



Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Organizzazione Internazionale e Diritti Umani

**L'attuazione della Convenzione di Ginevra relativa
allo status di rifugiato negli Stati Uniti**

RELATORE

Prof. Francesco Cherubini

CANDIDATO

Antonio Fucà

CORRELATORE

Matr. 625942

Prof.ssa Maria Beatrice Deli

ANNO ACCADEMICO

2015/2016

Indice Tesi

Introduzione	4
Parte I. Il Sistema Internazionale di tutela dei rifugiati	
1. I primi meccanismi formali di protezione	6
1.1 Gli albori	6
1.2 L'umanità del primo dopo guerra	8
2. La strada verso la Convenzione	11
2.1 L'umanità del secondo dopo guerra	11
2.2 L'UNHCR e le sette parole scomparse	14
3. La Convenzione di Ginevra	18
3.1 La base dei lavori	18
3.2 Il testo approvato: i due cuori della Convenzione	19
3.3 La definizione di rifugiato: i <i>Travaux préparatoires</i> e i due limiti	23
3.4 Il limite "fantasma" della definizione	27
4. Le "vie di fuga" dalla Convenzione	31
4.1 Una protezione (ancora) per categorie	31
4.2 I respingimenti in alto mare	35
4.3 Le clausole di esclusione	38

Parte II. L'evoluzione della normativa in materia di rifugiati negli Stati Uniti

1. L'era della migrazione	42
1.1 <i>A Nation of Immigrants</i>	42
1.2 Le paure del nuovo secolo	46
1.3 La problematica semita	48
2. L'era del rifugio strategico	52
2.1 Tra restrizionismo e Guerra fredda	52
2.2 Un rifugio anti-comunista	54
2.3 La dottrina del rifugio strategico (o competitivo)	58
2.4 Cuba Vs Haiti	61
2.5 Verso la riforma: diritti umani o opportunità politica?	69

Parte III. L'attuazione della Convenzione nell'ordinamento interno degli Stati Uniti: il *Refugee Act* fra teoria e pratica

1. La genesi dell'atto	75
1.1 La ratifica del Protocollo del 1967	75
1.2 Un buon momento per agire	77
2. Il Tempio del rifugio americano	81
2.1 La base del tempio: obiettivi e definizione di rifugiato	81
2.2 La prima colonna: l' <i>Overseas Refugee Admission Program</i>	83
2.3 La seconda colonna: l' <i>Asylum Procedure</i>	85
2.4 La terza colonna: il principio di <i>non-refoulement</i>	87

3. Dal testo alla storia. L'applicazione pratica del <i>Refugee Act</i>	90
3.1 Nuovo vestito, vecchi costumi: una nuova legge per una vecchia strategia	90
3.2 <i>Special Humanitarian Concern Vs National Interest</i> : gli anni di Reagan	93
3.3 Un inizio incoraggiante: la protezione temporanea e la protezione sussidiaria	99
3.4 Dall'esclusività all'esclusione: la svolta nel paradigma	102
Parte IV. Le "vie di fuga" dalla Convenzione: un quadro giuridico	
1. I respingimenti in alto mare: il caso americano e quello europeo	110
1.1 Il caso americano: <i>Sale v. Haitian Centers Council</i>	110
1.2 1.2 Esecutivo Vs Giudiziario. L'estensione extraterritoriale dei diritti fondamentali: il caso <i>Boumediene v. Bush</i> .	116
1.3 Il caso europeo. La sentenza <i>Hirsi Jamaa c. Italia</i>	126
1.4 I tre casi: una possibile convergenza?	133
2. Dall'Evil Empire alla War on Terror: casi e prospettive future	140
2.1. 9/11. La normativa antiterrorismo	140
2.2. Il supporto materiale irrilevante: il caso <i>Singh-Kaur v. Ashcroft</i>	143
2.3. Evoluzione della rilevanza. Il caso <i>In re S-K-</i> e l'ordinanza del 2014	146
Conclusioni. L'assalto al tempio.	152

Introduzione

Questo lavoro prende spunto dalla perdurante attualità della tematica dell'immigrazione e del rifugio nell'occidente contemporaneo. Le crisi internazionali, le guerre, il terrorismo e le violente risposte xenofobe nel tempo della grande pace liberale, non possono che destare maggiore sgomento man mano che esse acquisiscono vigore, invece che cadere in quiescenza. Per questo motivo, in un tempo incerto, in un contesto liquido come quello delle Organizzazioni Internazionali e delle relazioni fra gli Stati, questo lavoro si propone di indagare sugli strumenti messi a disposizione nel corso della storia del rifugio al fine di far fronte alle emergenze migratorie che si sono susseguite nel rincorrersi degli eventi sul versante atlantico del pianeta.

Come ogni viaggio che voglia ripercorrere la storia della creazione e della successiva implementazione degli strumenti internazionali sulla tutela del rifugiato, il nostro aereo non può che partire da Ginevra. La Conferenza dei Plenipotenziari di 26 Stati Europei che si tenne dal 2 al 25 luglio 1951 nella cittadina Svizzera famosa nel mondo per la sua propensione alla diplomazia internazionale, redisse il testo le cui disposizioni rappresentano ancora oggi il punto di riferimento principale per milioni di rifugiati nel mondo. In questo senso, la prima parte di questo lavoro si concentrerà proprio sulla Convenzione di Ginevra, lo strumento internazionale di protezione dei rifugiati per eccellenza, analizzandone origini, evoluzione, e lacune principali. Lacune che hanno causato e causano tutt'oggi non poche problematiche ai richiedenti asilo di tutto il mondo; difetti che appaiono in verità oggi persino irrilevanti di fronte alle ben più gravi tensioni restrizioniste e liberticide di diversi leader nazionalisti che guardano con malcelata simpatia alle politiche dei muri particolarmente in voga oltreoceano.

E da Ginevra, è proprio oltreoceano che si dirigono i nostri intenti di ricerca. Washington, la capitale americana che ha ospitato per circa due mesi la conduzione di questo studio sulle politiche di rifugio statunitensi, accoglie adesso, nel suo edificio più importante, uno dei leader più restrizionisti di sempre. Il percorso che ha condotto la *Nation of Immigrants* per eccellenza, fondata sui valori della libertà e dell'uguaglianza dei popoli, alla scelta di un leader reazionario e xenofobo non è scontata e non sempre lineare. Eppure, partendo dalle origini della fondazione della Nazione, possiamo tracciare delle linee di fondo che ci aiuteranno a capire

come, in effetti, tra gli ideali americani e la loro realizzazione pratica, c'è sempre stato un divario a tratti incolmabile. Così la seconda parte della tesi si occuperà di disegnare proprio queste linee storiche di fondo, rendendo conto dell'evoluzione della normativa in materia di rifugiati negli Stati Uniti.

Il tratto curioso del divario fra pratica e ideale nella storia del rifugio statunitense è che, anche nel momento di maggiore convergenza, questi due elementi non si sono in realtà mai trovati così distanti. Questo punto nevralgico di scomposizione della normativa americana fra testo scritto ed esecuzione materiale si verificò nel 1980, data dell'attuazione della Convenzione di Ginevra nell'ordinamento interno statunitense. Attuazione normativa, tuttavia, che non significò parimenti rinnovamento politico e morale. La parte terza analizzerà in maniera approfondita il profondo dissidio fra le tensioni umanitarie contenute nel testo del nuovo *Refugee Act* e l'interesse nazionale smaccatamente anti-comunista contenuto nei cuori dell'amministrazione americana degli anni '80.

L'ultima sezione dello studio cerca infine di tracciare un quadro giuridico di riferimento che possa rendere conto al meglio delle tensioni evasive americane e, in misura minore, europee ed italiane. La Convenzione infatti, come già accennato, possiede le sue lacune e le sue "vie di fuga". Queste ultime sono state sfruttate al meglio dall'esecutivo americano, correndo a volte una vera e propria corsa a ostacoli fra i cavilli giudiziari previsti o meno dai redattori della Convenzione. Interessante risulta anche l'evoluzione delle risposte giudiziarie ai suddetti tentativi di eludere le tutele garantite ai rifugiati dalla normativa interna e internazionale, spaziando da un atteggiamento di complicità, a dire il vero appartenente a casi giuridici più risalenti, fino ad arrivare a soluzioni giuridiche "creative" e di massima estensione dei diritti umani e civili.

Il che ci riporta infine ai nostri giorni, dove, nelle stesse ore durante le quali la ricerca volge al suo termine, negli Stati Uniti si continua a combattere un'avvincente battaglia giudiziaria fra le velleità restrizioniste dell'esecutivo guidato dal neo-eletto Presidente Trump e il sistema giudiziario americano, finora impegnato a ostacolare in ogni modo i tentativi di bandire dal Paese un enorme numero di rifugiati, richiedenti asilo e semplici immigrati con regolari visti di permanenza. Una scontro questo, che affonda le sue radici nella più classica tradizione americana dei *checks and balances* e, se vogliamo, in quella latina della vigilanza sui propri stessi custodi. In fondo, l'ennesima battaglia per i diritti umani di un'umanità, che per quanto ci si provi, non passa mai di moda.

Parte I

Il sistema internazionale di tutela dei rifugiati

1. I primi meccanismi formali di protezione

1.1 *Gli albori*

Da quando esiste la civiltà, esiste il conflitto. E chi nel conflitto risulti minoritario, ha diritto di sottrarsi. Sin dai secoli più remoti della nostra storia le guerre, gli scontri, le persecuzioni, hanno costretto gli uomini a fuggire gli uni dagli altri, chi in cerca di un nuovo inizio, chi sperando di essere ospitato anche solo per pochi giorni. Il rifugio ha una storia lunga quanto l'uomo e vale solo la pena ricordare come di questo si abbia traccia in tempi e culture molto lontani dai nostri.

Molti secoli prima della nascita di Cristo, attraverso gli sterminati deserti della penisola araba, le tribù di Beduini invocavano già la protezione e l'ospitalità del proprio "vicino". L'*Istijara* (letteralmente "la ricerca del proprio vicino") e la conseguente *Ijara* (la garanzia e l'estensione della protezione a chi la richieda) sono concetti che si sviluppano nel contesto delle frequenti lotte tribali che costringevano gli sconfitti a ricercare rifugio dal pericolo delle armi e delle pungenti notti del deserto. Una volta che uno straniero fosse stato fatto entrare in una tenda di un abitante del deserto, avrebbe potuto contare sulla protezione della sua intera famiglia per un breve periodo¹. Con l'avvento dell'Islam e della trasformazione della società provocata dalla diffusione della religione musulmana, si venne affermando un concetto di protezione più strutturato, facente capo all'istituzione dell'*Aman* (letteralmente, "salvaguardia"). La *Sharia* infatti richiede a ogni musulmano di garantire la sua protezione a ogni straniero non musulmano che cerchi protezione nel territorio dell'Islam. Una volta che lo straniero abbia ottenuto l'*aman* di un cittadino musulmano, egli avrà diritto alla protezione da parte delle autorità ufficiali. "In relationship to the foreigner, the non-Muslim, it (the *aman*) is like a legal form of the old and beautiful Arab hospitality"².

¹ ARNAOUT (1987: 14-21)

² *Ibid.* p. 20

Muovendoci rapidamente in avanti nel tempo e nello spazio e passando per altri approcci di natura prettamente religiosa, come quella dei santuari comunitari e le città di rifugio ebraiche pensati per offrire rifugio e protezione per coloro che avessero commesso crimini involontari³, nonché per la tradizione di ospitalità e rifugio greco-romana per cui il diritto d'asilo, in quanto sacro, non sarebbe potuto essere abolito se non perpetuando sacrilegio alle divinità⁴, si arriva alla prima codifica formale del diritto d'asilo esercitato dalle chiese Cattoliche nel codice di Teodosio del 392: l'eleggibilità per l'asilo dipendeva dalla natura del crimine compiuto e dalle caratteristiche personali del tipo di richiedente. Vi erano esclusi a priori i debitori pubblici, gli Ebrei e gli eretici, e in ogni caso, i soggetti in diritto di tutela non avrebbero potuto essere ospitati all'interno dei sacri edifici ecclesiastici, ma tutt'al più negli spazi che circondavano la chiesa, in quanto la sacralità del suolo ecclesiastico non avrebbe dovuto essere intaccata da criminali e fuggitivi⁵.

Attraverso questo breve rimando alle origini, possiamo notare almeno due aspetti importanti: una diversità e un elemento in comune con l'odierna evoluzione della nozione del rifugio. L'evidente diversità consiste naturalmente nella natura dell'ospitalità, spesso molto ridotta nel tempo, informale, non codificata, e scaturente, almeno per quanto riguarda la tradizione occidentale, da dei veri e propri crimini commessi dal richiedente. Allo stesso tempo, la solidarietà derivante in principio dal dominante elemento religioso che caratterizzò la storia antica del rifugio, ci permette tuttavia di rinvenire la traccia di fondo che lega il rifugio antico a quello odierno, in tutte le loro stridenti diversità: il nocciolo umanitario della protezione.

La protezione nasce quindi come un diritto umano ante-litteram, riconosciuto non in nome di leggi codificate, ma di un'evoluzione umana e morale delle società antiche, che ha trovato un terreno fertile nella religione, che si trattasse di desueti politeismi che di più attuali

³ Nel passo biblico Numbers 35:6-34, a Mosè viene ordinato di costruire 6 città di rifugio dai terreni concessi ai Leviti, al fine di ospitare coloro che avevano ucciso una persona senza intenzione di farlo. Il passo originale: "Six of the towns you give the Levites will be cities of refuge, to which a person who has killed someone may flee".

⁴ In realtà i primi imperatori romani limitarono molto l'asilo di tradizione greca, richiedendo che i templi producessero prove del diritto di esercitare i loro privilegi e circoscrivendo la protezione dei santuari soltanto ai bisognosi che non avrebbero potuto sopportare la crudeltà della legge penale. Cfr. BAU (1985: 124-133)

⁵ *Ibid.*

monoteismi. È questo in fin dei conti il filo rosso che dai secoli perduti della storia umana deve condurci fino alle più odierne concezioni dell'uomo in cerca di protezione, dell'uomo che fugge, non più necessariamente da un crimine o da una guerra, ma che nondimeno riscontra dentro di sé il bisogno di quell'umanità che risiede nella pratica dell'accoglienza e dell'asilo.

1.2 L'umanità del primo dopo guerra

Ogni storia evolutiva della normativa internazionale a tutela dei rifugiati parte da qui, dal primo dopo guerra. La Prima guerra mondiale sconvolse la vita e l'immaginario di ogni popolo coinvolto. Il primo massiccio conflitto di massa in cui la popolazione civile venne irrimediabilmente coinvolta negli scontri provocò un'incontenibile sensazione di incertezza. Le famiglie fuggivano per la prima volta da un nemico che avrebbe potuto raggiungerli ovunque. All'indomani della fine del conflitto, con la resa tedesca sanzionata dall'armistizio di Rethondes dell'11 novembre 1918, i proiettili vennero presto sostituiti dai colpi letali delle ideologie. Sulle ceneri dell'impero zarista, cominciava a delinearsi l'ombra lunga dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (URSS), nata formalmente il 30 dicembre del 1922 sotto la guida del leader della rivoluzione d'ottobre, Lenin, osteggiata sin dai suoi albori dai tentativi "bianchi" di reprimerla.

Nello stesso momento prendeva vita la Società delle Nazioni⁶, l'ultimo di quei celebri 18 punti stilati dal Presidente degli Stati Uniti Woodrow Wilson nel gennaio del 1918 quasi in risposta al Decreto per la pace comunista, in cui Lenin chiedeva, secondo la famosa formulazione, una pace senza annessioni e senza indennità. A guerra non ancora terminata, si proponeva già quindi un confronto fra internazionalismi di ideologia contrapposta, uno "diffuso" incarnato dall'ideologia americana di stampo liberale basata sul libero scambio commerciale, e uno "accentrato", fondato sulla diffusione a livello internazionale dei modi di produzione sovietica a conduzione statalizzata. Da questa antinomia, quasi scolastica⁷,

⁶ «Secondo Wilson, il compito della Società delle Nazioni, sarebbe dovuto essere quello di trasformare la natura dei conflitti, ingabbiandoli in una struttura giuridica che avrebbe dovuto prevenirli o risolverli pacificamente», DI NOLFO (2007: 40).

⁷ In realtà nessuno dei due paesi riuscì a mettere immediatamente in pratica quanti programmaticamente annunciato, gli uni (gli Stati Uniti) impegnati in una pausa

tra le due potenze, e dalla suddetta devastazione provocata dalla guerra e dalla rivoluzione rossa, nacque la prima forma di tutela per i rifugiati.

Nel 1921 il Dr. Fridtjof Nansen, norvegese, venne eletto per ricoprire il ruolo di Alto Commissario per i Rifugiati Russi, figura che nasce per la prima volta proprio in quel momento all'interno del quadro istituzionale della Società delle Nazioni⁸. La protezione garantita da quello che poi verrà definito "passaporto Nansen" costituirà il primo esempio dell'applicazione moderna del concetto di rifugio e ospitalità, mutuato dalle tradizioni antiche, adattato alle circostanze della contemporaneità. La protezione garantita dal passaporto non si estese al di là della denominazione della carica affidata a Nansen: erano difatti i rifugiati Russi in fuga dal neonato regime sovietico gli unici beneficiari di una simile protezione, che, in quanto tale, risultava concessa pressoché automaticamente a patto di dimostrare la propria provenienza.

