritto a stabilirsi in un territorio dove la propria vita e la propria libertà non siano minacciate³¹:

Un homme, pour être exilé, ou banni, ne perd point sa qualité d'homme, ni par conséquent le droit d'habiter quelque part sur la terre. [...] Si un peuple se trouve chassé de sa demeure, *il est en droit de chercher une retraite*. [...] *Il faut [...] que ces fugitifs trouvent une retraite*, et si tout le monde les refuse, ils pourront avec justice se fixer dans le premier pays, ou ils trouveront assez de terres.

28. Cfr. P. Ziotti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova 1988, p. 136; Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, cit., p. v; Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 157.

29. Al riguardo si deve infatti concordare con l'autorevole opinione di Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 300: «The duty of *non-refoulement* is not [...] the same as a right to asylum from persecution».

30. Cfr. A. Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*, Almqvist & Wiksell International, Stoccolma 1980, p. 43. Di avviso contrario Alland, Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, cit., p. 564.

31. E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, edizione del 1758 pubblicata a Berna e ristampata dal Carnegie Institution of Washington nel 1916, Libro II, par. 228 (corsivi miei).

4. Il contrasto dell'immigrazione clandestina in Europa e la compressione del regime giuridico dell'asilo

A partire dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso si è assistito nel continente europeo a una graduale compressione del regime giuridico internazionale volto alla protezione dei rifugiati e, in particolare, dei richiedenti asilo. Tale processo si è realizzato in apparente sintonia con la predisposizione di misure sempre più severe per il controllo e la repressione dell'immigrazione irregolare e clandestina. Ne è derivato un rapporto sinergico che sempre più congiunge l'efficienza del regime giuridico dell'asilo agli ingranaggi delle politiche migratorie.

Con la sola eccezione dei programmi di *resettlement*, ossia delle operazioni di reinsediamento dei rifugiati coordinate dall'Alto Commissariato – che comunque occupano uno spazio residuale nel sistema dell'asilo –, ai rifugiati è precluso qualunque canale legale per l'ingresso nel territorio dello Stato in cui intendono domandare protezione: sono cioè costretti ad aggirare gli apparati di sorveglianza delle frontiere europee e degli Stati membri dell'Unione confondendosi con i flussi di migranti clandestini gestiti dalla criminalità organizzata, dedita al traffico di esseri umani, e tollerati dalle autorità di sicurezza dei paesi d'origine e di transito³². Risulta, così, inevitabile che l'esecuzione di misure finalizzate al controllo dell'immigrazione ricada anche sui rifugiati. Indipendentemente dagli scopi per i quali tali misure sono apprestate, esse impediscono di fatto a individui la cui vita e la cui libertà sono in pericolo di raggiungere il territorio dello Stato in cui vogliono chiedere asilo.

Non è esente da questi effetti perversi nemmeno la predisposizione di un estesissimo regime di visti per l'ingresso nell'Unione di cittadini non comunitari, rafforzato da rigidi meccanismi sanzionatori diretti contro i vettori di trasporto (aerei, terrestri e marittimi). Ma certamente ben più rilevante, e più problematico per ciò che attiene alla tutela dei rifugiati qual è definita nella Convenzione di Ginevra del 1951, è l'istituzione operata in sede comunitaria di regole volte a limitare il movimento di potenziali rifugiati dagli Stati in cui transitano, prima di fare ingresso nei territori dell'Unione, o dai propri paesi d'origine. Tali principi, che ormai fanno parte integrante del regime giuridico europeo dell'asilo, sono noti come le regole del paese terzo sicuro (*safe third country*) e del paese d'origine sicuro (*safe country of origin*).