Com'è stato da più parti notato e ripreso⁹, la natura di una simile protezione era prettamente territoriale, ossia individuava una ben determinata categoria di soggetti eleggibili in base alla loro provenienza da una ben specifica area geografica, e del tutto slegata dai reali motivi che avessero indotto la fuga. Una simile impostazione venne ripresa nelle successive convenzioni in materia di rifugiati Turchi e Armeni in fuga dalla disgregazione dell'impero Ottomano, avvenuta in seguito alla proclamazione di una repubblica turca nell'aprile del 1920 da parte del leader delle forze rivoluzionarie Mustafà Kemal e alla spartizione del territorio armeno fra la neonata repubblica turca e la Russia rivoluzionaria¹⁰.

isolazionistica culminata nel protezionismo degli anni '30 interrotta solo dal massiccio intervento economico in Europa finalizzato anche a recuperare gli ingenti crediti di guerra maturati; gli altri (l'unione Sovietica) troppo impegnata a sopravvivere a se stessa per pensare all'internazionalismo pacifista.

⁸ Gli specifici incarichi affidati a Nansen furono: «to define their legal status, to organize their repatriation or 'allocation' to countries able to receive; to undertake relief work with the aid of philanthropic agencies», MUSALO, MOORE, BOSWELL (2002: 19). Il suo mandato venne successivamente esteso ad altri gruppi di rifugiati, nello specifico Armeni (1924), Assiri, e Turchi (1928).

⁹ HATHAWAY (1991: 2-6); VAN SELM-THORNBURN (1998: 23); TREVISANUT (2012: 3).

¹⁰ Entrambi i suddetti accordi vennero emendati dal successivo *Arrangement Relating to the Issue of Identity Certificate to Russian and Armenian Refugees*, che fornì le esatte definizioni di "rifugiato russo" («Any person of Russian origin who does not enjoy or not longer enjoys the protection of the Government of the USSR and who has not acquired

Presto, alla dimensione meramente territoriale della protezione, se ne aggiunse una più definitivamente politica. Ancora una volta la storia del rifugio seguì di pari passo i risvolti del potere internazionale, e quando Adolf Hitler ricevette il titolo di cancelliere da un ormai provato Presidente Hindenburg, nel 1933 venne creato un Alto Commissario per i Rifugiati provenienti dalla Germania. Non vi era in realtà ancora una netta percezione della minaccia Nazista e anzi, in special modo i britannici, ritennero a lungo la Germania delle SS un partner internazionale più credibile dell'Italia dei Fasci¹¹, questo almeno fino al 1938. Proprio in quella data infatti, mentre Hitler era impegnato a scardinare l'assetto internazionale imposto alla Germania dal *diktat* di Parigi, attraverso l'annessione dell'Austria prima, dei Sudeti poi, un nuovo Alto Commissario per i Rifugiati venne istituito dalla Società delle Nazioni proprio a Londra, in sostituzione del precedente¹².

La *Convention concerning the status of refugees coming from Germany*¹³ del 1938 introdusse quindi una dimensione più nettamente politica alla protezione del rifugiato, ponendo una particolare enfasi sulle ragioni che avevano portato il soggetto ad abbandonare il proprio paese. La definizione adottata da tale strumento riprendeva i lavori dell'*Institut de droit international*¹⁴ di due anni prima, il quale, nelle risoluzioni relative allo *Statut juridique des apatrides et des réfugiés*¹⁵ all'art. 2(2), chiariva che dovessero essere considerati in diritto di protezione

any other nationality») e di “rifugiato armeno” («Any person of Armenian origin, formerly a subject of the Ottoman Empire, who does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired any other nationality»); cfr. GRAHL-MADSEN (1966, 123-125).

¹¹ Nel 1936, poco prima che Hitler rimilitarizzasse la Renania, il ministro degli Esteri britannico A. Eden si esprimeva in questi termini: «Mi pare – egli scriveva a Neville Chamberlain (principale fautore dell'*Appeasement*), che vi sia una certa differenza fra la posizione italiana e quella tedesca, nel senso che un accordo con quest'ultima, potrebbe avere qualche possibilità di sopravvivere per una ragionevole durata, specialmente se esistesse un impegno personale di Hitler, mentre Mussolini è, mi pare, un vero e proprio gangster e la sua parola d'onore non conta proprio niente», DI NOLFO 2007, 115.

¹² Nello stesso anno venne liquidato anche l'International Nansen Office, ritenuto di aver terminato il proprio compito.

¹³ 191 LNTS, p. 56 e ss.

¹⁴ L'*Institut de droit international* venne creato quale istituzione indipendente nel 1873 ad opera di undici internazionalisti, al fine di contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Maggiori informazioni sono reperibili sul sito www.idi-iil.org.

¹⁵ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bale, 1957, p. 63.

«tout individu qui en raison d'évènements *politiques* survenus sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant, a quitté volontairement ou non ce territoire ou en demeure éloigné, qui n'a aucune nationalité nouvelle et ne jouit de la protection diplomatique d'aucune autre Etat» (corsivo aggiunto).

Comincia a farsi strada nelle nuove formulazioni relative alla tutela internazionale dei rifugiati una concezione sempre più vicina all'individuo. Cominciano a valere le ragioni che hanno spinto quel determinato soggetto ad attraversare un confine, non potendosi più avvalere della protezione del proprio Stato. Quello che spingeva i primi strumenti legali di protezione istituiti nel primo dopo guerra, era la volontà di alleviare le sofferenze provocate da specifiche situazioni di conflitto a specifiche categorie di persone, cittadine di ben precise regioni d'Europa. Era una tutela intrisa di solidarietà verso situazioni vicine, che non potevano essere ignorate. Era un primo passo necessario, ma non un punto di arrivo: l'umanità del primo dopo guerra non era ancora un diritto umano. Ma stava per diventarlo.

2. La strada verso la Convenzione

2.1 L'umanità del secondo dopo guerra

Il 1938 risultò una data fondamentale anche per i futuri sviluppi del quadro istituzionale riguardante la tutela del rifugiato. In tale data infatti venne contemporaneamente creato anche un *Intergovernmental Committee of Refugees* come risultato pratico di una conferenza tenuta nella cittadina francese di Evian tesa ad affrontare la questione dell'emigrazione involontaria da Germania e Austria. La competenza del comitato venne estesa nel corso della guerra a tutti i gruppi di rifugiati, mostrando già quella tendenza alla universalizzazione della protezione che venne di lì a poco sancita dagli strumenti approvati all'indomani del secondo conflitto mondiale.

Proprio nel 1947, in un clima che ribolliva di collaborazione internazionale per assicurare un futuro di pace all'Europa e al mondo, una nuova organizzazione venne chiamata a sostituire il precedente comitato creato a Evian. L'*International Refugee Organization (IRO)* venne creata come un'agenzia specializzata della neonata Organizzazione delle Nazioni Unite

per occuparsi in maniera comprensiva delle nuove problematiche emerse dai cinque anni di orrori ininterrotti della guerra. L'IRO fu la prima organizzazione ad essere pensata per ricoprire ogni aspetto del rifugio, dalla registrazione alla determinazione dello status, dal rimpatrio alla ricollocazione.

Quantunque il rimpatrio fosse l'obiettivo principale della nuova Organizzazione¹⁶ ben presto essa cominciò a venire aspramente criticata da numerosi Stati membri per aver spostato la sua pratica su programmi di riallocazione piuttosto che di rimpatrio, più rischiosi e, soprattutto, più costosi¹⁷. L'IRO venne mantenuta in vita per soli quattro anni prima di essere sostituita dall'organizzazione che ancora oggi rappresenta il maggiore pilastro istituzionale in materia di rifugio internazionale. Tuttavia è utile notare come la definizione di rifugiato adottata dall'IRO segnasse già una significativa evoluzione rispetto le precedenti, non superandole, ma integrandole insieme. Come si legge nell' Annesso I alla Costituzione IRO, Parte I, Sezione A:

«1. [...] the term 'Refugee' applies to a person who has left, or who is outside of, his country of nationality or of former habitual residence, and who, whether or not he had retained his nationality, belongs to one of the following categories:

- a) Victims of the Nazi or fascist regimes or of regimes which took part on their side in the second world war [...]
- b) Spanish Republicans and other victims of the Falangist regime in Spain [...]
- c) Persons who were considered refugees before the outbreak of the second world war for reasons of race, religion, nationality or political opinion.

2. [...] the term Refugees also applies to a person, other than a displaced person as defined in Section B of this Annex, who is outside of his country of nationality or former habitual residence, and who, as a result of events subsequent to the outbreak of the second world war, is unable or unwilling to avail himself of the protection of the Government of his country of nationality or former nationality»¹⁸.

¹⁶ Come si legge nel Preambolo della Costituzione IRO, e similmente nel suo art. 2(A) relativo alle funzioni e ai poteri: «the main task to be performed is to encourage and assist in every way possible their [refugees and displaced persons] early return to their country of origin». Cfr. United Nations, *Constitution of the International Refugee Organization*, 15 December 1946, United Nations, Treaty Series, vol. 18, p. 3. Disponibile online.

¹⁷ Questo anche perché questi programmi venivano effettivamente finanziati da solo diciotto dei cinquantaquattro Paesi allora membri delle Nazioni Unite. MUSALO, MOORE, BOSWELL (2002: 20).

¹⁸ Constitution of the International Refugee Organization, Annex I, Part I ("Refugees and Displaced Persons within the Meaning of the Resolution Adopted by the Economic and Social Council of the United Nations on 16 February 1946"), Section A ("Definition of Refugees"), par.1 (a, b, c); par. 2.

Sono due gli elementi predominanti in una simile definizione: uno tecnico-giuridico e uno pratico-storico. Il primo elemento individua il rifugiato nelle categorie già apertamente politicizzate dalla Convenzione sui rifugiati provenienti dalla Germania del 1938, estendendolo agli altri regimi autoritari (come quello Franchista in Spagna) e riprende la classica condizione per la quale il soggetto debba trovarsi al di fuori dei confini dell'abituale paese di nazionalità o residenza e non possa più avvalersi della protezione di quest'ultimo.

Il secondo elemento, storico e pratico, che domina la definizione utilizzata dall'IRO è la Seconda guerra mondiale. Richiamata pressoché ad ogni passaggio, rappresenta sia il motivo della sussistenza dell'organizzazione, che anche il limite principale alla sua azione. Infatti, la portata innovativa costituita dal punto c), che per la prima volta introduce esplicitamente le celebri categorie che costituiranno poi il nocciolo duro dell'attuale definizione di rifugiato internazionale, vengono in ogni caso limitate a prima dello scoppio della guerra, politicizzando ancor maggiormente una protezione che, prima della guerra, si appoggiava principalmente, se non esclusivamente, sui motivi della fuga da un regime politico. Escludendo inoltre le summenzionate categorie dalla protezione derivante e successiva allo scoppio della guerra, si svuotava di fatto la portata innovativa delle nuove fattispecie giustificative della fuga menzionate nel par. 1(c).

La nuova Organizzazione stava andando nella direzione giusta, ma si capì ben presto che si avrebbe avuto bisogno di una organizzazione nuova, supportata da una legislazione internazionale più estesa e coerente, il più possibile svincolata da restrizioni ed elementi contingenti. Insomma serviva una nuova nozione di umanità. Un'umanità non più vincolata ai popoli o ai territori, ma agli individui. Un'umanità nuova, che fosse universale.

Il 10 dicembre 1948 al *Palais de Chaillot*, nella capitale francese, queste necessità vennero avvertite e concretizzate. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁹ potrà non rappresentare il documento giuridico più pragmatico e cogente della storia, ma è proprio questo suo carattere spontaneo ed espressivo dell'evoluzione dell'*opinio iuris* ad averlo reso la colonna portante della futura legislazione in materia di diritti umani.

¹⁹ UNGA, ris. 217, 10 dicembre 1948.

“*Everyone* has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution” (corsivo aggiunto), recita l’articolo 14 della Dichiarazione al primo paragrafo. “Ognuno”: è questo il seme dal quale fiorirà l’umanità universale del secondo dopo guerra. È da qui che le future convenzioni in materia ricaveranno il diritto a una protezione individuale da parte del soggetto richiedente, protezione individuale che da quel momento diverrà il caposaldo delle procedure di assegnazione di asilo in ogni continente. Tuttavia, l’umanità del secondo dopo guerra non è così incondizionata come vorrebbe apparire. L’articolo in questione procede infatti al paragrafo secondo:

«This right may not be invoked in the case of prosecution genuinely arising from *non-political crimes* or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations»²⁰ (corsivi aggiunti).

La continua tensione fra umanità senza condizioni e necessità politica emerge in sordina da questo secondo paragrafo, laddove il diritto in parola possa essere limitato qualora la persecuzione consegua a un “crimine di natura non politica”. Una tensione scomoda, che passa spesso in secondo piano, ma che andrà a costituire, come nessun altro, il “peccato originale” della normativa in materia di protezione internazionale.

2.2 *L’UNHCR e le sette parole scomparse*

La maturazione giuridica e istituzionale portata avanti dall’IRO, dalla DUDU e dagli strumenti ad essa precedenti, condusse ben presto a un punto di svolta. Vi fu un serrato dibattito all’interno dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite per favorire la creazione di una nuova organizzazione che permettesse una responsabilità e una forma di protezione più estesa a favore di una più larga categoria di rifugiati. Ma allo stesso tempo vi era un sentito disaccordo sui poteri operativi da attribuire a una simile istituzione, in materia di assistenza effettiva ai rifugiati. Così nel dicembre del 1949 l’Assemblea Generale raggiunse un accordo, con 36 voti favorevoli, 5 contrari e 11 astenuti, per la creazione

²⁰ The Universal Declaration of Human Rights, Art. 14, par.2. Disponibile online.

di un nuovo garante internazionale in materia di rifugiati, per un mandato iniziale di tre anni a partire dal primo gennaio 1951²¹.

L'UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees*) viene costituita come organo sussidiario dell'Assemblea Generale ONU sotto l'art. 22 della Carta delle Nazioni Unite. Viene eletto dall'Assemblea Generale, su nomina del Segretario Generale. L'alto Commissario per i rifugiati è tenuto a redigere un rapporto annuale all'Assemblea Generale per il tramite del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) e riceve direttive politiche da questi due organi soltanto²². Diversamente da altre istituzioni delle Nazioni Unite, L'UNHCR non venne provvista di un organo collegiale esecutivo ufficiale, e l'*Executive Committee* che venne creato qualche anno più tardi, nel 1957, è responsabile solo per l'approvazione del programma di assistenza annuale, ed è tenuto a rendere conto all'Alto Commissario, su sua richiesta, dell'esercizio delle sue funzioni. Quasi inutile specificare come, da statuto²³, il compito principale dell'UNHCR sia quello di agevolare il compito degli Stati nell'assicurare la protezione internazionale di coloro che necessitino di rifugio internazionale; meno scontato notare come la definizione dei soggetti in diritto di richiedere una simile protezione abbia acquisito, in soli pochi anni di elaborazione, un rinnovato e più deciso tenore.

Chi debba essere considerato un rifugiato in diritto di protezione è ben definito nel Capitolo 2 dello Statuto dell'UNHCR, dove al punto A (i, ii) si legge:

«(i) Any person who has been considered a refugee under the Arrangements of 12 May 1926 and of 30 June 1928 or under the Conventions of 28 October 1933 and 10 February

²¹ Resolution 319 (IV) A.3, 3 December 1949.

²² UNHCR Statute, Chapter I, par. 3

²³ «The United Nations High Commissioner for Refugees, acting under the authority of the General Assembly, shall assume the function of providing international protection, under the auspices of the United Nations, to refugees who fall within the scope of the present Statute and of seeking permanent solutions or the problem of refugees by assisting Governments and, subject to the approval of the Governments concerned, private organizations to facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities», General Assembly Resolution, 428 (V) of 14 December 1950, Statute of the Office of the United Nation High Commissioner for Refugees, Chapter I, par. 1, disponibile on-line.

1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of the International Refugee Organization.

(ii) Any person who, as a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear *or for reasons other than personal convenience*, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence, is unable or, owing to such fear *or for reasons other than personal convenience*, is unwilling to return to it». [...]”²⁴ (corsivi aggiunti).

La definizione fornita dallo statuto dell’UNHCR si divide quindi in due parti, una prima riassuntiva e garantista delle categorie a cui sin dal 1926 era stata concessa protezione internazionale; una seconda che costituisce ormai l’evoluzione sostanziale della materia e che rappresenterà il nucleo fondamentale della definizione contenuta nella celebre Convenzione di Ginevra, adottata nel giugno di quel 1951 che così inequivocabilmente si manifestò come l’anno di svolta per la legislazione internazionale in materia di rifugiati.

Vi sono due elementi sostanziali e uno strano corsivo aggiunto nella definizione elaborata dall’UNHCR. Il primo elemento fondamentale fa riferimento a quel “ben fondato timore di subire persecuzione” che, da quel momento in poi, rappresentò la vera e unica ragione discriminante per la concessione dello *status* di rifugiato. Una tale persecuzione dovrà poi avvenire in ragione di uno dei quattro “terreni” suscettibili di protezione, costituiti, come già accennato dalla precedente definizione fornita dall’IRO nel 1947, da razza, religione, nazionalità e opinione politica.

Il secondo elemento fondante della protezione, in ordine di comparsa nel testo, è sicuramente la tradizionale circostanza che il richiedente si trovi al di fuori del suo stato di nazionalità o di residenza abituale e non possa, non voglia, più avvalersi della protezione dello stesso. Anche questo secondo pilastro della definizione era stato già formalizzato nel testo dell’IRO, ma risulta comunque essere una condizione fondante sin dai primi strumenti formali di protezione degli anni ’20.