La prassi di rinviare i richiedenti asilo verso un paese terzo (considerato) sicuro, detto anche Stato di primo asilo, è stata adottata in modo

³². Cfr. M. C. Chiuri, N. Coniglio, G. Ferri, *L'esercito degli invisibili. Aspetti economici dell'immigrazione clandestina*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 58-63.

sistematico in ambito europeo sin dagli anni Novanta. La regola è stata ideata dalla Germania unita, che l'ha introdotta nel proprio ordinamento mediante una riforma costituzionale intesa alla modifica dell'art. 16-a – che laconicamente affermava: «i perseguitati politici godono del diritto di asilo» – in modo da contenere il numero delle domande di protezione, che nel 1992, per effetto della dissoluzione dei regimi comunisti dell'Europa dell'Est, aveva subito un incremento del 75%, raggiungendo la quota straordinaria di 438.191, pari a oltre due terzi del totale delle richieste di asilo presentate nei paesi della Comunità europea³³. La disposizione è stata emendata all'inizio del 1993 aggiungendovi una clausola, assai articolata, in cui si prevede che un individuo che, al fine di presentare un'istanza di asilo, entri in Germania dal territorio di un paese in cui è garantita l'applicazione della Convenzione di Ginevra in materia di rifugiati possa esservi rinviato senza prima condurre alcun esame della sua posizione personale³⁴.

Tale principio ha rapidamente formato una prassi comune ai paesi dell'Unione, tanto da entrare a far parte del diritto comunitario con la Direttiva n. 85 del 2005, in cui è stabilito, al comma 1º dell'art. 27, che i paesi membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro, rinviano il richiedente asilo, quando le autorità competenti abbiano previamente accertato che in quel paese: 1) la sua vita e la sua libertà non sono minacciate per le ragioni specificate dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra; 2) il principio di *non-refoulement* è rispettato; 3) è osservato altresì il divieto di allontanamento quando egli rischi di subire torture o trattamenti inumani e degradanti; 4) è prevista la possibilità di avanzare una domanda di protezione e di godere delle tutele giuridiche conseguenti alla concessione della protezione, ai sensi della Convenzione di Ginevra.

La prassi concreta è tuttavia assai poco uniforme, in forza dell'ampia disomogeneità delle procedure adottate dagli Stati membri. Inoltre, il principio appare criticabile in considerazione dello scopo cui si indirizzano la Con-

33. Già nel 1989 il Comitato esecutivo dell'Alto Commissariato (nella Conclusione n. 58) aveva precisato che un paese può essere considerato sicuro quando: 1) coloro che vi vengono rinviati sono protetti dal *refoulement*; 2) ad essi è consentito rimanere nei territori dello Stato in cui sono rinviati, dove sono trattati nel rispetto della loro dignità, finché non si provveda a trovare una soluzione durevole alla loro richiesta di protezione.

34. Cfr. G. Mangione, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 16-7. Per effetto della revisione costituzionale, l'art. 16-a è stato integrato da ben quattro capoversi. Il secondo di questi stabilisce che: «Non può appellarsi al primo comma chi entra da uno Stato membro delle Comunità europee o da un altro Stato terzo nel quale è garantita l'applicazione dell'Accordo sullo stato giuridico dei rifugiati e della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Gli Stati al di fuori delle Comunità europee rispetto ai quali si verificano le condizioni della prima parte di questo comma sono individuati con una legge, che necessita dell'assenso del Bundesrat [...].».

venzione di Ginevra e il regime giuridico internazionale in materia di rifugiati a questa ispirato. Non deve infatti essere sottovalutato il fatto che lo Stato che procede al rinvio difficilmente è in grado di accertare che sussistano i presupposti per l'applicazione del principio e che il trattamento del richiedente asilo sia conforme ai parametri sopra menzionati, né può in alcun modo pretendere che lo Stato terzo acconsenta all'ingresso del soggetto rinvia o che questi non venga rinvia verso un altro Stato terzo che non fornisce adeguate garanzie o verso il proprio paese di origine. Quest'ultimo caso comporta, seppur indirettamente, una chiara violazione del divieto di *refoulement* a carico dello Stato che innesca il processo a catena di rinvio forzoso³⁵.