²⁴ General Assembly Resolution, 428 (V) of 14 December 1950, Statute of the Office of the United Nation High Commissioner for Refugees, Chapter 2, Punto A (i, ii).

Il corsivo aggiunto è un elemento tanto fondamentale della definizione adottata dall'UNHCR da costituire le uniche sette parole a non essere state pedissequamente riportate nella celebre definizione di rifugiato presente all'art. 1 par. A della Convenzione del 1951. L'espressione "*or for reasons other than personal interest*", ripetuta per ben due volte nel testo UNHCR, è infatti l'unica espressione che si perse durante le lunghe sedute che contraddistinsero i lavori di Ginevra. Per quale ragione?

3. La Convenzione di Ginevra del 1951

3.1 La base dei lavori

Il 14 dicembre 1950 fu una data importante: in quella data l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla sua quinta sessione, produsse due risoluzioni che sarebbero state destinate a modellare la futura storia della normativa internazionale in materia di rifugiati. Difatti, se con la già citata risoluzione 428 (V)²⁵ venne definita struttura e statuto della nuova istituzione responsabile per la tutela internazionale del rifugiato, l'UNHCR, con l'immediatamente successiva risoluzione 429 (V)²⁶ approvata nella medesima giornata, si decise prossima convocazione di una conferenza di plenipotenziari da tenersi a Ginevra incaricati di redigere e completare la Convenzione relativa allo *status* di rifugiato il cui testo era stato già in effetti redatto dall' *ad hoc Committee on Refugees and Stateless Persons* durante la sua seconda sessione tenutasi proprio a Ginevra pochi mesi prima tra il 14 e il 25 Agosto 1950²⁷.

La conferenza dei plenipotenziari, che inizierà i suoi lavori il 2 luglio del 1951, venne inoltre invitata dalla summenzionata risoluzione²⁸, a tener conto della definizione di rifugiato che il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite aveva prodotto pochi giorni prima che l'*ad hoc Committee* principiasse i suoi lavori²⁹. Tale definizione, identica a quella contenuta nello statuto dell'UNHCR, approvato d'altro conto il medesimo

²⁵ General Assembly Resolution, 428 (V) of 14 December 1950, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, che nelle prime righe recita appunto: "The General Assembly, in view of resolution 319 A (IV) of 3 December 1949, 1. Adopts the annex to the present resolution, being the statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", testo disponibile on-line.

²⁶ General Assembly Resolution 429 (V) of 14 December 1950, Draft Convention relating to the Status of Refugees.

²⁷ Al riguardo il testo della Risoluzione recita: «[The General Assembly], 1. Decides to convene in Geneva a conference of plenipotentiaries to complete the drafting of and to sign both the Convention relating to the Status of Refugees and the Protocol relating to the Status of Stateless Persons», testo disponibile on-line.

²⁸ «[The General Assembly], 2. Recommend to governments participating in the conference to take into consideration the draft Convention submitted by the Economic and Social Council and, in particular, the text of the definition of the term "refugee" as set forth in the annex hereto», testo disponibile on-line.

²⁹ ECOSOC, Resolution 319 BII (XI) of 11 August 1950.

giorno, rappresenterà il punto di partenza per i lavori della Conferenza di Ginevra.

I lavori proseguirono serrati dal 2 al 25 luglio 1951, data in cui il testo finale della Convenzione venne approvato all'unanimità dai 26 Paesi partecipanti³⁰ e aperto alle firme presso le European Office of the United Nations dal 28 luglio al 31 agosto 1951.

3.2 Il testo approvato: i due cuori della Convenzione

Il testo finale della Convenzione di Ginevra del 1951 è ben noto e accessibile a tutti³¹. Altrettanto ben noto è come il suddetto garantisca ai rifugiati di tutto il mondo un novero di diritti molto rilevanti³² e ben recepiti dal diritto internazionale consuetudinario e dalle legislazioni interne dei paesi firmatari. Ma, come lascia intendere il percorso seguito fino a questo momento, il nodo della Convenzione non risiede tanto nel suo oggetto, quanto nel suo soggetto. In altre parole, il cuore della Convenzione è rappresentato in primo luogo dai soggetti a cui tanti e tali diritti vengano effettivamente riconosciuti. La famigerata definizione contenuta nell'art. 1A(2) del testo finale obbedisce proprio a questa funzione.

A scanso di equivoci vale la pena riportarne il testo:

«As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside

³⁰ Australia, Austria, Belgio, Brasile, Canada, Colombia, Danimarca, Egitto, Francia, Repubblica Federale di Germania, Grecia, Santa Sede, Iraq, Israele, Italia, Lussemburgo, Monaco, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia, Svizzera (la delegazione svizzera rappresentava anche il Liechtenstein), Turchia, Regno Unito, Stati Uniti, Venezuela, Jugoslavia.

³¹ UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951

³² Una lista dei più rilevanti: the right not to be expelled, except under certain, strictly defined conditions (Article 32); the right not to be punished for illegal entry into the territory of a contracting State (Article 31); the right to work (Articles 17 to 19); The right to housing (Article 21); the right to education (Article 22); the right to public relief and assistance (Article 23); the right to freedom of religion (Article 4); the right to access the courts (Article 16); the right to freedom of movement within the territory (Article 26); the right to be issued identity and travel documents (Articles 27 and 28).

the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it». (corsivi aggiunti).

La sollecitazione da parte dell'Assemblea Generale alla futura Conferenza di Ginevra di attenersi alla definizione di rifugiato sviluppata dall'ECOSOC e contenuta nello statuto fondante dell'UNHCR, era stata accolta. Come più volte anticipato il testo recepisce pedissequamente gli elementi contenuti nelle precedenti definizioni, consacrando definitivamente la vocazione "individuale" della protezione; questo almeno secondo la dottrina prevalente³³.

Gli elementi costitutivi che fanno scattare la protezione rimangono quindi quattro: 1) un "ben fondato timore di persecuzione"³⁴; 2) questo timore deve scaturire per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica, appartenenza a un determinato gruppo sociale; 3) trovarsi al di fuori dei confini nazionali dello Stato di propria nazionalità o residenza abituale, avendo quindi attraversato una frontiera internazionale; 4) l'impossibilità pratica di potersi avvalere della protezione del proprio Stato. Sul primo elemento costitutivo c'è poi da far rilevare un'importante questione di diritto. La Convenzione non fornisce alcuna indicazione sulla corretta interpretazione della dizione "persecuzione", né esiste in effetti nel diritto internazionale generale una nozione generalmente accettata di tale concetto, se non quella riportata all'art. 7, par. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale (UN doc. A/CONF.183/9 del 17 luglio 1988). Tuttavia tale definizione non può essere trasposta in materia di diritto d'asilo in quanto si riferisce alla fattispecie criminosa di persecuzione,

³³ Anche se molta della dottrina più autorevole tende a criticare l'effettiva ampiezza della definizione fornita dalla Convenzione di Ginevra, la gran parte accetta nelle sue premesse il passaggio qualitativo da una protezione precedentemente fondata su gruppi e categorie politico-sociali, a una protezione intesa quale tutela individuale per il soggetto richiedente. Cfr. HATHAWAY (1991: 1-6), VAN SELM-THORBURN (1998: 29 e ss.), LOESCHER (2002: 44 e ss.), TREVISANUT (2012: 4).

³⁴ Dizione che ricomprende sia l'elemento soggettivo del "timore" del richiedente, e quello più oggettivo che richiede che questo timore risulti "ben fondato". Per la dizione "persecuzione" invece la Convenzione in sé non fornisce alcuna indicazione sulla corretta interpretazione di tale espressione, né esiste in effetti una nozione generalmente accettata di persecuzione, se non quella riportata all'art. 7 par.2 dello Statuto della Corte penale internazionale (UN doc. A/CONF.183/9 del 17 luglio 1988). Tuttavia tale definizione non può essere trasposta in materia di diritto d'asilo in quanto si riferisce alla fattispecie criminosa di persecuzione in quanto "crimine contro l'umanità", al fine di terminare la competenza penale della corte.

intesa come “crimine contro l’umanità”, al fine di determinare la competenza penale della Corte³⁵.

Al fine di porre parziale rimedio a questa lacuna del diritto umanitario in materia di rifugiati, l’UNHCR, al par. 51 del suo Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello *status* di rifugiato³⁶, ha fornito una sua autorevole interpretazione:

«There is no universally accepted definition of “persecution”, and various attempts to formulate such a definition have met with little success. From Article 33 of 1951 Convention, it may be inferred that a threat of life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group is always persecution. Other serious violations of human rights – for the same reasons – would also constitute persecution».

Una tale interpretazione è in effetti abbastanza aderente a quanto può essere ricavato in via interpretativa dal testo dell’art. 33 della Convenzione del 1951, non aggiungendo granché, se non una estensione della protezione a delle generiche violazioni dei diritti umani del richiedente, che siano pur sempre legate alle cinque categorie che sostanziano la categoria del rifugiato internazionale³⁷.

Il secondo cuore della Convenzione di Ginevra è rappresentato dal principio di *non-refoulement*, sancito com’è noto dal sopracitato art. 33, che nello specifico al par. 1 recita:

«No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion».

Possiamo dire che il principio di non respingimento costituisca un po’ il “braccio armato” della definizione di cui all’art. 1A(2), ossia i termini del suo esercizio sostanziale. Nessun soggetto richiedente può infatti esser respinto verso le frontiere di un Paese in cui rischierebbe di subire persecuzione a motivo di una delle cinque ben note circostanze, se non

³⁵ Cfr. FELLER, TURK, NICHOLSON (2003: 38)

³⁶ UNHCR, Handbook on Procedure and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee, Ginevra, 1992.

³⁷ I limiti teorici e pratici dell’utilizzo dei cinque elementi che costituiscono le altrettante motivazioni ammissibili per ottenere protezione internazionale, nonché le problematiche relative al principio di *non-refoulement*, verranno affrontati più approfonditamente nel cap. 4 par.1 di questa sezione.

prima di aver determinato la sua effettiva corrispondenza alla definizione di rifugiato.

La centralità della norma è manifesta non solo all'interno del quadro normativo della Convenzione, laddove risulta l'unica disposizione di diritto sostanziale per la quale non sia stata prevista la possibilità di apporre riserve (art. 42, par. 1, Convenzione di Ginevra)³⁸, ma anche all'interno del diritto internazionale generale. Sebbene infatti la dizione "Contracting State" contenuta nel testo dell'articolo ci permetta di evincere come, nelle sue fasi iniziali, il principio non fosse stato pensato per applicarsi al di fuori degli Stati contraenti la Convenzione, questo si affermò ben presto come qualcosa di più che una semplice norma pattizia.

Il valore cogente della norma venne affermato per la prima volta nel 1982 dall'*Executive Committee* (ExCom) dell'UNHCR che sottolineò l'importanza di un «principle of non refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law»³⁹, e di nuovo nel 1996 dalla medesima istituzione che, in conseguenza di ripetuti casi di violazione di tale principio, ritenne opportuno ribadire l'inderogabilità, elevandolo definitivamente al rango di norma consuetudinaria⁴⁰.

Tuttavia, in effetti, la presa di posizione dell'ExCom non è stata poi propriamente corroborata dai fatti: in seguito agli attentati dell'11 settembre, la conseguente risoluzione 1373⁴¹, dopo aver condannato gli attacchi terroristici perpetrati in quella occasione, dispose l'esclusione a priori dallo status di rifugiato di qualsiasi soggetto, persona o gruppo, fosse stato classificato da uno Stato quale terrorista. Una simile esclusione non faceva altro che considerare rientrante nella categoria "*serious crime*", specificata al par. 2 dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra quale eccezione all'applicazione del principio di non respingimento, il reato di terrorismo internazionale. Qualora infatti si riscontrasse un "*serious non-*

³⁸ KALIN, CARONI, HEIM in ZIMMERMAN (2010: 1341).

³⁹ ExCom, Conclusion n. 25 (XXXIII), 1982, par. (b).

⁴⁰ ExCom, Conclusion n. 79 (XLVII), 1996, par. (i) in cui si legge: «Distressed at the widespread violations of the principle of *non-refoulement* and of the rights of refugees, in some cases resulting in loss of refugees life, and seriously disturbed at reports indicating that large numbers of refugees and asylum-seekers have been *refouled* and expelled in highly dangerous situations; recalls that the principle of *non-refoulement* is not subject to derogation».

⁴¹ UNSC ris. 1373, 28 settembre 2001.

political crime”, come configurato dall’art. 1F(B) della suddetta Convenzione⁴², lo Stato nel quale l’individuo ha trovato rifugio risulterebbe provvisto della facoltà di espellerlo anche verso paesi in cui potrebbe essere sottoposto a persecuzioni o trattamenti inumani o degradanti.

Risulta evidente da questa circostanza la notazione che se il principio di non-refoulement avesse davvero acquisito natura di diritto cogente, non sarebbe bastata una risoluzione delle Nazioni Unite ad alterarne di fatto il contenuto⁴³.

3.3 La definizione di rifugiato: i *Travaux préparatoires* e i due limiti

In ogni testo che si rispetti e affronti la problematica dei rifugiati, agli elogi per la pur sempre indiscutibile rivoluzione rappresentata per il diritto internazionale umanitario dal testo approvato durante i lavori di Ginevra, si accompagna spesso (se non sempre) una giusta analisi dei limiti che il testo della Convenzione del 1951 mostrava nei confronti dell’individuazione della categoria di rifugiato.

Questi limiti erano due, e vengono generalmente classificati come spaziale e temporale. L’articolo della Convenzione che tradisce tali limitazioni è l’art. 1B(1), il quale rispetto alla definizione di rifugiato enunciata alla lettera precedente, specifica in che senso debba essere esattamente interpretata l’espressione “events occurring before 1 January 1951”.

«For the purposes of this Convention, the terms “events occurring before 1 January 1951” in article 1, section A, shall be understood to mean either:

- (a) “events occurring *in Europe before 1 January 1951*”; or
- (b) “events occurring *in Europe or elsewhere before 1 January 1951*”, and each Contracting State shall make a declaration at the time of signature, ratification or

⁴² Art. 1F(b): «F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that (...) (b) He has committed a *serious non-political crime* outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee».

⁴³ Come fa poi notare J.Allain, la risoluzione in parola nel prevedere l’esclusione a priori dallo *status* di rifugiato dei membri di un gruppo dissidente classificato quale terrorista da uno Stato, costituirebbe un’evidente violazione del carattere individuale della protezione. Cfr. ALLAIN (2001: 546).

accession, specifying which of these meanings it applies for the purpose of its obligations under this Convention» (Corsivi aggiunti).

I limiti emergono chiaramente dalla previsione che la definizione di rifugiato di cui all'art. 1A(2) debba essere applicata solamente a quei soggetti le cui ragioni di persecuzione e fuga risalgano a prima del 1° gennaio 1951, e siano avvenuti in Europa. Questi limiti non sono casuali e rispondono a una ben precisa volontà degli Stati contraenti emersa nel corso dei *travaux préparatoires* della Conferenza di Ginevra. Come accennato in precedenza, i lavori si tennero dal 2 al 25 luglio 1951, periodo durante il quale i plenipotenziari degli Stati discussero il testo della Convenzione sulla base di quanto già approvato dall'*ad hoc Committee on Refugees and Stateless Persons* durante la sua seconda sessione tenutasi sempre a Ginevra dal 14 al 25 agosto, ad eccezione del preambolo e dell'articolo 1, per cui si partì dal testo di risoluzioni precedentemente approvate dall'Assemblea generale delle Nazioni unite⁴⁴. Durante questi lavori emerse quindi una inequivocabile volontà dei paesi europei di “europeizzare” il più possibile la definizione.

Il 13 luglio la Francia fu la prima a proporre un emendamento al testo dell'art. 1, nel quale si richiedeva l'aggiunta delle parole “in Europe” subito dopo i primi termini dell'articolo “As a result of events occurring”⁴⁵. Tre giorni più tardi, il delegato della Santa Sede⁴⁶ si accodò ad una simile proposta, cercando in realtà di mitigarla ed estenderla, proponendo di far precedere alle parole “before 1 January 1951” la seguente espressione:

«In Europe, or in Europe and other continents, as specified in a statement to be made by each High Contracting Party at the time of signature, accession or ratification»⁴⁷ (corsivi aggiunti).

⁴⁴ Come si legge sul sito ufficiale dell'UNHCR: «The text of the preamble before the Conference was that which was adopted by the Economic and Social Council on 11 August 1950 in Resolution 319 BII (XI). The text of article 1 before the Conference was that recommended by the General Assembly on 14 December 1950 and contained in the Annex to Resolution 429 (V). The latter was a modification of the text as it had been adopted by the Economic and Social Council in Resolution 319 B II (XI)». Disponibile on-line.

⁴⁵ Cfr. sito ufficiale dell'UNHCR.

⁴⁶ La Santa Sede venne invitata a partecipare ai lavori durante il secondo incontro della Conferenza a seguito della proposta del rappresentante egiziano. La Conferenza accettò la proposta all'unanimità e il rappresentante della Santa Sede prese il suo posto alla Conferenza il 10 luglio 1951.

⁴⁷ Testo degli emendamenti disponibile sul sito UNHCR.

Alla tradizionale convergenza di opinione politica fra Francia e Santa Sede⁴⁸ si aggiunse il Regno Unito che, verso il terminare della Conferenza, riprese la questione, riassumendo efficacemente i due proposti emendamenti nella proposta di un nuovo articolo da integrare alla Convenzione. Il testo del nuovo articolo avrebbe recitato:

«For the purposes of this Convention the words “as a result of events” in Article 1, Section A, shall mean either “*as a result of events in Europe*” or “*as a result of events in Europe and other continents*” and each Contracting State shall make a declaration at the time of signature, accession or ratification signifying which of these meanings it adopts for the purpose of its obligations under this Convention».