Ma ancor più problematico e palesemente in contrasto con i principi che informano il sistema dell'«asilo» appare il concetto di paese d'origine sicuro, anch'esso entrato a far parte del diritto comunitario con la succitata Direttiva del 2005, ma già formulato dal legislatore tedesco in occasione della revisione costituzionale del 1993³⁶. Il Consiglio, deliberando a maggioranza, adotta un elenco comune di paesi terzi che qualifica, previa consultazione del Parlamento europeo, come paesi d'origine sicuri³⁷. Inoltre, fermo restando quanto previsto nell'elenco adottato dal Consiglio, ciascuno Stato membro è autorizzato a designare a livello nazionale paesi terzi diversi da quelli che figurano nella lista comune dei paesi di origine sicuri³⁸. Le domande di protezione avanzate da cittadini provenienti da paesi considerati sicuri sono dichiarate non fondate e vengono esaminate d'ufficio con procedure sommarie o non vengono esaminate affatto e il richiedente viene immediatamente respinto alla frontiera³⁹.

Per quanto i parametri per la designazione di uno Stato come paese d'origine sicuro siano più esigenti dei criteri che presiedono all'applicazione del principio del paese terzo sicuro, sono molteplici i profili critici di questo concetto⁴⁰. Tutti attengono al carattere universale del diritto di

35. Criticamente in questo senso: R. Byrne, A. Shacknove, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in «Harvard Human Rights Journal», 1996, 9.

36. Si può dunque affermare che la legislazione – peraltro costituzionale – della Germania unita in materia di asilo è stata davvero pionieristica, considerato lo sviluppo del diritto comunitario nella direzione da essa indicata ben dieci anni prima. Il terzo capoverso dell'art. 16-a, come modificato dalla revisione costituzionale, stabilisce: «Mediante una legge che necessita dell'assenso del *Bundesrat* possono essere individuati Stati nei quali per effetto della situazione legale, dell'applicazione del diritto e dei generali rapporti politici, appare garantito che non si verificano né persecuzioni politiche, né pene o trattamenti umilianti o contrari al senso d'umanità».

37. Cfr. Direttiva 2005/85/CE, art. 29.

38. Ivi, art. 30.

39. Cfr. Allain, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, cit., pp. 549 ss.

40. Per l'elenco dettagliato dei parametri a tal fine individuati si veda l'allegato II alla Direttiva citata.

chiedere asilo, in quanto diritto soggettivo conferito a tutti, indipendentemente dalla nazionalità di appartenenza. L'asilo – lo abbiamo visto – è diventato con la Convenzione di Ginevra una forma di protezione individuale garantita alle persone bisognose di protezione internazionale a seguito di un esame della condizione personale del richiedente in cui si valuta la sussistenza di precisi requisiti materiali. Affermare, in applicazione del principio del paese d'origine sicuro, che certi individui, per il solo fatto di provenire da uno Stato considerato sicuro, non siano meritevoli di alcuna tutela significa introdurre una irragionevole discriminazione tra potenziali rifugiati in contrasto con un basilare principio di uguaglianza. Significa cioè introdurre una limitazione geografica virtualmente indeterminata e soggetta alla piena discrezionalità degli Stati membri, nonché giuridicamente illegittima, poiché espressamente vietata dalla stessa Convenzione di Ginevra, che all'art. 3 afferma che «gli Stati contraenti applicano le disposizioni della [...] Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni quanto alla razza, alla religione o al paese d'origine».

5. Cenni sulla recente prassi italiana: l'attacco al divieto di respingimento

Non minore rilievo assumono le prassi gradualmente consolidatesi nell'ultimo decennio a seguito dello sviluppo del processo di armonizzazione europeo delle regole e delle procedure in tema di rifugiati e di richiedenti asilo, avviato nel 1997 con l'adozione del trattato di Amsterdam⁴¹. Appaiono particolarmente significativi, ai fini di una piena comprensione del livello di tutela garantito attualmente in Europa ai rifugiati, alcuni casi recenti che hanno avuto grande risonanza e che hanno suscitato un ampio dibattito in dottrina e nell'opinione pubblica. Il riferimento è agli ormai celebri casi della nave tedesca Cap Anamur (giugno 2004), della nave turca Pinar (aprile 2008) e soprattutto ai respingimenti effettuati dall'Italia in modo sistematico a partire dal 6 maggio del 2009, attraverso operazioni di interdizione navale in acque internazionali e nelle acque territoriali libiche e il successivo dirottamento delle imbarcazioni intercettate verso la Libia.