Nonostante la genericità dell'espressione voluta originariamente dalla Santa Sede “or in Europe and other continents” suscitò i dubbi dello *Style Committee*⁴⁹ sul significato preciso che avrebbe dovuto assumere un simile limite geografico⁵⁰, l'espressione venne sostanzialmente mantenuta⁵¹ e riproposta nella medesima forma dalla proposta finale portata avanti dal un comitato composto da i rappresentanti di Belgio, Canda, Santa Sede e Regno Unito il 24 luglio⁵², il giorno prima della fine dei lavori, che sostanzialmente risultò essere quella poi definitivamente accolta e inserita nell'art. 1B(1).

Come è evidente da questa breve ricostruzione, i delegati della Conferenza di Ginevra ebbero a cuore la limitazione sostanziale della definizione di rifugiato tanto nei termini temporali, di cui però si parlò poco dato che

⁴⁸ Senza andare a ricordare la protezione che garantì lo Stato francese allo Stato Vaticano nel periodo immediatamente precedente alla presa di Roma da parte Italiana nel 1871, basti ricordare il ruolo fondamentale giocato dalla Francia nel fare entrare l'Italia nell'Alleanza atlantica, firmata appena due anni prima (4 aprile 1949), in rapporto anche alla forte considerazione politica che i francesi avevano nei confronti dei cattolici come principali avversatori dell'ideologia comunista, elemento portante della neonata alleanza. Cfr. (DI NOLFO 2007: 228).

⁴⁹ La Conferenza, durante il suo ventiseiesimo incontro tenutosi il 18 luglio 1951, ha creato e incaricato uno *Style Committee*, composto dal presidente della Conferenza e dai rappresentanti di Belgio, Francia, Israele, Italia, Regno Unito e Stati Uniti, di rivedere il testo della convenzione che sarebbe stata approvata, analizzandolo dal punto di vista della stesura e della concordanza fra il testo in francese e quello in inglese, prendendo anche in considerazione certi punti specifici riferiti al comitato dalla Conferenza (A/CONF.2/R.1 and Add.1 - 3). Cfr. *Travaux Préparatoires* sul sito UNHCR.

⁵⁰ Alla nota 1 del suo rapporto del 24 luglio, si legge: «The Committee could not agree on the meaning of the words ‘or in Europe and other continents’ and felt that it was for the Plenary conference to decide whether these words should be maintained or another formulation substituted for them». *Ibid.*

⁵¹ L'espressione “or in other continents” venne semplicemente sostituita con “or elsewhere”.

⁵² *Ibid.*

erano già previsti dalla definizione di partenza contenuta nella più volte citata risoluzione dell'Assemblea Generale 429 (V) del 1950, tanto e soprattutto in quelli spaziali, di cui si è appena visto. Così, se l'aggiunta di una categoria di protezione in più rispetto alle quattro già previste dalla precedente definizione contenuta nello statuto dell'UNHCR⁵³, ha permesso alla Convenzione di estendere la protezione garantita, la previsione dei summenzionati limiti l'ha invece ridotta più che proporzionalmente, rispondendo a un timore diffuso nei rappresentanti degli Stati presenti alla Conferenza, incarnati dall'opinione francese che non a caso fu la prima a porre il problema in seno alla conferenza. L'anno prima, rispetto alla definizione di rifugiato in corso di approvazione, il rappresentante francese al Consiglio economico e sociale ebbe a dire:

«Never before had a definition so wide and dangerous, but also *dangerous for the receiving countries*, been put forward for signature of governments. The obligations flowing from the Convention were such that the day might come when *countries might find it impossible to honour them*»⁵⁴ (corsivi aggiunti).

Il monito francese di una definizione tanto allargatasi da risultare pericolosa per i paesi ospitanti, a tal punto da prospettare un futuro in cui questi ultimi non sarebbero più stati in grado di onorare i loro obblighi, appare oggi quasi come una sinistra premonizione. L'opinione che siano quasi gli Stati a doversi oggi sottrarre da un "ben fondato timore di essere perseguitati" dai richiedenti asilo ha trovato ampio spazio nella realtà della politica odierna, nella chiusura di tante frontiere europee, nonché nelle tendenze ampiamente restrittive espresse dalla neoletta dirigenza americana. Già 66 anni fa il problema strisciava nelle coscienze politiche dei delegati di una delle conferenze più "umanitarie" di sempre.

⁵³ La causa di fuga per "appartenenza a uno specifico gruppo sociale" si andò ad aggiungere alle quattro già previste dalle precedenti definizioni, ossia razza, religione, nazionalità, opinione politica.

⁵⁴ Citato in SZTUCKI in NICHOLSON and TWOMEY (1999: 57)

3.4 Il limite “fantasma” della definizione

I limiti espressi dall'art. 1B(1) della Convenzione furono talmente eclatanti da mostrare ben presto la loro inadeguatezza, già rispetto alle prime crisi esplose in ambito europeo, come quelle di Polonia e Ungheria del 1956⁵⁵, e ovviamente a quelle in ambito extra-europeo, in relazione al massiccio processo di decolonizzazione avvenuto a cavallo degli anni '60. Proprio questa rinnovata consapevolezza, portò ben presto all'adozione di un protocollo alla Convenzione⁵⁶ che eliminò di fatto le summenzionate restrizioni⁵⁷, portando il testo della Convenzione al livello di efficacia di cui gode ancora oggi.

Tuttavia, il protocollo del 1967 non fu in grado di eliminare il terzo limite inespresso della Convenzione. Potremmo definirlo un “limite fantasma”, in quanto frutto di omissione di termini, non di aggiunta. Riprendiamo così il discorso delle sette parole scomparse dalla definizione presente nello statuto dell'UNHCR⁵⁸, e selettivamente non riportate nel testo della Convenzione di Ginevra.

La definizione garantisce una protezione sostanziale a coloro che si trovino al di fuori del proprio paese d'origine in ragione di un ben fondato timore di persecuzione basato su un set di cinque ben precise motivazioni, circostanza che già di per sé risulta molto problematica, ma di cui parleremo nel prossimo capitolo⁵⁹. Ebbene, nella definizione UNHCR, alla

⁵⁵ La più grave di queste crisi fu senz'altro quella di Ungheria dove in seguito al tentativo del comunista riformista Nagy, fautore di una “via nazionale” al comunismo sovietico, di condurre una rivolta che avrebbe portato il suo paese ad allentare il vincolo sovietico e ad uscire dal Patto di Varsavia, le truppe corazzate dell'Armata Rossa annientarono in sole tre settimane le forze ribelli. La crisi, tra arresti e condanne a morte, causò l'esodo di quasi duecentomila cittadini ungheresi.

⁵⁶ Protocol relating to the Status of Refugees, 606 UNTS, p. 267 e ss.

⁵⁷ È assolutamente importante notare in proposito che il limite temporale, così fortemente voluto durante la conferenza dei Plenipotenziari del 1951, non venne giuridicamente eliminato dal Protocollo del 1967, ma in verità reso “opzionale”. L' art. I par. B n. 2 del suddetto protocollo recita infatti: «[a]ny Contracting State which has adopted alternative (a) [cioè avesse scelto di adottare la restrizione geografica] may at any time extend its obligations by adopting alternative (b) [l'opzione senza restrizione] by means of a notification addressed to the Secretary-General of the United Nations». Ed in effetti la Turchia non ha mancato di sottolineare in una dichiarazione che accompagna il Protocollo, il mantenimento delle «provisions of the declaration made under section B of article 1 of the Convention relating to the Status of Refugees». Cfr. CHERUBINI (2012: 4-5).

⁵⁸ Cfr. Parte I, cap.2, par.2.2

⁵⁹ Cfr. Parte I, cap. 4, par. 4.1

motivazione prevalente del ben fondato timore di persecuzione per i suddetti cinque motivi (che nello statuto del 1950 in realtà sono ancora solo quattro), viene aggiunta l'espressione «or for reasons other than personal convenience», che di fatto non fa che ampliare letteralmente i plausibili motivi per cui un soggetto sia legittimato a chiedere protezione internazionale a un Paese straniero. Un'espressione in verità molto generica, che potrebbe facilmente far includere in via interpretativa un numero enormemente maggiore di soggetti all'interno della definizione.

Adesso, escludendo in via d'interpretazione che la parola “convenienza personale” possa essere intesa come un qualsiasi generico miglioramento della condizione personale a meno di non voler creare una sorta di definizione fantoccio che neghi lo stesso timore di persecuzione e escluda praticamente chiunque⁶⁰, non rimane che analizzare queste parole seguendo i criteri interpretativi che ci vengono suggeriti dal diritto internazionale. Prendendo quindi a riferimento i canoni interpretativi enunciati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁶¹, confermati peraltro dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia⁶², possiamo inferire che una simile espressione si riferisse principalmente a un tornaconto economico o comunque, a una convenienza che esulasse dall'emergenza causata dal trovarsi in condizione di fuggire per proteggere la propria vita.

Il mantenimento di queste sette parole all'interno della Convenzione di Ginevra avrebbe potuto garantire l'estensione a un'importantissima categoria oggi di fatto esclusa dai termini del testo: quella dei profughi (“*displaced persons*” nella dizione inglese), ossia di coloro che, senza essere perseguitati in via individuale⁶³, si trovino costretti a fuggire dal loro paese a causa di guerre e violenze generalizzate. Infatti non si vede come le “ragioni altre dalla convenienza personale”, considerate in via

⁶⁰ È infatti pacifico che chiunque abbandoni il proprio paese in cerca di asilo, sia che lo faccia per un ben fondato timore di venir perseguitato, sia che lo faccia per altre ragioni, lo faccia in ogni caso per un miglioramento della propria condizione, soprattutto per quanto riguarda la sicurezza personale.

⁶¹ UN Doc. A/Conf. 39/27, approvata a Vienna il 23 maggio 1969, 1155 UNTS 331, entrata in vigore il 27 gennaio 1990. Nello specifico, l'art. 31 recita: “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

⁶² Cfr. BROWNLIE (1998: 632)

⁶³ Sulla problematicità della nozione di “protezione individuale” garantita dalla Convenzione si parlerà nel prossimo capitolo. Cfr. Parte I, cap. 4, par. 4.1.

alternativa al timore di persecuzione (si veda la congiunzione disgiuntiva “or” presente nel testo della definizione UNHCR)⁶⁴ avrebbero potuto non ricomprendere tutti quei casi in cui il richiedente asilo si fosse trovato a dover abbandonare il suo Paese forzato da condizioni di generalizzata emergenza umanitaria che lo avrebbero portato a rischiare la vita qualora fosse rimasto al suo interno. Così, invece di dover contare sulla più breve e meno garantista protezione sussidiaria o umanitaria (concessa per altro per decisione autonoma degli Stati e fuori dai termini di base della Convenzione), questa categoria così importante e storicamente ampiamente sfavorita dalla definizione della Convenzione avrebbe potuto essere maggiormente tutelata.

La categoria che sarebbe rimasta in ogni caso fuori, sarebbe stata quella dei migranti economici, in quanto per definizione soggetti che lasciano il proprio paese non per emergenza, ma semplicemente in cerca di condizioni economiche migliori, quindi rientranti in quella definizione di ragioni di “convenienza personale” per le quali il testo UNHCR esclude la validità ai fini dell’asilo⁶⁵.

Considerata la storia dell’introduzione degli altri due, più celebri limiti temporale e spaziale, e considerata l’importanza dei *travaux préparatoires* ai fini della comprensione e dell’interpretazione di un trattato, è facile desumere le ragioni e le tendenze che abbiano portato i plenipotenziari a glissare su un’espressione tanto importante. La percepita pericolosità di una definizione in un certo senso “incosciente”, che sarebbe andata ad allargarsi oltremodo fino a mettere in dubbio la possibilità di assolvere agli obblighi sottoscritti, fu la logica principale che spinse Paesi come Francia e Regno Unito a porsi in prima linea per una formulazione che ne limitasse

⁶⁴ Cfr. Statuto dell’UNHCR Cap. 2, lett. A(ii), riportato a pag. 14 (Parte I, cap. 2, par. 2.2)

⁶⁵ Interessanti a tal proposito i tentativi di garantire una maggiore protezione internazionale alla categoria dei lavoratori migranti. Prima nel 1990 si cercò di garantire la protezione di tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* irregolare nel paese in cui svolgevano la loro attività lavorativa attraverso la *International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families*. Una tale convenzione incontrò per altro diverse reticenze alla firma da parte degli Stati, tanto che nel 2005, ad iniziativa del Segretario Generale delle Nazioni Unite, la *Global Commission of International Migration (GCIM)*, tracciò un linea ferma di diritti fondamentali che sarebbero dovuti essere garantiti da ciascuno stato membro a qualsiasi migrante, a qualsiasi categoria egli appartenesse. C’è da dire comunque che si tratta pur sempre di diritti basici, che non possono certo configurare una protezione paragonabile a quella garantita dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

il più possibile l'ambito di applicazione ai paesi europei e a un ben identificabile riquadro di soggetti.

Ma per i commentatori più smaliziati quella della “coscienza” della definizione è tuttalpiù un mantello pregiato sotto il quale nascondere una ben più cinica strategia politica⁶⁶. Hathaway, una delle più autorevoli voci in materia, parla proprio di una “dimensione strategica” insita nella definizione contenuta nella Convenzione⁶⁷, volta, attraverso una formulazione apparentemente neutrale delle condizioni che legittimano la protezione internazionale, a servire una causa primariamente politica, legata alla forte competizione internazionale causata dal clima rigido della guerra fredda⁶⁸. Il limite geografico, quello temporale, e quello di contenuto appena descritti, hanno quindi obbedito a una logica più politica che propriamente umanitaria, modellando la definizione, e quindi l'ambito di applicazione della Convenzione, su di un soggetto ben preciso: un richiedente asilo di provenienza europea in fuga dal regime sovietico.

Come accennato in precedenza, nel 1967 i limiti geografici e temporali verranno eliminati. Tuttavia, come fa notare lo stesso Hathaway

«Even after the elimination of temporal and geographic limitations, only persons whose migration is prompted by a fear of persecution on the ground of civil or political status come within the scope of the Convention-based protection system. This means that most Third World refugees remain de facto excluded, as their flight is more often prompted by natural disaster, where, or broadly based political and economic turmoil than by “persecution” at least as that term is understood in the western context. While this phenomena undoubtedly may give rise to genuine fear and hence to the need to seek heaven away from ones’ home, refugees whose flight is not motivated by persecution

⁶⁶ Cfr. HATHAWAY (1990: 148); PHUONG (2004: 3); TREVISANUT (2012: 8).

⁶⁷ «The strategic dimension of the definition comes from successful efforts of Western states to give priority in protection matters to persons whose flight was motivated by pro-Western political values. As anxious as the Soviets had been to exclude political émigrés from the scope of the Convention for fear of exposing their weak flank, so the more numerous and more powerful Western states were preoccupied to maximize the international visibility of that migration. [...]. Only persons who feared persecution because of their civil or political status would fall within the international protection mandate. This apparently neutral formulation facilitated the condemnation of Soviet bloc politics through international law [...]». HATHAWAY (1991), in MUSALO, MOORE, BOSWELL (2002: 34).

⁶⁸ «At its inception, the Convention certainly was a Cold War product. The Cold War atmosphere permeates the *travaux préparatoires* of the Convention, and is also reflected in the fact that no communist country participated in the Conference of the Plenipotentiaries of 1951 or (with the exception of Yugoslavia and China) became a party of the Convention and/or the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees before 1989». SZTUCKI, in NICHOLSON & TWOMEY (1999: 55).

rooted in civil or political status are excluded from the rights regime established by the Convention»⁶⁹ (corsivi aggiunti)

Riteniamo che questa esclusione sia stata in fondo il peccato originale da cui si dipartì quella dialettica fra obiettive necessità di accoglienza e tendenza degli Stati a sfruttare le diverse “vie di fuga” offerte dalla Convenzione che caratterizza ancora oggi le più odierne problematiche legate alla concessione del rifugio. Un’esclusione che sarebbe potuta essere evitata, o comunque resa molto più difficile, se solo quelle sette parole non si fossero spente in sordina, nelle stanze che ospitarono i lavori preparatori di Ginevra.

4. Le “vie di fuga” dalla Convenzione

4.1 Una protezione (ancora) per categorie

Se da un lato la Convenzione di Ginevra ha rappresentato e rappresenta tutt’oggi una pietra miliare del diritto internazionale, dall’altro abbiamo finora rilevato come essa non sia priva di difetti e nodi problematici. Figlia dei suoi tempi, essa è stata redatta stipulando un evidente compromesso fra le tendenze umanitarie e cosmopolite che all’indomani della Seconda guerra mondiale si esplicarono attraverso diverse celebri manifestazioni⁷⁰, e le più realistiche tensioni degli Stati, coinvolti come non mai nei delicati giochi degli equilibri di potenza. Per questo motivo, per venire incontro a entrambe le esigenze, la Convenzione venne strutturata in modo tale non solo da garantire la fuga dei soggetti perseguitati verso altri Paesi, ma anche in modo da garantire agli Stati alcune efficaci vie di fuga dagli obblighi derivanti dalla Convenzione stessa. Alcuni di questi sono espliciti e in verità apparentemente poco problematici, come quelli contenuti nell’art. 1F che verranno analizzati nel corso di questo capitolo⁷¹, altri sono invece molto meno apparenti e costituiscono forse i metodi di evasione più efficaci, in quanto leciti e impliciti.