I primi due casi segnalano l'interrelazione che sussiste in certe circostanze tra il regime giuridico dell'asilo e il diritto del mare: un intreccio che si fa sempre più complesso, in conseguenza dell'affastellarsi di numerose

⁴¹. Di particolare rilievo sono le direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE. Alcuni cenni su quest'ultima direttiva sono *infra* § 4. Sul processo di armonizzazione europeo, si vedano la sintesi di Lenzerini, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 119-35 e il recente E. Benedetti, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, CEDAM, Padova 2010.

regole di natura convenzionale e che rende questi casi di difficile interpretazione e valutazione.

La Cap Anamur aveva tratto in salvo 37 persone di nazionalità sudanese naufraghe nel Canale di Sicilia. Solo dopo quasi un mese fu autorizzata ad attraccare a Porto Empedocle e ai suoi passeggeri fu permesso di avanzare una domanda di protezione allo Stato italiano. Un esito, certamente positivo, che, sotto un profilo strettamente giuridico, non era affatto scontato. Secondo il diritto internazionale generale del mare, l'Italia poteva infatti impedire l'ingresso della nave nelle proprie acque territoriali, essendo il passaggio di una nave carica di migranti qualificabile come atto offensivo poiché finalizzato allo sbarco clandestino delle persone trasportate sul territorio di uno Stato diverso dallo Stato di bandiera della nave⁴²; poteva altrimenti respingere la nave in acque internazionali quando questa si fosse trovata nella cosiddetta zona contigua: una prerogativa, riconosciuta dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁴³, che rientra tra le operazioni di vigilanza delle proprie frontiere relativamente al controllo e alla limitazione dell'immigrazione clandestina; poteva, infine, rifiutare ai migranti l'accesso sul proprio territorio, qualora essi avessero potuto beneficiare della protezione assicurata dallo Stato di bandiera della nave o dello Stato del porto straniero successivo verso cui la nave era diretta⁴⁴.

Avendo accertato l'assoluta indisponibilità della Germania a farsi carico delle richieste di protezione, le autorità italiane – come si è detto – diedero seguito alle domande avanzate dai migranti, che però furono tutte respinte. L'UNHCR in un comunicato dichiarò che la Commissione preposta alla valutazione delle domande non aveva potuto esaminarle con obiettività e indipendenza, avendo ricevuto forti pressioni perché negasse qualsiasi forma di protezione ai richiedenti. Il processo a carico del presidente della Cap Anamur, del capitano e del primo ufficiale di bordo durò tre anni, concludendosi nell'ottobre del 2009 con la piena assoluzione degli imputati, accusati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁴⁵.

Una vicenda in gran parte analoga è poi quella che ha coinvolto la nave Pinar. Dopo aver soccorso 145 persone al largo delle coste di Lampedusa

42. Si veda il *Protocollo contro il traffico di migranti per via terrestre, marittima e aerea*, concluso a Palermo il 12 dicembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004, ratificato dall'Italia con legge n. 146 del 16 marzo 2006. Su cui cfr. V. Delicato, *Il contrasto al traffico di migranti negli accordi bilaterali conclusi dall'Italia*, in M. Carta (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, Teseo Editore, Roma 2009, pp. 131-3, 141-2.

43. Conclusa a Montego Bay il 10 dicembre 1982.

44. Cfr. Lenzerini, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 356; S. Trevisanut, *Le Cap Anamur: profils de droit international et de droit de la mer*, in “*Annuaire de droit de la mer*”, 2004.

45. Cfr. L. Boldrini, *Tutti indietro*, Rizzoli, Milano 2010, pp. 110-1.

nella zona SAR (*search and rescue*) di competenza maltese⁴⁶, l'imbarcazione chiese all'Italia di essere autorizzata a fare ingresso nelle sue acque territoriali per far sbarcare i migranti. La richiesta della Pinar innescò una controversia tra Malta e l'Italia, per la determinazione della competenza sulle persone soccorse in mare, che non trovò soluzione per alcune settimane, producendo una situazione di stallo oggettivamente problematica date le condizioni igienico-sanitarie assai difficili in cui si poteva immaginare versassero i migranti e l'equipaggio.