⁶⁹ HATHAWAY (1991), in MUSALO, MOORE, BOSWELL (2002: 35).

⁷⁰ Basti tenere a mente la creazione dell’organizzazione delle Nazioni Unite con la Conferenza di San Francisco nel 1945 e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948.

⁷¹ Cfr. questo capitolo, par. 4.3.

Il primo, già in parte analizzato, deriva dalla definizione di rifugiato. Si dice spesso che la nuova protezione garantita dalla Convenzione, anche in seguito all'estensione della definizione attuata col protocollo del 1967, sia definitivamente svincolata dal vecchio approccio di protezione per categorie ben definite, per sposare il nuovo paradigma della protezione individuale, quindi garantita a chiunque, a prescindere dalla sua provenienza geografica o da una ben determinata situazione⁷². Se questa estensione poteva risultare ragionevole come efficace evoluzione della protezione ben più limitata offerta dai regimi precedenti, è altrettanto innegabile che con lo sviluppo della storia della migrazione internazionale, a partire dalle grandi decolonizzazioni degli anni '60, fino ad arrivare alla crisi migratoria odierna, ben più difficilmente una simile protezione possa essere considerata come prettamente individuale. Un piccolo esempio teorico può aiutare a spiegare meglio questo punto.

Poniamo che due richiedenti asilo siriani presentino la loro richiesta d'asilo in un qualsiasi paese firmatario della Convenzione, e che essi siano entrambi dei semplici commercianti che hanno perso la loro piccola attività in seguito agli attacchi portati avanti dal regime di Assad e dai suoi alleati, tra cui la Russia⁷³, che colpiscono indiscriminatamente ribelli e popolazione civile⁷⁴. A parità di condizione, quello che farà la differenza nella sorte della loro richiesta d'asilo potrebbe benissimo essere un'appartenenza a una specifica categoria. Infatti poniamo che uno dei due, sia di fede Salafita (si pensa che fino al 75% dei ribelli abbraccino questa religione, una branca del sunnismo islamico)⁷⁵, mentre l'altro di fede Alawita (una branca dello sciismo, di cui fa parte lo stesso Presidente Assad e i maggiori sostenitori del suo governo)⁷⁶.

In questa situazione, a parità di violenza generalizzata subita, non certo inquadrabile in un contesto di persecuzione personale, quale richiesto dalla Convenzione perché venga garantito lo *status* di rifugiato, il richiedente

⁷² Criterio questo sposato almeno fino all'istituzione dell'IRO, per cui le categorie protette erano principalmente rifugiati politici in fuga dai regimi sovietico, nazista e franchista. Cfr. Parte I, cap. 2, par. 2.1.

⁷³ Cfr. The Economist, *Why Russia is an ally of Assad*, 30 settembre 2015.

⁷⁴ Human Rights Watch, *World Report 2016*, disponibile su www.hrw.org.

⁷⁵ Cfr. LIZ SLY, *Largest Syrian rebel groups form Islamic alliance, in possible blow to U.S. influence*, The Washington Post, 25 settembre 2013.

⁷⁶ Anche se recentemente la situazione sta diventando più complessa e molti alawiti cominciano a riservare dei dubbi sul regime di Assad. Cfr. SAM DAGHER, *Syria's Alawites: The People Behind Assad*, The Wall Street Journal, 25 giugno 2015.

della religione prevalente fra i gruppi ribelli avrebbe molte più possibilità di aver riconosciuta la protezione, anche se egli, in effetti, come il suo omologo sciita, è rimasto sostanzialmente estraneo ai conflitti. Da questo esempio, reso specifico da esigenze descrittive ma in realtà generalizzabile a una moltitudine di situazioni diverse, si capisce bene come in molti casi la protezione venga garantita di fatto sulla base dell'appartenenza a una ben specifica categoria di persone, che sia identificabile come categoria apertamente perseguitata nel suo paese di provenienza⁷⁷.

Secondo la nostra interpretazione, una simile tendenza si spiega bene con l'esigenza di criteri certi, quasi automatici, di assegnazione dello *status* di rifugiato. Esigenza particolarmente sentita questa negli Stati Uniti dove, almeno fino alla caduta del muro di Berlino e il crollo definitivo dell'Unione Sovietica, si è seguita una prassi di accoglienza sostanzialmente automatica di ben specifiche categorie di rifugiati, escludendone altrettanto automaticamente altre⁷⁸. Criteri che diventano molto più sbiaditi e flessibili qualora venisse davvero seguita pedissequamente la regola di una protezione basata sul caso individuale. Un'esigenza di "scientificità" che ha portato alcuni accademici a proporre teorie tanto originali quanto astratte, come quella delle "tre scale"⁷⁹, per cui l'ammissibilità di un richiedente asilo dovrebbe essere valutata obiettivamente attraverso tre parametri a cui assegnare valori numerici⁸⁰. Se in pratica il punteggio matematico di persecuzione ottenuto dal richiedente superasse una certa soglia limite (identificata in 65/100), allora lo status potrebbe essere rilasciato in maniera quasi scientifica⁸¹.

⁷⁷ Nel periodo di tirocinio svolto alla Commissione Nazionale per il diritto d'asilo mi è capitato spesso di ascoltare casi di richiedenti asilo maliani e nigeriani (paesi in cui l'omosessualità è considerata come vero e proprio reato punibile con la detenzione), dichiararsi omosessuali, anche se in numeri tanto elevati da risultare quanto meno sospetti. Anche questa può essere interpretata come una degenerazione di una protezione garantita *de facto* per gruppi e categorie, per cui i richiedenti professano spesso di appartenere a una delle categorie più disagiate e perseguitate del loro paese d'origine al solo fine di facilitare l'ottenimento della protezione al di là del caso specifico (n.d.r.).

⁷⁸ Cfr. LOESCHER, SCANLAN (1987: *passim*).

⁷⁹ CARLIER, in NICHOLSON & TWOMEY (1999: 40).

⁸⁰ I tre parametri indicati dall'autore sono: il livello di rischio (quando sussiste un ben fondato timore di persecuzione?), il livello di violazione di diritti umani fondamentali (cosa costituisce persecuzione?), il livello di prova (cosa costituisce un prova sufficiente di un ben fondato rischio di persecuzione?).

⁸¹ Inutile specificare come un simile metodo "obiettivo" di giudizio trovi un limite insormontabile nella parametrizzazione matematica di concetti altamente sensibili e intangibili quali la sofferenza umana, il livello di timore e il grado di persecuzione

Le problematiche legate alle restrizioni della definizione di rifugiato vennero particolarmente percepite già negli anni immediatamente successivi al protocollo del 1967, in special modo in quei paesi dove le motivazioni di fuga erano principalmente legate a situazioni socio-politiche fuori controllo, tra lotte tribali e violenze generalizzate. La definizione adottata dalla Convenzione dell'Organizzazione dell'unità africana nel 1969⁸², rispondendo a quelle specifiche esigenze regionali, estendeva di fatto la protezione a tutti quei richiedenti che oggi considereremmo quali profughi, ossia in fuga da occupazione o aggressione straniera e, in generale, da qualsiasi evento che disturbi seriamente l'ordine pubblico del proprio Paese⁸³.

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite prese ben presto atto di una simile evoluzione del diritto internazionale umanitario, e riconobbe dapprima nel 1972 con risoluzione 2958 (XXVII) la categoria dei profughi sudanesi, in seguito, tre anni più tardi, si espresse in termini più generali⁸⁴, affermando l'effettiva responsabilità dell'UNHCR di una protezione minima per quei soggetti che, pur non rientrando nella definizione convenzionale di rifugiato, si dimostrassero comunque vittima di eventi causati dall'uomo e di cui essi non siano responsabili⁸⁵.

L'evoluzione della definizione di rifugiato proseguì poi, attraversando l'Atlantico, con la Dichiarazione di Cartagena elaborata nel 1984 da

sostenuti dalla vittima. Risulta un'operazione teorica simile al tentativo di voler attribuire un esatto valore numerico (economico) alla vita umana tentato da alcuni studiosi. Cfr. FRANK PARTNOY, *The Cost of a Human Life, Statistically Speaking*, The Globalist, 21 luglio 2012.

⁸² Convenzione dell'Organizzazione dell'unità africana (OUA) che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa adottata dalla conferenza dei capi di stato e di governo dell'OUA riuniti ad Addis Abeba il 10 settembre 1969. Entrata in vigore il 20 giugno 1974.

⁸³ L'art.1 par.2 della Convenzione OUA dispone che: «The term 'Refugee' shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination, or events seriously disturbing public order in either part of the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality».

⁸⁴ UNGA ris. 3454 (XXX), 10 dicembre 1975, *Humanitarian Assistance to the Indo-Chinese displaced persons*.

⁸⁵ Nel preambolo della risoluzione si afferma infatti «the eminently humanitarian character of the activities of the High Commissioner for the benefit of refugees and displaced persons». Inoltre, per la prima volta la categoria delle “*displaced persons*” viene definita universalmente ed esplicitamente come comprendente le vittime «of man-made events over which they have no control and they suffer deprivation or uprootedness as the result of sudden upheaval and separation from their homes». AGA KHAN (1976: 342).

rappresentanti di governo e intellettuali messicani e panamensi proprio sull'esempio della Convenzione OUA. La definizione elaborata da questo strumento, quantunque non vincolante, venne applicata dalla maggioranza degli Stati centro e sud-americani aderenti alla convenzione ONU del 1951, ed in taluni casi persino adottata nelle rispettive legislazioni nazionali. La Dichiarazione pose condizioni fondamentalmente simili alla sua omologa africana per accedere allo *status* di rifugiato. Nello specifico, deve sussistere:

«a threat to life, security, or liberty; and that the threat results from one of five factors: generalized violence; foreign aggression; international conflicts; massive violations of human rights; or circumstances seriously disturbing public order»⁸⁶.

Una simile evoluzione tradisce con una certa evidenza la ristrettezza dei termini della definizione del 1951 (come emendata dal Protocollo del '67) rispetto al trasformarsi delle problematiche del rifugio. Una ristrettezza pur sempre troppo estesa rispetto alla crisi migratoria che stiamo vivendo in questi anni, forse la più grande mai registrata. È infatti evidente come gli Stati stiano reagendo elevando muri, fisici e legislativi, rispetto alle sempre crescenti richieste di asilo provenienti principalmente da Africa e Medio-oriente, convergendo molto più verso lo sfruttamento dei modi di evasione concessi dalla Convenzione, piuttosto che verso un'improponibile discussione sull'opportunità di un'estensione di tale protezione. Le vie di fuga offerte agli Stati, stanno diventando forse più importanti di quelle effettivamente offerte ai migranti.

4.2. I respingimenti in alto mare

Uno dei modi di evadere la protezione garantita ai migranti dalla Convenzione è giocare ai limiti estremi di casa propria. Il principio di non respingimento enunciato dall'art. 33 della Convenzione se da un lato fornisce ai richiedenti asilo la garanzia contro l'espulsione (qualora si trovino già sul territorio dello Stato) o il respingimento (qualora vi debbano ancora entrare) verso le frontiere di Paesi dove potrebbero con buona probabilità subire persecuzione per le famose cinque motivazioni, dall'altro lascia un "angolo cieco" nella legislazione, una sorta di non-luogo giuridico indisciplinato, nel quale gli Stati non avrebbero una

⁸⁶ Cfr. ARBOLEDA (1995: 93).

responsabilità diretta nei confronti di ciò che accada ai richiedenti. Questo luogo è l'alto mare, una zona marittima che non ricade sotto l'autorità di nessuna delle nazioni delle comunità internazionale.

La sovranità di uno Stato sul mare, non potendo contare su ripartizioni fisiche di confine quali fiumi o monti⁸⁷, dipende completamente dall'irradiazione della sovranità terrestre dello Stato stesso verso l'esterno. Una sostanziale dipendenza tra sovranità terrestre e marittima affermata sin dai primi anni del '900 grazie alla giurisprudenza della Corte permanente d'arbitrato⁸⁸ e, in seguito, della Corte internazionale di giustizia nel celebre caso delle zone di pesca tra Gran Bretagna e Norvegia, in cui affermò che "it is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts"⁸⁹. Così, man mano che ci si allontana dai confini costieri dello Stato, la sovranità di quest'ultimo diminuisce di intensità all'aumentare della distanza. Già nel 1930 la Seconda Commissione istituita dalla Conferenza dell'Aja per la codificazione del diritto internazionale riconobbe che "l'ordinamento internazionale attribuisce ad ogni Stato costiero la sovranità su di una zona di mare che bagna le sue coste; essa deve essere ritenuta indispensabile agli interessi legittimi dello Stato"⁹⁰.

Secondo la *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) firmata a Montego Bay nel 1982⁹¹, questa zona di mare è denominata mare territoriale⁹² e si estende fino a 12 miglia nautiche calcolate a partire dalla

⁸⁷ Un'eccezione a tale affermazione si riscontra nel caso della piattaforma continentale la cui delimitazione si fonda anche su caratteristiche geografiche e morfologiche del suolo marino, in particolare quando lo Stato costiero intenda estendere il limite esterno oltre le 200 miglia nautiche. Vedi art. 76 UNCLOS.

⁸⁸ Questa, nel caso di delimitazione marittima nella zona dei banchi di Grisbadarna, affermò che: «[d'après les] principes fondamentaux du droit des gens, tant ancien que moderne, (...) le territoire maritime est une dépendance nécessaire d'un territoire terrestre». Cfr. CPA, *Caso delle Grisbadarna*, Norvegia c. Svezia, 23 ottobre 1909, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 147 e ss., spec. P. 159.

⁸⁹ CIG, *Caso delle peschiere Norvegesi*, Inghilterra c. Norvegia, 18 dicembre 1951, ICJ Reports, 1951, p. 116 e ss., spec. p. 133.

⁹⁰ GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES (1983: 162).

⁹¹ United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, disponibile on-line.

⁹² Art. 2, par. 1 UNCLOS: «The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territorial and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea».

linea di base⁹³. Esiste poi un'ulteriore eventuale zona di mare, denominata zona contigua, che dev'essere oggetto di dichiarazione unilaterale dello Stato che intenda crearla e può estendersi fino a 24 miglia nautiche a partire dalla linea di base⁹⁴. Oltre questa zona di influenza, la sovranità, e quindi le responsabilità dello Stato, già limitate nella zona contigua, si riducono sempre di più, fino ad aver persuaso alcuni Paesi, tra i quali gli Stati Uniti e la stessa Italia, a sfruttare l'intrinseca oscurità giuridica che caratterizza le acque internazionali per effettuare dei respingimenti di possibili richiedenti asilo intercettandoli e respingendoli proprio in questa zona di mare, anziché nelle proprie acque territoriali.

Una simile pratica ha suscitato differenti reazioni giuridiche. Infatti mentre negli Stati Uniti la Corte Suprema si è pronunciata per la sostanziale legittimità di una simile pratica in relazione agli obblighi posti dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra come emendata dal Protocollo del 1967⁹⁵, nel caso italiano⁹⁶ la Corte europea dei diritti umani (CEDU) ha avuto modo di condannare i respingimenti italiani messi in atto sulla base di un accordo di partenariato e cooperazione fra la stessa Italia e la Libia siglato nel 2008. Entrambe le posizioni verranno analizzate nel dettaglio nell'ultima parte di questo lavoro, mettendo a confronto le diverse ragioni che hanno condotto a interpretazioni così differenti di uno stesso obbligo⁹⁷.

⁹³ Art. 5 UNCLOS: «Except where otherwise provided in this Convention, the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State».

⁹⁴ La zona contigua, come si legge nel testo convenzionale, ha natura unicamente funzionale e preventiva: in tale braccio di mare lo Stato costiero ha infatti la possibilità di prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti, tra le altre cose, in materia di immigrazione. Art. 33 UNCLOS: «In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to: (a) prevent infringement of its customs, fiscal, *immigration*, or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea; (b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territorial sea. 2. The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured» (corsivo aggiunto).

⁹⁵ Cfr. *Sale v. Haitian Center Council*, 509 U.S. 155 (1993)

⁹⁶ *Hirsi Jamaa c. Italia*, Ricorso n. 27765/09, Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo del 23 febbraio 2012.

⁹⁷ Cfr. Parte 4, cap.1, par. 1

4.3 Le clausole di esclusione

Le clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato rappresentano il metodo più esplicito e apparentemente meno problematico che la Convenzione fornisce agli Stati per proteggersi contro le derive delle richieste d'asilo internazionali. Esse sono previste dall'art. 1 par. F della stessa che prevede tre tipologie di legittime esclusioni dalla sua applicazione. Nello specifico:

«The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations».

Vediamo subito come al par. (a) siano previste le tre classiche tipologie di crimini che poi costituiranno la base della giurisdizione dei più importanti tribunali penali internazionali, come quello per la ex-Jugoslavia, per il Rwanda e naturalmente della Corte Penale Internazionale⁹⁸. Benché l'esclusione dallo *status* di rifugiato per la commissione di crimini contro la pace sia in effetti poco frequente⁹⁹, le altre due tipologie godono di una casistica molto più frequente¹⁰⁰. Nello specifico i crimini contro l'umanità¹⁰¹ si sono prestati bene a ricomprendere una categoria

⁹⁸ Il tribunale per l'ex-Jugoslavia e per il Rwanda verranno creati rispettivamente dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza del 25 maggio 1993, S/RES/827 (1993), e da quella dell'8 novembre 1994, S/RES/955 (1994). La Corte invece verrà creata con l'accordo di Roma del 17 luglio 1998, in UNTS, vol. 2187, p. I-38544 e ss.