Solo in seguito al racconto della situazione a bordo, riportato da un gruppo di giornalisti riusciti a salire sulla nave, le autorità italiane, nonostante la responsabilità di fornire assistenza ricadesse in primo luogo su Malta, si convinsero ad autorizzare lo sbarco senza far attraccare la Pinar, che fu costretta a ripartire subito per la Tunisia⁴⁷. Anche in questo caso, la decisione italiana non rappresentava l'unica soluzione possibile. E anzi una soluzione univocamente rispondente a quanto stabilito negli accordi internazionali tra le parti coinvolte (Italia e Malta) è di difficile individuazione⁴⁸.

Molteplici sono invece gli elementi che depongono a sostegno di una valutazione nettamente critica della prassi dei respingimenti verso la Libia condotta dall'Italia a partire dal maggio del 2009 e già sperimentata, seppure in forme diverse, nell'ottobre del 2004 e per tutto il 2005⁴⁹. Sono infatti numerosi, come vedremo subito, i profili di illegittimità di questa prassi, i quali riguardano non solo la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, ma anche norme dell'ordinamento italiano, in primo luogo di rango costituzionale, e di diritto comunitario. Quello intrapreso dal governo italiano ha rappresentato insomma un attacco frontale al sistema dell'asilo in clamata violazione del principio di *non-refoulement*, pilastro fondamentale dell'articolato regime giuridico inteso alla protezione dei rifugiati.

Le operazioni condotte dall'Italia, in base a una pianificata politica del respingimento – peraltro rivendicata come legittima da autorevoli membri

46. Zona definita in applicazione della *International Convention on Maritime Search and Rescue*, adottata il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985 e ratificata dall'Italia con legge n. 147 del 3 aprile 1989.

47. Cfr. Boldrini, *Tutti indietro*, cit., pp. 128-30.

48. Cfr. F. De Vittor, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in "Rivista di diritto internazionale", 3, 2009, pp. 801-4.

49. Su questi precedenti si legga la condanna espressa dal Parlamento europeo nella Risoluzione UE PT TA (2005) 0138 del 14 aprile 2005. Per ciò che attiene ai respingimenti del 2009, si veda ora la recentissima sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani (23 febbraio 2012), caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, consultabile nel portale on-line della CEDU: <http://www.echr.coe.int/ECHR/>. Il presente testo è stato consegnato prima della pubblicazione della sentenza. Per quanto di essa non si è dunque potuto tenere conto, le linee critiche svolte nell'analisi che segue corrispondono in gran parte agli argomenti che la Corte ha esposto per motivare la condanna dell'Italia.

del governo⁵⁰ –, riproducono grosso modo il trattamento che gli Stati Uniti d’America riservarono ai profughi haitiani quasi due decenni fa, quando, in esecuzione di un provvedimento emanato dall’allora presidente Bush (*senior*) nel maggio del 1992, vennero avviate operazioni di interdizione in acque internazionali con immediata riconduzione delle imbarcazioni intercettate verso le coste di Haiti, da cui queste provenivano. Il provvedimento autorizzava la Guardia costiera a rinviare i migranti, soccorsi in mare, direttamente ad Haiti senza alcuna verifica previa della loro condizione individuale. La Corte suprema statunitense – in una nota sentenza: caso *Sale c. Haitians Centers Council*, del 21 giugno 1993 – dichiarò peraltro legittimo il provvedimento sostenendo che l’art. 33 della Convenzione di Ginevra, che enuncia il principio di *non-refoulement*, non avrebbe efficacia extra-territoriale, ossia si applicherebbe esclusivamente ai rifugiati che si trovino nel territorio dello Stato di asilo, incluse le sue acque territoriali, o che siano presenti alle sue frontiere.