⁹⁹ Così ZIMMERMAN, WENNHOLZ in ZIMMERMAN (2011: 595). In effetti il tema è stato trattato solo incidentalmente dalla Corte federale canadese nella sentenza del 31 marzo 2006, Jeremy Dean Hinzman et al. v. Minister of Citizenship and Immigration, disponibile su www.refugeecaselaw.org.

¹⁰⁰ In special modo i crimini contro l'umanità, in quanto nelle decisioni giurisprudenziali i crimini di guerra vengono spesso fatti rientrare in questa più generica categoria. Poi, a partire dalla sentenza Tadic (decisione della Appeals Chamber del 2 ottobre 1995. Prosecutor v. Dusko Tadic, reperibile su www.icty.org, par. 72 e ss.), i crimini di guerra includono adesso anche le ipotesi previste dall'art. 8 lett. c) dello statuto della Corte penale internazionale, ossia un individuo può essere escluso dallo *status* per aver commesso crimini di guerra all'interno di un conflitto armato non internazionale. Cfr. CHERUBINI (2012: 34 e ss).

¹⁰¹ Identificati dall'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale in quegli atti contro la persona (ad es. omicidio, stupro, sparizione forzata, tortura) "titolati" da uno

decisamente scottante nell'odierna casistica di concessione del rifugio, ossia quella degli atti terroristici, anche se la questione è in effetti dibattuta¹⁰² e questi ultimi vengono più pacificamente fatti rientrare nella categoria di cui alla lettera b) dell'art. 1F, ossia quella del "serious non-political crime"¹⁰³ o di cui alla lettera c), atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

Mentre per far rientrare gli atti di terrorismo nella categoria di cui alla lett. b) la questione da dibattere è se il crimine abbia o no una natura prevalente politica, la problematica giuridica che si incontra nella ricomprensione di tali atti ai sensi della lett. c) è forse ancora più rilevante ai fini della nostra trattazione: si tratta infatti di stabilire se l'atto perpetrato dal richiedente sia da classificare come propriamente terroristico o se appartenga piuttosto a un'azione volta a favorire un gruppo di ribellione che si oppone a un governo autoritario e liberticida. La sottile linea di demarcazione che separa i terroristi dai c.d. *freedom fighters* è senz'altro un altro di quegli

specifico contesto e cioè «when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack».

¹⁰² Infatti secondo una parte della dottrina (Cfr. GIOIA (2004: 38 e ss.)), non tutti gli atti terroristici commessi all'interno di un conflitto armato internazionale sono equiparabili ai crimini di guerra. È il caso dell'art. 33 par. 1 della IV Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra («[n]o protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited») come pure dell'art. 51 par. 2 del I Protocollo addizionale dell'8 giugno 1977 sulla protezione delle vittime nei conflitti internazionali, in *UNTS*, vol. 1125, p. 33 e ss. («[t]he civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited»). Nella giurisprudenza vi è invece una tendenza opposta: vedi la sentenza della Prima camera del Tribunale penale per la ex-Jugoslavia del 5 dicembre 2003, *Prosecutor v. Galic*, reperibile su www.icty.org, par. 113 e ss., nella quale si giunge alla conclusione opposta proprio in relazione a detto art. 51 par. 2.

¹⁰³ Il "serious non-political crime" deve avere talune specifiche caratteristiche. In primo luogo esso deve essere stato commesso fuori dal territorio dello Stato di rifugio e prima di farvi ingresso; poi la nozione di "crimine" dev'essere intesa in senso atecnico, quindi senza dare particolare rilievo alle definizioni presenti negli ordinamenti interni; infine deve trattarsi di un crimine di diritto comune, ossia non deve per l'appunto avere natura politica. Così, circa l'inserimento degli atti terroristici in tale categoria, l'Alto commissario, attraverso il suo c.d. *predominance test*, per il quale l'atto non ha natura politica se tale carattere non risulti prevalente (anche in relazione ai mezzi utilizzati), è giunto alla conclusione di includere nel campo di applicazione della lett. b), in quanto reati comuni, «[e]gregious acts of violence, such as acts those commonly considered to be of a terrorist nature» (UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5 cit., par. 15).

espedienti utilizzati dagli Stati per rifiutare un legittimo asilo a soggetti che ricadano in questa zona giuridica dai contorni sbiaditi.

La casistica di tal genere è particolarmente rilevante negli Stati Uniti dove, a seguito dei tristemente noti attentati dell'11 settembre 2001, sono stati approvati una serie di atti restrittivi della legislazione vigente in materia di sicurezza e quindi di immigrazione¹⁰⁴ volti ad allargare il significato di associazione terroristica e supporto materiale a tali organizzazioni, fino a ricomprendere nella definizione un "supporto materiale anche irrilevante"¹⁰⁵. Se a questo si aggiunge poi il suddetto problema della spesso mancata giusta distinzione fra attività terroristiche e attività contrarie a un regime criminale, emerso anch'esso con prepotenza nel caso *Ma San Kywe* del 2006¹⁰⁶, non ci verrà difficile notare come delle previsioni apparentemente corrette e pacifiche come sono le clausole di esclusione *ex art. 1 par. F* possano in realtà essere utilizzate come improprie "vie di fuga" dal regime umanitario della Convenzione¹⁰⁷.

Una conclusione questa, rafforzata dal confronto con l'art. 33 par. 2 della Convenzione di Ginevra, che prevede che il divieto di *non-refoulement* espresso al par. 1:

«may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country».

Queste disposizioni, come quelle dell'art. 1F appena analizzate, appartengono a quella logica di salvaguardia dello Stato che portò ai diversi limiti alla protezione approvati durante la conferenza dei Plenipotenziari del 1951¹⁰⁸. Una volontà in questo caso espressa dalle

¹⁰⁴ Ci si riferisce principalmente al Patriot Act (2001), all' Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act (2004), and al Real ID Act (2005). Cfr. Parte IV, cap. 2, par. 2.1.

¹⁰⁵ Esemplici al riguardo i casi *Singh-Kaur v. Ashcroft* (385 F.3d 293, 2004) e *In Re S-K* 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006) che analizzeremo nel dettaglio nell'ultima parte di questo lavoro. Cfr. Parte 4, cap. 2, par. 2.

¹⁰⁶ *In Re S-K*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006).

¹⁰⁸ Giusto per riassumere, i celebri limiti temporali e spaziali, il limite di contenuto scaturente dal mancato inserimento dell'espressione "or for reasons other than personal convenience", le clausole di esclusione e, appunto, l'eccezione al principio di *non-refoulement* di cui al par. 2 dell'art. 33.

parole del delegato britannico alla conferenza, Hoare: «[a]mong the great mass of refugees it is inevitable that some persons should be tempted to engage in activities on behalf of a foreign Power against the country of their asylum»¹⁰⁹, quasi a fare da eco alle preoccupazioni espresse dal delegato francese al Consiglio economico e sociale appena un anno prima¹¹⁰.

Benché il riferimento a un “*serious crime*” faccia convergere l’eccezione in questione con le fattispecie di esclusione previste dall’art. 1F, i due articoli obbediscono tuttavia a una logica diversa: mentre infatti il par. F dell’art. 1 preclude l’acquisizione dello status di rifugiato, il par. 2 dell’art. 33 ne nega solo l’attribuzione in quel determinato paese, senza però intaccare lo *status* in quanto tale, e permettendo quindi al richiedente di godere altrove di tale protezione¹¹¹. Ma non solo. La circostanza che l’art.1F si accontenti di requisiti ben più bassi per negare a un richiedente lo status di rifugiato rispetto all’eccezione prevista dall’art. 33¹¹², fa sì che le disposizioni del primo diventino un modo per aggirare quelle più garantiste del secondo, offrendo un “grimaldello” agli Stati per allontanare un richiedente asilo verso un paese a rischio quando la situazione non dovesse consentire l’applicazione dell’art. 33 par. 2. (CHERUBINI 2012, 71-72).

¹⁰⁹ Conference of the Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: summary record of the 16th meeting, cit. p. 8.

¹¹⁰ Cfr. Parte 1, cap. 3, par. 3.3, p.25. L’eccezione in parola venne poi infatti inserita nel testo della Convenzione a seguito proprio della proposta congiunta inglese e francese.

¹¹¹ Cfr. HATHAWAY 2005, 344 e ss.

¹¹² Mentre per operare un’eccezione al principio di non respingimento, il par. 2 dell’art. 33 richiede la pericolosità effettiva del soggetto nei confronti della comunità e/o della sicurezza dello Stato ospitante (non essendo sufficiente la mera commissione di un eventuale reato di una certa gravità), o la presenza di una sentenza definitiva di condanna, le clausole di esclusione ex art.1 par. F si accontentano di “serious reasons for considering” che il soggetto abbia compiuto un reato “particularly serious”. Cfr. LAUTERPACHT, BETHLEHEM 2001, 136.

Parte II

L'Evoluzione della normativa in materia di migrazione e rifugiati negli Stati Uniti

1. L'era della migrazione

1.1 A Nation of Immigrants

Nel 1958 il senatore John F. Kennedy pubblicò un piccolo volume che presentava la necessità di una riforma generale del sistema di immigrazione americano. *A Nation of Immigrants*, divenne il simbolo della lotta alle tendenze restrizioniste che sin dalla genesi della nazione avevano rappresentato una parte importante, se non preponderante, delle politiche statunitensi di immigrazione e asilo. Kennedy non riteneva che una simile linea di pensiero fosse la più adeguata a rappresentare il vero spirito americano nato nel 1776 sotto l'inchiostro che impregnò la Dichiarazione d'Indipendenza; le politiche restrizioniste, incarnate dal National Origins Quota Act del 1924¹¹³, infatti «violated the spirit expressed in the Declaration of Independence that “all man are created equal”»¹¹⁴. Non è un caso che Kennedy si riferisca ai primi secoli di storia americana per difendere la necessità di un nuovo slancio liberalizzante in termini di immigrazione.

Nel periodo immediatamente successivo alla Guerra dei sette anni (1756-1763) in Europa, le colonie americane cominciarono a opporsi con sempre maggiore vigore alle politiche della madre patria la quale, in risposta a quella che veniva percepita come ingratitudine per la protezione fornita contro le aggressioni francese e indiana, iniziò a utilizzare il suo potere di veto sulla legislazione interna alle colonie per bloccare l'immigrazione verso quelle terre. Infatti, nell'epoca immediatamente precedente e successiva all'Indipendenza americana, l'immigrazione nel paese veniva vista come un elemento fondamentale per la costruzione del nuovo Stato. Al riguardo sono sicuramente significative le parole di Thomas Paine che

¹¹³ Al riguardo cfr. Parte II, cap.1, par. 1.2.

¹¹⁴ Riportato in (MARTIN 2010: 183).

nella sua opera, *Common Sense* chiama gli Stati Uniti a rappresentare un “asylum for mankind”. Con le sue parole «this new world hath been the asylum for the persecuted lovers of civil and religious liberty from every part of Europe»¹¹⁵.

Così, nonostante qualche autorevole voce critica¹¹⁶, gli Stati Uniti d’America nacquero nella più radicata convinzione che l’immigrazione costituisse una parte integrante della cultura e della libertà su cui si fondava quella nuova terra. James Madison incarnò con le sue parole questa diffusa prospettiva¹¹⁷ e lo Stato della Pennsylvania si distinse fra tutti per il suo modello di integrazione dei nuovi migranti nella comunità¹¹⁸. In effetti, seguendo l’impostazione utilizzata da Susan Martin nel libro a cui questo primo capitolo si ispira¹¹⁹, notiamo come gli Stati Uniti abbiano seguito diversi modelli di immigrazione, tutti favorevoli a un buon flusso di ingressi, ma non tutti necessariamente attenti al trattamento del migrante. Martin ne individua principalmente tre: il suddetto modello Pennsylvania, incentrato sull’integrazione positiva del migrante all’interno della comunità; il modello Virginia volto allo sfruttamento dei migranti come lavoratori a basso costo; e il modello Massachusetts di ammissione su basi ideologiche. Almeno fino alla caduta del muro di Berlino si può dire che gli Stati Uniti abbiano utilizzato in modo prevalente uno di questi tre fondamentali modelli nelle loro politiche migratorie.

Durante il XIX secolo infatti, la prima ondata di migranti europei che si registrò nel periodo che va dal 1820 al 1860, fu caratterizzata da una

¹¹⁵ PAINE, LARKIN (2004: 33).

¹¹⁶ Ad esempio Benjamin Franklin sosteneva che gli alti tassi di fertilità presenti nelle colonie sarebbero già stati sufficienti a far aumentare la popolazione delle colonie, senza ricorrere a alti tassi di immigrazione. Anche Thomas Jefferson si dimostrò scettico al riguardo e in *Notes on the State of Virginia* pone diverse problematiche legate all’immigrazione, tra cui la paura che la maggior parte dei nuovi migranti, provenienti da precedenti dittature, avrebbero potuto portare con sé le idee e i principi dei loro governi: «From such [monarchies], we are to expect the largest number of emigrants. [...] They will bring with them principles of the governments they leave, imbibed in their early youth [...]», JEFFERSON (1993: 211). Cfr. MARTIN (2010: 68).

¹¹⁷ «America was indebted to immigration for her settlement and prosperity. The part of America which have encouraged immigration most had advanced more rapidly in population, agriculture and arts», FARRAND (1911: 268).

¹¹⁸ James Wilson parla della Pennsylvania: «as a proof of the advantage of encouraging emigrations. It was the youngest on the Atlantic; yet it was at least among the foremost in population and prosperity», FARRAND (1911: 269).

¹¹⁹ MARTIN (2010). Durante il periodo di stesura di questo elaborato a Washington D.C. ho avuto modo di essere seguito personalmente dalla professoressa Martin che mi ha fornito preziosi consigli sulla stesura della tesi in oggetto.

significativa accoglienza e, soprattutto, da una buona integrazione all'interno della comunità americana. I migranti in questione provenivano in special modo dal Nord Europa (Irlanda, Germania, Scandinavia, Svezia, Norvegia) e, anche se con qualche sospetto da parte della società americana sulle differenze linguistiche e culturali¹²⁰, furono generalmente accettati, arrivando a costituire nel 1850 una proporzione significativa all'interno del tessuto sociale degli stati americani¹²¹. Sfortunatamente gli stessi anni saranno protagonisti di un'inquietante tendenza che caratterizzerà pericolosamente le politiche migratorie americane fino ai nostri giorni.

A partire dalla metà del 1800 infatti, le prime ondate di migranti cinesi fecero il loro ingresso negli Stati Uniti. Si stima che nel 1852, a tre anni dall'inizio della celebre corsa all'oro in America, 25,000 migranti fossero già all'interno del paese¹²². A causa delle non poche difficoltà incontrate nel reperire ingenti numeri di mano d'opera locale per costruzioni di grande entità¹²³, alcuni grossi imprenditori americani cominciarono ad affidarsi al lavoro (scarsamente retribuito) degli immigrati cinesi, che si dimostrarono essere anche più efficienti delle loro controparti americane¹²⁴. Il modello Virginia di sfruttamento del lavoro, in cambio di scarse garanzie e un basso stipendio veniva in quel periodo aggravato da un sempre più diffuso sentimento razzista nei confronti dei migranti cinesi. «Chinese are inferior to any race God ever made»¹²⁵ ebbe a dire l'allora

¹²⁰ Preoccupazioni destinate in special modo dagli immigrati di lingua tedesca. In un editorial del 1820 del *North American Review* si leggeva: «By what inconceivable perversity are these gentlemen [who seek to retain the German language] brought to think that it is an advantage to speak a language which your neighbour cannot understand, to be ignorant of the language in which the laws of the land you live in are made and administered and to shut your self out [...] from half the social priviledges of life?», FORBES [MARTIN] and LEMOS (1981: 63).

¹²¹ Wisconsin (36%), Michigan (20%), Illinois (19%), Ohio (14%), Indiana (9%). SWIERENGA (1989: 78).

¹²² MARTIN (2010: 93).

¹²³ Ci si riferisce ad esempio alla *Transcontinental Railroad*, una linea ferroviaria degli completata nel 1869 allo scopo di unire il sistema ferroviario degli Stati della Costa Atlantica con la California e l'Oceano Pacifico. La creazione della linea ferroviaria ha stimolato la crescita di un sistema ferroviario nazionale che ha rivoluzionato l'economia dell'intero paese e favorito una straordinaria crescita demografica degli Stati dell'Ovest.

¹²⁴ Charles Crocker, a capo della costruzione della *Transcontinental Railway*, riportò al Congresso degli Stati Uniti non solo la superiore efficienza dei lavoratori cinesi rispetto ai locali, ma anche la maggiore convenienza in termini economici. Cfr. U.S. Congress, *Senate Joint Special Committee to Investigate Chinese Immigration*, 1877. Disponibile in http://cpr.org/Museum/Chinese_Immigration.html

¹²⁵ Riportato in HULL (1985: 11).

senatore della California. Questo sentimento anti-Cinese portò nel 1882 al passaggio del *Chinese Exclusion Act* che avrebbe portato la quota annuale di cinesi ammissibili al numero irrisorio di 105¹²⁶. Verso la fine del 1800 gli Stati Uniti cominciarono decisamente ad allontanarsi da quella nozione di inclusività e integrazione che aveva caratterizzato i primi cento anni di vita dello Stato Americano. La “Nazione di immigranti” si stava pian piano trasformando in una nazione “insidiata” dai migranti, una sensazione che da quel momento gli Stati Uniti non si scrollarono mai più di dosso.