Come rilevato in dottrina, quella affermata dalla Corte suprema, nonostante l’autorevolezza dell’organo giudicante, si presenta come un’interpretazione restrittiva di dubbia correttezza e comunque chiaramente non corrispondente alla *ratio* dell’art. 33⁵¹. Già la Commissione inter-americana dei diritti umani aveva immediatamente criticato il provvedimento presidenziale, chiedendo al governo, ben tre mesi prima della sentenza della Corte, di rivedere il suo atteggiamento nei confronti dei profughi haitiani, dichiarando che la prassi dei respingimenti configurava la violazione del diritto alla vita e del diritto di cercare e di ottenere asilo, entrambi sanciti nella Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell’uomo⁵². Il giorno successivo alla sentenza l’UNHCR aveva poi fermamente rimarcato, in opposizione alle dichiarazioni della Corte, la natura extra-territoriale del principio di *non-refoulement*, affermando che il divieto di respingimento incombe sugli Stati indipendentemente dal fatto che essi agiscano entro o fuori dai loro confini territoriali⁵³: interpretazione ben più fondata di quella della Corte ed enunciata in modo assai efficace dal giudice J. Blackmun nella sua opinione dissidente, in cui afferma che «il comma 1° dell’art. 33 è chiaro non solo per ciò che dice, ma anche per quello che non dice: esso non include alcuna limitazione geografica. Stabilisce limiti solo circa

50. Si ricordino le parole del ministro dell’Interno R. Maroni, riportate da Boldrini, *Tutti indietro*, cit., p. 135, pronunciate in una conferenza stampa convocata all’indomani dei primi respingimenti: «Quanto avvenuto afferma il “principio del respingimento” verso il paese di partenza e segna davvero una svolta perché non era mai successo che il Paese da cui i clandestini partivano, poi accettasse di riprenderseli»; corsivo mio.

51. Cfr. I. Castrogiovanni, *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, in “Rivista di diritto internazionale”, 1994, 77, pp. 474-82.

52. Cfr. caso n. 10.675, 17 marzo 1993, §§ 183 e 188.

53. Cfr. Lenzerini, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 352.

il luogo *verso cui* il rifugiato può essere rinviato e non circa il luogo *da dove* egli può essere respinto»⁵⁴.

Del resto appare irragionevole, sotto il profilo del principio di egualianza, una discriminazione basata sull'elemento territoriale – da cui cioè risulti un trattamento diverso secondo che il rifugiato sia dentro o fuori dai confini territoriali dello Stato in cui cerca protezione – in considerazione dello scopo della Convenzione di Ginevra che è quello di difendere i rifugiati dalla persecuzione. L'UNHCR ha avuto modo di chiarire ulteriormente la sua posizione in un recente Parere, in cui ha affermato che «nel determinare se gli obblighi di uno Stato sui diritti umani sussistono nei confronti di una determinata persona, il criterio decisivo non è se quella persona si trovi sul territorio nazionale di quello Stato, o all'interno di un territorio che sia *de jure* sotto il controllo sovrano dello Stato, quanto piuttosto se egli o ella sia o meno soggetto all'effettiva autorità di quello Stato», sia cioè sottoposto alla sua giurisdizione⁵⁵.

Ebbene, i migranti intercettati in alto mare e immediatamente ricondotti verso la Libia erano certamente sottoposti alla giurisdizione delle autorità italiane, essendo stati trasferiti sulle motovedette italiane e da queste trasportati verso le coste libiche⁵⁶. Ai sensi dell'art. 4 del Codice della navigazione «le navi italiane in alto mare [...] sono considerat[e] come territorio italiano»; inoltre, secondo il primo paragrafo dell'art. 92 della già citata Convenzione ONU sul diritto del mare, «le navi navigano sotto la bandiera di un solo Stato e [...] in alto mare sono sottoposti alla sua giurisdizione esclusiva». In considerazione della natura extra-territoriale del principio di *non-refoulement*, nonché della sua indubbia rilevanza nel caso dei respingimenti effettuati dalle autorità italiane, non potendo la Libia essere considerata un paese sicuro – come ampiamente documentato dai rapporti di autorevoli organizzazioni per la tutela dei diritti umani, ed essendo la Libia non firmataria della Convenzione di Ginevra –, appare incontestabile che la prassi dei respingimenti costituisca una palese violazione del diritto internazionale generale.

Sono poi molteplici i profili di illegittimità che attengono al diritto interno e che riguardano, in primo luogo, diritti sanciti nel testo costituzio-

54. Riportata in Castrogiovanni, *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, cit., p. 477, in nota (traduzione e corsivi miei).

55. *Parere consultivo dell'UNHCR sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, del 26 gennaio 2007, § 35.

56. Cfr. A. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, 2009, 3, p. 596; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, 2010, 3, pp. 512-3.

nale. Innanzitutto il comma 3º dell'art. 10, che stabilisce il diritto di asilo, il quale avrebbe dovuto evitare che fossero respinti individui ai quali «sia impedito nel [proprio] paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana». In secondo luogo, il comma 3º dell'art. 13, ossia la garanzia dell'*habeas corpus*, che avrebbe dovuto impedire il rinvio coattivo dei migranti, non sottoposto alla convalida giudiziale, in violazione della loro libertà personale⁵⁷.

Altrettanto seri sono i profili di illegittimità che riguardano la specifica normativa sul diritto dell'immigrazione raccolta nel Testo Unico. Con le modifiche apportate dalla legge cosiddetta Bossi-Fini, ai sensi degli artt. 12, commi 9º-*bis*, 9º-*ter*, 9º-*quater* e 9º-*sexies*, le navi della Marina militare e le navi in servizio di polizia sono autorizzate a intercettare, anche al di fuori delle acque territoriali italiane, imbarcazioni rispetto alle quali vi è un fondato motivo di ritenere che siano coinvolte nel traffico illecito di migranti. Tuttavia, trovato riscontro del sospetto, le navi italiane possono porre sotto sequestro l'imbarcazione non già per ricondurla verso le coste di un altro Stato, come è avvenuto con i respingimenti verso la Libia, bensì per condurla in un porto dello Stato al fine di procedere ai dovuti accertamenti, nonché all'esame della posizione individuale dei migranti trasportati⁵⁸. Inoltre, come denunciato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) in un rapporto reso pubblico il 28 aprile del 2010, i respingimenti, avendo coinvolto anche minori e donne in stato di gravidanza, sono stati condotti in violazione del secondo comma dell'art. 19, lett. *a* e *d* del T.U.⁵⁹.

Il Comitato ha anche segnalato che i respingimenti avrebbero altresì violato il Codice frontiere Schengen⁶⁰ che impone agli Stati membri, coinvolti nell'attività di controllo delle frontiere, di rispettare il diritto di asilo e di verificare individualmente l'identità degli individui che attraversano le frontiere europee. Seppure l'applicabilità del Codice Schengen in acque internazionali sia controversa in dottrina⁶¹, è però incontestabile che

57. Cfr. L. Ferrajoli, *Politiche contro gli immigrati e razzismo istituzionale in Italia*, in P. Basso (a cura di), *Razzismo di Stato: Stati Uniti, Europa, Italia*, Franco Angeli, Milano 2010, p. 122; M. Benvenuti, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, in "Costituzionalismo.it", 2009, 1.

58. Cfr. A. Pugliotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in "Diritto e società", 2009, 3-4. pp. 502-3.

59. Cfr. N. Ricciuti, *Il Comitato europeo contro la tortura e la prassi italiana dei respingimenti verso la Libia*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 2010, 3, p. 677.

60. Regolamento CE 562/2006.

61. Cfr. Ricciuti, *Il Comitato europeo contro la tortura e la prassi italiana dei respingimenti verso la Libia*, cit., p. 676.

i respingimenti, avendo l'effetto di trasferire un gruppo di individui dalla giurisdizione italiana a quella libica senza che ad essi sia in alcun modo garantito di far valere la propria posizione personale, configurino infine una violazione del divieto delle espulsioni collettive, previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)⁶².