¹²⁶ Una quota che sarebbe rimasta in vigore fino al 1965, quando ebbe inizio una nuova era liberalizzante della politica migratoria americana. Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.4

1.2 Le paure del nuovo secolo

L'immigrazione negli Stati Uniti continuava a crescere ed era un'immigrazione diversa dalle precedenti. Italiani, Russi, Ucraini, Slovacchi, Polacchi, Serbi e Croati contavano alla fine del secolo per il 70% dei nuovi migranti, rispetto al 13,5% rappresentato dalle nazionalità che avevano caratterizzato la precedente ondata (Germania, Irlanda e Regno Unito)¹²⁷. Era un'immigrazione che destava molto maggiori sospetti e malumori: i nuovi immigrati erano ancora più diversi dai precedenti e c'era ben poca confidenza sull'eventualità che sarebbero riusciti, o avrebbero voluto, integrarsi¹²⁸. Questi timori e ritrosie vennero ben presto formalizzati in legge. Dal 1875 in poi, una serie di atti restrittivi dell'immigrazione¹²⁹ furono approvati per lenire le paure di politici e comuni cittadini che in quel periodo andavano a formare associazioni apertamente xenofobe, come la *American Restriction League*, che giocò un ruolo cruciale nelle pressioni¹³⁰ che portarono all'approvazione (avvenuta con l'*Immigration Act* del 1917), del c.d. *literacy test*, un test di lingua inglese per i nuovi immigrati che avrebbe consentito di limitare le migrazioni ai paesi anglosassoni.

È d'altronde proprio in questo periodo che si impone una visione smaccatamente razzista e eugenetica della specie, che vede la razza anglosassone come "scientificamente" superiore rispetto a tutte le altre¹³¹. La legislazione fortemente restrizionista che raggiunse il suo apogeo con

¹²⁷ MARTIN (2010: 105). ZUCKER & ZUCKER (1996: 13).

¹²⁸ Ad esempio gli Italiani venivano considerati dei dannosi "birds of passage", ossia dei migranti temporanei che venivano negli Stati Uniti al fine di racimolare più denaro possibile per poi tornare in patria. Leone Carpi disse al riguardo: «Thousands of Italians go in search of work abroad, than come back within a year or two, bringing with them a small amount of savings, along with some bad habits», citato in KESSNER 1981, 315.

¹²⁹ Si allude a: Immigration Act (1875), Chinese Exclusion Act (1882), Immigration Act (1885), Immigration Act (1891), la legislazione del 1907, fino ad arrivare all'Immigration Act del 1917 e il Quota Act del 1921.

¹³⁰ Il *literacy test* venne infatti promosso a partire dal 1891 dalla rivista *Nation* che al tempo dichiarava: «we are under no obligation to see that all races and nations enjoy an equal chance of getting here», FORBES [MARTIN] and LEMOS (1981: 125). Venne poi fortemente supportata dalla Immigration Restriction League (nata nel 1894) ma sottoposta a veto diverse volte, prima dal Presidente Cleveland, poi da Taft e infine da Wilson un'ultima volta nel 1915, prima di riuscire a passare nel 1917.

¹³¹ La scientificità di queste teorie era appoggiata da importanti accademici del periodo, quali Francis Walker, il presidente del Massachusetts Institute of Technology, che definiva i nuovi immigrati come «beaten man from beaten races, representing the worst failures in the struggle for existence», citato in TICHENOR (2002: 78).

il *Quota Act* del 1921, era supportata da importanti rapporti di commissioni di ricerca, come la *Dillingham Commission* del 1911 che riportò come una politica migratoria restrittiva fosse «demanded by economic, moral and social considerations»¹³², laddove queste considerazioni volevano gli immigrati provenienti dall'Europa del sud e dell'est come meno desiderabili di quelli dell'Europa occidentale e del nord, in quanto «criminally inclined, less skilled, more ignorant and content with a minor standard of living»¹³³. Sarebbe comodo archiviare questi sentimenti come figli dei tempi e ormai parti del passato, ma un simile razzismo delle origini, non ha mai smesso di esistere, per tornare di moda nel lessico di alcuni leader degli anni novanta¹³⁴ e dei nostri giorni¹³⁵.

Simili tendenze e inclinazioni portarono, come accennato ai due Quota Act del 1921 e del 1924 (conosciuti anche come *Johnson Act* e *Johnson-Reed Act*) che non solo limitarono l'immigrazione annuale complessiva dall'Europa al 2% del numero della popolazione straniera presente negli Stati Uniti nel 1890¹³⁶, ma mantennero anche il *literacy test* e le liste di esclusione approvate con le legislazioni precedenti. Così, nei medesimi anni in cui l'Europa affidava a Fridtjof Nansen il compito di garantire ai rifugiati in fuga dal neonato regime sovietico una giusta protezione¹³⁷, gli Stati Uniti approvavano la legislazione più restrittiva di sempre, non contemplando neanche lontanamente una seppur parva nozione di rifugiato internazionale.

¹³² DIVINE 1957, 4.

¹³³ ZUCKER & ZUCKER (1996: 14).

¹³⁴ Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4

¹³⁵ Quasi inutile ricordare come il neo-eletto Presidente degli Stati Uniti Donald J. Trump non si sia reso solo tristemente noto per innumerevoli affermazioni razziste ai danni delle minoranze etniche americane, ma abbia anche fondato la sua vittoriosa campagna elettorale (anche) su queste affermazioni. Tra i tanti, Cfr. N. KRISTOF, *Is Donald Trump a Racist?*, The New York Times, July 23, 2016.

¹³⁶ Si parla di un totale di 164.667 immigrati l'anno, portato a 150000 dopo il 1929. Di per sé non sarebbe stato un numero troppo basso, ma l'utilizzo col nuovo atto del 1924 del censo del 1890 (il precedente atto del 1921 utilizzava quello del 1910) favoriva apertamente le quote di migranti provenienti dalla Gran Bretagna e dall'Europa Occidentale, senza contare il completo blocco delle ammissioni dal continente asiatico.

¹³⁷ Cfr. Parte I, cap. 1, par. 1.2.

1.3 La problematica semita

Negli anni '30, in seguito all'ascesa del regime nazista e al realizzarsi del perverso disegno di purificazione razziale hitleriano, concretizzatosi in primo luogo nell'approvazione delle leggi di Norimberga, il popolo ebraico divenne nuovamente un popolo esiliato e senza una patria che potesse accoglierlo. La crisi dei rifugiati ebrei, sotto gli occhi di tutti, venne riassunta efficacemente dalle sconsolate parole che Chaim Weizmann¹³⁸ pronunciò nell'occasione di un suo rapporto di fronte alla Peel Commission britannica¹³⁹: in Europa esistono sei milioni di rifugiati «for whom the world is divided into places where they cannot live and places where they cannot enter»¹⁴⁰. Gli Stati Uniti erano uno di quei posti del mondo dove gli ebrei avrebbero potuto vivere, ma non sarebbero potuti entrare.

Dal 1933 al 1938 le porte d'ingresso americano rimasero inequivocabilmente chiuse agli ebrei in fuga dal regime nazista. Un comune sentimento anti-semita provato dall'amministrazione americana impedì che sforzi seri venissero compiuti nella direzione di un qualsivoglia programma di rifugio per i richiedenti ebrei così che, fino al dicembre 1941, la gran parte degli ebrei perseguitati dal nazismo entrò negli Stati Uniti tramite regolari procedure di immigrazione¹⁴¹. In quegli stessi mesi nei quali in Europa si apprestava la *Convention concerning the status of refugees coming from Germany*¹⁴² e veniva così creato un primo sistema di tutela per i rifugiati ebrei, nel 1938 ad Evian gli Stati Uniti, su suggerimento del Presidente Roosevelt, organizzavano una conferenza internazionale che avrebbe dovuto rappresentare un serio impegno congiunto per far fronte all'emergenza. In realtà, come ebbe a scrivere Alan Dwoty, la conferenza in parola sembrò essere organizzata «only by promising that no nation would be asked to accept additional immigrants»,

¹³⁸ Weizmann fu il presidente della Zionist Organization e in seguito divenne il primo Presidente dello stato di Israele. Venne eletto il 16 febbraio 1949 e rimase in carica fino alla sua morte, avvenuta nel 1952. Weizmann ebbe un ruolo fondamentale nel riconoscimento dello stato di Israele da parte del governo degli Stati Uniti.

¹³⁹ La Peel Commission, precedentemente conosciuta come la Palestine Royal Commission, fu una commissione di inchiesta britannica nominata dal Re e guidata da Lord Peel che venne creata nel 1936 per investigare le cause di agitazione in Palestina, allora sotto mandato britannico, conseguenti allo sciopero general arabo durato 6 mesi in quella regione.

¹⁴⁰ WEIZMANN (1983: 102)

¹⁴¹ BON TEMPO (2008: 16)

¹⁴² Cfr. Parte I, cap. 1, par. 1.2

e che il suo obiettivo principale da parte americana fosse proprio quello di far venire meno «any pressure to increase American quotas»¹⁴³.

L'assoluta incuranza dell'amministrazione americana per il dramma del rifugio ebreo non ebbe riguardo neanche per i bambini. La proposta di legge *Wagner-Rogers*, l'unica veramente presa in considerazione in quegli anni dal Congresso, proponeva l'ammissione di 10000 "german children" nel 1939 e altri 10000 nel 1940, al di fuori delle quote previste. Nonostante il linguaggio diplomatico e attento a non destare i sentimenti anti-semitici presenti all'interno del Congresso e della società americana (l'uso del termine "german" al posto di "jewish" è molto significativo)¹⁴⁴, l'atto venne ben presto affossato da restrizionisti come il senatore Reynolds per il quale «every alien in the United States shall be forthwith deported»¹⁴⁵. Ironicamente, un anno più tardi il *Mercy Ships Bill*, designato a favorire e velocizzare l'ingresso dei migranti britannici negli Stati Uniti, passò nel silenzio beffardo dei medesimi restrizionisti che avevano sollevato tanto clamore l'anno prima¹⁴⁶.

Nel luglio del 1945 Earl Harrison, ex Commissario per l'immigrazione, venne inviato in Europa dalla nuova amministrazione Truman «to inquire into the conditions and needs of the displaced persons in Germany who may be stateless or non-repatriable, particularly Jews»¹⁴⁷. Il rapporto finale di Harrison suggeriva al Presidente non solo di fare pressione sul Regno Unito affinché riaprisse agli ebrei la possibilità di stabilirsi in Palestina, ma anche che anche gli Stati Uniti facessero la loro parte permettendo a «reasonable numbers [...] of Europe's persecuted Jews to come to the United State»¹⁴⁸. Harrison utilizzò poi un'espressione che fu destinata a colpire particolarmente l'immaginario del neo-eletto Presidente Truman:

¹⁴³ DOWTY (1989: 92). L'unico risultato pratico della conferenza in questione fu l'istituzione dell' *Intergovernmental Committee on Refugees* che ebbe comunque una funzione positiva nell'evoluzione del diritto del rifugio internazionale. Essa cessò di esistere nel 1947. Cfr. Parte 1, cap.2, par. 2.1.

¹⁴⁴ Non solo il Dipartimento di Stato affermava in quegli anni che aiutare i rifugiati ebrei in fuga dal regime Nazista avrebbe danneggiato le relazioni diplomatiche con la Germania, ma vi era anche una paura diffusa, incarnata massimamente dal parlamentare Martin Dies, che i rifugiati provenienti dalla Germania avrebbero potuto essere degli infiltrati nazisti pronti a danneggiare gli Stati Uniti dall'interno. Cfr. BON TEMPO (2008: 18-19).

¹⁴⁵ FEINGOLD (1970: 149)

¹⁴⁶ Cfr. ZUCKER & ZUCKER (1996: 21); BON TEMPO (2008: 18).

¹⁴⁷ Report of Earl G. Harrison, reprinted in *Department of State Bulletin* 13, No. 327 (September 30, 1945), p. 455.

¹⁴⁸ Ibid. p. 460

«we appear to be treating the Jews as the Nazis treated them, except we do not exterminate them»¹⁴⁹.

Da quel momento, come la Grande guerra si andava via via diluendo in Guerra fredda e gli Stati Uniti prendevano le redini del nuovo sforzo internazionalista che avrebbe condotto all'affermazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, Truman comprese che l'atteggiamento nei confronti dei rifugiati ebrei, sarebbe dovuto cambiare, specialmente nel momento in cui gli orrori commessi dai Nazisti ai loro danni furono noti a tutti. Scontratosi con le resistenze britanniche nell'aprire la Palestina ai rifugiati ebrei, il Presidente formulò immediatamente un programma ad hoc che dal 1946 al 1948 concesse visti di entrata a 40,000 persone, di cui 28,000 erano ebrei. Tuttavia il problema delle c.d. *displaced persons* in Europa non accennava a migliorare e il sentimento anti-semita negli Stati Uniti era tutt'altro che rovesciato.

Fu grazie a una potente campagna dell'*American Council on Judaism* (ACJ) che i rifugiati in fuga dall'Europa poterono essere mostrati alla popolazione come primariamente cristiani e anti-comunisti (solo in minoranza ebrei) e che il *Citizens' Committee* poté presentare in entrambe le camere del Congresso nell'aprile del 1947, il primo *Displaced Persons bill*, anche detto *Stratton bill* dal nome del suo maggiore sostenitore. La nuova legge prevedeva un programma speciale di quattro anni all'interno del quale 100,000 profughi l'anno sarebbero potuti essere ammessi come immigrati al di fuori delle quote. Benché la quota di *displaced persons* ammesse venne successivamente dimezzata dal passaggio del *Fellows bill*¹⁵⁰, quello che importa rilevare in questo caso è che la legge prevedeva anche una prima e chiara definizione del termine "*displaced person*"¹⁵¹ la

¹⁴⁹ Ibid. p. 461

¹⁵⁰ Nell'aprile del 1948 il parlamentare Frank Fellows presentò infatti una proposta molto più restrittiva del precedente Stratton bill che tagliava di fatto gli ingressi possibili da 400,000 a 202,000, non autorizzando ulteriori ammissioni, ma permettendo di "prendere a prestito" le quote allocate per gli anni futuri, al fine di utilizzarle prima, qualora ve ne fosse stata la necessità (procedura che venne chiamata "*quota mortgaging*"). Cfr. LOESCHER & SCANLAN (1987: 19).

¹⁵¹ La legge definiva un "*displaced person*" come «any person in Germany, Austria or Italy at the time of the passage of this act who (1) is outside of his country of former residence as a result of events subsequent the outbreak of World War II; and (2) is unable or unwilling to return to the country of his nationality or former residence because of persecution or fear of persecution on account of race, religion, or political opinions». U.S. Congress, House, Judiciary Committee, Subcommittee on Immigration and Naturalization,

quale, ispirandosi a quella adottata contemporaneamente nello statuto dell'IRO fondato nello stesso anno, portava per la prima volta la legislazione interna degli Stati Uniti alla contemplazione di un vero e proprio diritto d'asilo, distinto dalla nozione di semplice immigrato¹⁵². Si passava in quel momento dall'era dell'immigrazione, al quella del rifugio.

Hearings on Permitting Admissions of 400,000 Displaced Persons into the United States (GPO, Washington, Dc, 1947), p.2.

¹⁵² Un processo che si sarebbe in realtà concluso solo più di trent'anni dopo con il Refugee Act del 1980 che separò definitivamente la disciplina migratoria da quella dell'asilo all'interno della legislazione americana.

2. L'era del rifugio strategico

2.1 Tra restrizionismo e Guerra fredda

L'alba del rifugio in America, come ogni alba del cielo, fu un'alba con poco sole. Il *Displaced Person Act (DP Act)* che Truman approvò con una certa riluttanza il 25 giugno 1948¹⁵³, era un atto, per usare le parole di Loescher e Scanlan, «fraught with restrictionism, and appeared purposely designed to favour groups other than surviving European Jews»¹⁵⁴. Gli emendamenti per i quali i soggetti eleggibili per il nuovo programma sarebbero dovuti essere entrati nelle zone occidentali (“western zone”) entro il 22 dicembre 1945, per i quali il 40% dei visti sarebbe stato riservato ai richiedenti di aree «de facto annexed by a foreign power»¹⁵⁵, e infine per i quali un altro 30% sarebbe stato assegnato a «persons who have been previously engaged in agricultural pursuits»¹⁵⁶, non facevano altro che sfavorire i rifugiati ebrei, favorendo invece coloro che provenivano dalle zone di influenza sovietica, come gli stati baltici¹⁵⁷.

Come ogni alba però, l'alba del rifugio in America era fluida e mutava rapidamente. Nel 1947 gli articoli di Walter Lippman diffusero la nozione di *Cold War* nella mente dei cittadini americani e di tutto il mondo. In quell'anno era stato varato l'*European Recovery Programm*, la cui estensione all'Unione Sovietica non aveva trovato un accordo¹⁵⁸, e veniva

¹⁵³ Truman lo considerò come un atto «form[ing] a pattern of discrimination and intolerance wholly inconsistent with the American sense of Justice». Statement of the President, Signing of the Displaced Persons Act of 1948, June 25, 1948, *Department of State Bulletin* 19, No. 470 (July 4, 1948), p. 21

¹⁵⁴ LOESCHER & SCANLAN (1987: 21). Gli autori si riferiscono nello specifico a una serie di emendamenti, tra cui il già citato *Fellows bill* che portarono l'atto finale a una

¹⁵⁵ Displaced Persons Act of 1948, Sec. 3(a)

¹⁵⁶ *Ibid*, Sec. 6

¹⁵⁷ Marvin Klemme, un ex ufficiale dell'UNRRA (United Nations Relief and Rehabilitation Agency), fu il primo sostenitore della preferenza per i rifugiati baltici. Li descrisse come «skilled agricultural workers whose only crime was that they actively opposed communism in their own country». *Hearings on Permitting Admission* (1947), p. 396.