6. Conclusioni

La compressione del regime giuridico dell'asilo che si è andata realizzando in Europa negli ultimi due decenni indica inequivocabilmente che il percorso per una piena affermazione dei diritti dei richiedenti asilo e dei rifugiati sarà ancora lungo e travagliato. Non solo alcuni istituti che sono ormai entrati nella prassi e nel diritto comunitario, come i principi del paese terzo sicuro e del paese sicuro di origine, appaiono in contrasto con la funzione cui il regime di protezione, configurato dal quadro normativo internazionale in materia di asilo, dovrebbe servire. Ma è lo stesso principio di non-respingimento, norma cardine del sistema dell'asilo che ha assunto ormai il rango di regola di diritto internazionale generale, ad apparire ancora non pienamente consolidato, essendo non di rado oggetto di indirizzi politici ad esso incompatibili che ne scalfiscono la cogenza normativa.

Certo, la politica dei respingimenti realizzata dall'Italia a partire dal maggio del 2009 non deve essere letta come un'ennesima sconfessione del principio di *non-refoulement*. E anzi, essa, piuttosto che ridimensionarne la portata normativa, ha l'effetto opposto e paradossale di confermarla pur consistendo – come ho cercato di mostrare – in una sua clamorosa violazione. Vale anche in questo caso quanto autorevolmente affermato nel 1986 dalla Corte internazionale di Giustizia in una nota pronuncia: «Se uno Stato agisce in modo apparentemente inconciliabile con una regola riconosciuta, ma difende la sua condotta invocando eccezioni o giustificazioni contenute nella regola stessa, ne risulta una conferma piuttosto che un indebolimento della regola»⁶³. La politica dei respingimenti, nonostante le sconcertanti dichiarazioni di qualche rappresentante del Governo italiano allora in carica, è stata difesa facendo appello su un'interpretazione restrittiva dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, intesa a fare leva sul fatto che il rinvio di potenziali richiedenti asilo dalle acque internazionali costituirebbe non già una violazione del diritto internazionale, bensì un'azione giuridicamente lecita poiché condotta in circostanze eccezionali

62. Cfr. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 606.

63. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 27 giugno 1986, in *ICJ Reports*, § 186 (traduzione mia).

non espressamente contemplate dalle disposizioni normative che disciplinano l'allontanamento dei richiedenti asilo e dei rifugiati dai territori dello Stato in cui cercano protezione.

Il caso della politica dei respingimenti effettuati dall'Italia non è un caso comune e non possiede i presupposti per costituire la base per la formazione di una nuova prassi internazionale. Al contrario, la denuncia delle sue incongruenze con il quadro normativo internazionale e la condanna della sua discontinuità rispetto a una prassi sempre più consolidata, che garantisce i richiedenti asilo e i rifugiati dal rischio di un rinvio forzoso verso uno Stato dove la loro vita e la loro libertà sarebbero minacciate, hanno la funzione di ribadire l'importanza fondamentale del principio di *non-refoulement* per il regime giuridico dell'asilo e per il sistema internazionale di tutela dei diritti umani.

L'attacco al divieto di respingimento non indebolisce, bensì rafforza paradossalmente la tendenza verso lo sviluppo di un nuovo ordine internazionale: basato su regole che siano accettate e riconosciute dalla comunità degli Stati nel suo insieme come norme rispetto alle quali non è permessa alcuna deroga – le cosiddette norme di *jus cogens*⁶⁴ – e dove i singoli individui, indipendentemente dagli Stati cui appartengono, divengano la principale unità di riferimento normativo, finalmente soggetti attivi, e non meramente passivi, anche sulla scena internazionale⁶⁵. Ciò che di fatto accade già con i richiedenti asilo e i rifugiati, i quali, potendo rivendicare diritti soggettivi attribuiti direttamente dal diritto internazionale verso uno Stato cui non sono legati da alcun vincolo di appartenenza nazionale, possono qualificarsi, tra i singoli individui, come i soggetti di diritto internazionale per eccellenza, così smentendo la vecchia concezione internazionalistica secondo cui unici soggetti del diritto internazionale sono (e non possono che essere) gli Stati⁶⁶.

64. Lo *jus cogens* è definito dall'art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio del 1969, che afferma: «per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

65. Sulla questione della soggettività giuridica nel diritto internazionale, rinvio a F. Mastromartino, *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2010, 10, pp. 1-24.

66. Cfr. F. Krenz, *The Refugee as a Subject of International Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», 1966, 15, p. 115.