¹⁵⁸ Negli anni immediatamente successive alla Guerra, il nuovo ambasciatore in Unione Sovietica Averell Harriman negoziò con Molotov, il ministro degli esteri sovietico, la proposta di un prestito di sei miliardi di dollari. Tuttavia, con la morte di Roosevelt e l'ascesa alla presidenza di Truman, la disponibilità Usa a concedere il prestito senza precise garanzie politiche da parte sovietica si assottigliò sempre più. D'altra parte Stalin non aveva nessuna intenzione di fare simili concessioni agli americani, così all'inizio del

al contempo proclamata la dottrina Truman¹⁵⁹, nonché la prassi strategica del *containment*¹⁶⁰. Nel medesimo giorno in cui l'Unione Sovietica dichiarava il blocco delle vie terrestri che permettevano l'accesso a Berlino, Il Congresso degli Stati Uniti approvava la risoluzione Vandenberg¹⁶¹ che concedeva al Presidente degli Stati Uniti la potestà di stipulare accordi regionali o collettivi concernenti la sicurezza nazionale del Paese. Fu la base sulla quale gli Stati Uniti negoziarono l'accordo attraverso il quale, entro il 4 aprile 1949, la formazione del blocco occidentale si completava con la sigla dell'Alleanza Atlantica. L'aria dell'alba stava diventando decisamente "fredda".

Nel 1948 Edward Murrow si scagliò contro le tattiche dilatorie che il Senatore McCarran, leader del fronte restrizionista, stava mettendo in atto per vitare l'emendamento del testo del DP Act in senso liberale:

«No one has produced a name for what is happening in the countries bordering Russia. It is, quite literally, a nameless terror. [...] It is true that we can do nothing effective to free the miserable millions in eastern Europe from the nameless terror, they can't get out. It is also true that on Saturday the Senate decided not to do more than we now are doing to save those who have the courage or good fortune to find themselves on the sunny side of the Iron Curtain»¹⁶².

Il peso della cortina di ferro cominciava a pesare sulle spalle dell'amministrazione Americana, e da queste parole si vede quanto le logiche della guerra fredda cominciarono a pesare sulle politiche del rifugio statunitense sin dai suoi esordi. Da quel momento cominciò un vero e proprio braccio di ferro fra un Congresso restrizionista guidato dal senatore McCarran, ostile a ogni tipo di apertura migratoria, e

1946 il dialogo tra i due paesi poteva già dirsi concluso. Cfr. DI NOLFO (2007: 200 e ss.)

¹⁵⁹ Divenne noto con il nome di "Dottrina Truman" il discorso che il Presidente degli Stati Uniti pronunciò il 12 marzo 1947 a camere riunite in cui annunciava il suo sostegno economico a Grecia e Turchia (con un prestito da 400 milioni di dollari) minacciate dalle mire espansionistiche sovietiche.

¹⁶⁰ La dottrina del *containment* si fa risalire alle concezioni espresse da George Kennan, ambasciatore degli Stati Uniti a Mosca, nel "lungo telegramma" che inviò a Washington nel 1946. Nel telegramma si rendeva esplicita la natura "espansiva" del comunismo, tutt'altro che un fenomeno statico, andava per l'appunto "contenuto" attraverso una politica di risposta ad ogni azione espansiva sovietica.

¹⁶¹ Vandenberg Resolution, S.Res. 239, June 11, 1948.

¹⁶² Edward R. Murrow, *Transcripts of CBS Radio Broadcast*, October 17, 1949, pp. 3-4. Harry N. Rosenfield Papers, Box 22, File, Alphabetical – Speech Material, Harry S. Truman Library.

un'amministrazione che cominciava a vedere nei rifugiati l'arma definitiva per delegittimare il regime di "terrore senza nome" che si nascondeva dietro le coltri di ferro sovietiche.

Con le parole di Loescher e Scanlan: «[I]t is clear that the novel emphasis in 1949 on the role of "escapees" could play in the "ideological struggle" with the Soviet Union was a turning point in the evolution of America's refugee admission policy. In ways not than foreseeable, the DP Act amendments transformed refugees into objects of permanent political concern»¹⁶³.

2.2 Un rifugio anti-Comunista

Gli anni '50 si aprirono con due stridenti vittorie del Congresso sugli inutili tentativi di veto del Presidente Truman. Così come i restrizionisti degli anni '30 temevano che la sicurezza nazionale potesse essere messa a repentaglio dagli infiltrati filo-nazisti celati nelle maglie dei programmi di immigrazione, similmente quelli degli anni '50 percepivano i nuovi rifugiati provenienti dai paesi soggetti all'influenza sovietica come possibili minacce alla democrazia americana¹⁶⁴. Inseguendo questa ferma convinzione, il 23 settembre 1950 venne approvato l'*Internal Security Act*¹⁶⁵ che introduceva fondamentalmente nuovi e più rigorose procedure di *screening* per individuare ed escludere tutti coloro che avevano delle affiliazioni col partito Comunista¹⁶⁶. Il Presidente Truman rese chiara la posizione dell'amministrazione nel suo messaggio di veto:

«It must be obvious to anyone that it is in our national interest to persuade people to renounce Communism, and to encourage their defection from Communist forces. *Many of these people are extremely valuable for our intelligence operations.* Yet under this bill the government would lose the

¹⁶³ LOESCHER & SCANLAN (1987: 24).

¹⁶⁴ Il Senate Judiciary Committee scriveva nel 1950: «Since the rise of the Soviet Russia during the past three decades, the problem of subversive has become a vital consideration in any evaluation of national immigration and naturalization policies. [...]. As an international conspiracy, Communism has organized systemic infiltration of our border for the purpose of overthrowing the democratic government of the United States by force, violence and subversion». United States Congress, Senate, *Report No. 1515*, 81st Cong., 2nd Sess. (GPO), Washington, D.C., 1950, p. 782.

¹⁶⁵ United States Statutes-at-Large, Vol. 64, p. 987 (1950)

¹⁶⁶ *Ibid.*, Sec. 22

limited authority it now has *to offer asylum in our country as the greater incentive to such defection*»¹⁶⁷ (corsivi aggiunti).

La prospettiva dell'esecutivo Americano non poteva essere più antitetica a quella del suo legislativo: i rifugiati provenienti dai paesi Comunisti, lungi dal costituire una minaccia per la sicurezza interna del Paese, rappresentavano piuttosto una delle sue armi strategiche migliori per combattere il nemico. Era un chiaro ritorno al *Massachusetts model*, il modello migratorio che privilegiava i migranti in base alle affinità ideologiche. Con le parole di Martin, a partire dagli anni '50: «Those who shared the ideologocal views of the United States, and, particularly, those who were persecuted because of these views, were welcomed into the country»¹⁶⁸. Ma una simile prospettiva era solo il nucleo ideologico da cui si dipartivano due interpretazioni completamente differenti: l'una privilegiante l'inclusione, l'altra, l'esclusione. L'interpretazione "esclusiva" del Congresso vinse le prime battaglie.

Dopo l'*Internal Security Act*, il senatore McCarran, presidente del *Senate Judiciary Committe*, segnò un'altra vittoria importante sul tabellone dei restrizionisti. Il *McCarran-Walter Act* del 21 giugno 1952 riaffermò il sistema di quote all'immigrazione congegnato nella legislazione degli anni '20 che continuava così a favorire i migranti provenienti dall'Europa occidentale e del nord¹⁶⁹; vi aggiungeva inoltre severi sistemi di controllo per evitare l'ingresso di forze sovversive (fascisti, nazisti, anarchici, ma specialmente Comunisti) e imponeva nuove restrizioni alla naturalizzazione degli immigrati¹⁷⁰.

Il Presidente Truman bastonò ancora una volta duramente l'ennesimo atto restrizionista approvato dal Congresso degli Stati Uniti attraverso il suo messaggio di veto, nel quale ancora una volta fece trasparire la necessità

¹⁶⁷ Internal Security Act of 1950, Veto Message of the President of the United States, *Congressional Records*, September 22, 1950, p. 15631.

¹⁶⁸ MARTIN (2010: 179).

¹⁶⁹ Esso pose anche fine alla proibizione sugli ingressi dal continente asiatico, ma concesse loro solo una quota molto piccola (quella Cinese rimase a 105, quella del Giappone fu portata a 185, mentre agli altri paesi del triangolo Asia-Pacifico fu attribuita una quota di 100 ognuno), conservando i numeri maggiori a favore degli europei. W. S. BERNARD, in R. EASTERLIN, D. WARM, W. S. BERNARD, and R. UEDA (1982: 102).

¹⁷⁰ HUTCHINSON (1981: 297-313).

di aiutare le persone dell'est Europa "cadute sotto il giogo comunista"¹⁷¹. Ma il Presidente Truman era più un buon *cold warrior* che un grande umanitarista. Dietro i suoi messaggi di incondizionata apertura ai perseguitati di tutto il mondo, si nascondeva una certa incongruente indifferenza nei confronti delle tematiche del rifugio in quanto tale. In quegli anni gli Stati Uniti non solo si rifiutarono di firmare la Convenzione di Ginevra del 1951¹⁷², ma dopo aver insistito che alla neonata UNHCR non fosse data alcuna responsabilità per i programmi di *resettlement* e tutela dei rifugiati, si rifiutò anche di fornirle alcun tipo di contributo¹⁷³.

La verità è che il Presidente preferiva riversare i fondi americani in organizzazioni create e gestite interamente dagli Stati Uniti, che obbedivano a obiettivi strategici ben precisi, come ad esempio l'UNKRA e la ICEM, l'una deputata a portare aiuto ai rifugiati perseguitati dalle forze comuniste della guerra di Corea, l'altra incaricata di affrontare il problema del surplus di popolazione registrato in alcuni paesi Europei (come Italia, Grecia, Paesi Bassi e Germania), un elemento destabilizzante sfruttabile, secondo alcuni¹⁷⁴, dalle forze comuniste sovietiche¹⁷⁵. Fortunatamente per l'amministrazione, il *McCarran-Walter Act* nascondeva in sé il germe che lo avrebbe distrutto: la previsione della *parole authority*. Quest'ultima, utilizzata in maniera estensiva per la prima volta durante la crisi ungherese del 1956, permetteva al Procuratore generale di autorizzare l'ingresso di stranieri all'interno degli Stati Uniti "temporarily under such conditions as he may prescribe for emergent reasons or for reasons deemed strictly in the public interest"¹⁷⁶. Una simile prescrizione, se estensivamente

¹⁷¹ «The countries of Eastern Europe have fallen under the Communist yoke; they are silenced, fenced off by barbed wire and mine fields; no one passes their borders but at the risk of his life. We do not need to be protected against immigrants from these countries; on the contrary, we want to stretch out a helping hand, to save those who have managed to flee into Western Europe, to succour those who are brave enough to escape from barbarism, to welcome and restore them against the day when their countries will, as we hope, be free again». *Congressional Record* 98, June 25, 1952, p. 8033.

¹⁷² Convenzione anch'essa, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, notevolmente influenzata dalle esigenze politico-strategiche della guerra fredda, ma certamente recante una normativa molto più chiara e inclusiva rispetto alle incoerenti legislazioni ad hoc statunitensi che contraddistinsero il paese almeno fino agli anni '80.

¹⁷³ I fondi americani all'UNHCR cominciarono a essere erogati solo a partire dal 1955. STOESSINGER (1956: 167).

¹⁷⁴ Tra questi il Repubblicano Francis Walter, il presidente dell'*House Immigration Subcommittee*, nonché proponente del *McCarran-Walter Act*.

¹⁷⁵ LOESCHER & SCANLAN (1987: 42).

¹⁷⁶ Section 1182(d)(5), Title 8, United States Code.

interpretata, permetteva di fatto all'esecutivo di aggirare unilateralmente i limiti previsti dalla precedente legislazione.

Il 24 marzo 1952 il Presidente Truman lanciò l'ultima offensiva al restrizionismo del Congresso, con un messaggio che richiedeva la formulazione di un programma di ingressi fuori quota per tre anni a favore dei rifugiati in fuga dal Comunismo, in quanto «this situation, aggravated by the plight of refugees escaping from Communist tyranny behind the Iron Curtain, is of great practical importance to the United States because it affects the peace and the security of the free world»¹⁷⁷. Da quelle parole nacque il *Refugee Relief Act* (RRA) del 7 agosto 1953, la prima legge americana inequivocabilmente dedicata alla problematica dei rifugiati.

L'atto immortalava il disegno ideologico nella sua definizione di rifugiato:

«any person in a country or area which is neither Communist nor Communist dominated, who, because of persecution, fear of persecution, natural calamity, or military operations is out of his usual place of abode and unable to return thereto, who has not been firmly resettled, and who is in urgent need of assistance for the essential of life or for transportation» (corsivi aggiunti)¹⁷⁸.

È evidente che una simile definizione avesse ben poco a che vedere con quella adottata dalla Convenzione di Ginevra di due anni prima. Non vi è da sorprendersi se dei 209,000 immigrati a cui venne permesso l'ingresso all'interno del programma solo una piccolissima percentuale fossero classificabili quali rifugiati secondo i canoni della Convenzione¹⁷⁹. L'ammissibilità nei canoni del nuovo programma statunitense era tuttavia ancora fortemente gravata dai sospetti che gli anti-Comunisti restrizionisti riservavano nei confronti dei nuovi arrivati. Almeno fino al 1955 infatti, la gestione del programma da parte di Scott McLeod attirò su di sé pesanti critiche per la lentezza e la meticolosità con cui ogni domanda veniva sottoposta a minuziosi controlli sulla sicurezza¹⁸⁰. Basti pensare che fino

¹⁷⁷ Harry Truman, *Special Message to Congress*, March 24, 1952, p.209.

¹⁷⁸ Refugee Relief Act of 1953, Sec. 4, United States Statutes-at-Large, Vol.67, Sec. 2, p. 400

¹⁷⁹ Nello specifico 5,000 provenienti dal lontano Oriente, 2,000 palestinesi e altri 10,000 residenti in paesi NATO. LOESCHER & SCANLAN (1987: 45).

¹⁸⁰ Il Congressman Manny Celler tuonò furiosamente contro l'amministrazione del programma di McLeod dichiarando che "a good law had been prostituted and transformed in a dismal failure". Cfr. *The New York Times*, *Celler Assails Refugee Relief*, 14 dicembre 1950. Lo stesso McLeod ammise infine che solo il processo di indagine che stava dietro la concessione di ogni visto richiedeva una media di 126 giorni di lavoro. Summary of Conference on April 5, 1954 of the Administration of the Immigration and

alla primavera del 1955, di 108,000 immigrati ammessi dal programma, soltanto 1,044 furono classificati come rifugiati¹⁸¹. Il *Refugee Relief Act* aveva quindi segnato il definitivo passaggio a un rifugio in funzione anti-Comunista. Ma le crisi che si affacciavano nella seconda metà degli anni '50 richiedevano qualcosa di più raffinato.

2.3 *La dottrina del rifugio strategico (o competitivo)*

Fra il novembre 1956 e il febbraio 1957, circa 180,000 ungheresi in fuga dall'esercito sovietico che aveva invaso il paese per porre fine all'eresia di Nagy¹⁸², si riversarono sui confini Austriaci, dando inizio alla prima grande crisi migratoria dell'era del rifugio. Come sappiamo, la gestione della crisi dei rifugiati ungheresi non fu certo uno dei successi della Convenzione di Ginevra, gravata dal limite temporale che limitava la sua applicazione agli eventi occorsi prima del 1951¹⁸³. Gli Stati Uniti furono il paese che più di ogni altro¹⁸⁴, prese sulle proprie spalle il problema, segnando una svolta storica nella propria politica di rifugio. I motivi sono diversi.

Eisenhower aveva riconosciuto gli errori commessi nel continuativo finanziamento concesso ai rivoluzionari che combattevano per la "liberazione" dell'Ungheria, anche quando era ormai evidente che la rivolta fosse fallita¹⁸⁵. Il senso di responsabilità politica per una crisi che

Nationality Act and the Refugee Relief Act of 1953, April 6, 1954, RG 85, Acc # 59A 2038, File 56335/401, Box 48, National Archives II.

¹⁸¹ Testimony of Scott McLeod before the Immigration Subcommittee of the Senate Committee on the Judiciary, in U.S. Congress, Senate, Committee on the Judiciary, Hearings: Investigation into the Administration of the Refugee Relief Act (April 13 – May 27, 1955) (GPO Washington, D.C., 1955), pp. 23 – 25.

¹⁸² Com'è noto Nagy, divenuto primo ministro, non solo propugnava apertamente la dottrina della "via nazionale al socialismo" sul modello della Jugoslavia di Tito, ma, fatalmente, il 30 ottobre 1956, aveva dichiarato di essere intenzionato a chiedere e ottenere la recessione dell'Ungheria dal patto di Varsavia.

¹⁸³ Cfr. parte I, cap.3, par. 3.3

¹⁸⁴ Gli Stati Uniti ammisero un numero totale di 38,121 rifugiati, maggiore di qualsiasi altro paese europeo: il Regno Unito ne accolse 21,000; la Germania Est 15,000; la Svizzera e la Francia 13,000; la Svezia 7,000 e il Belgio 6,000.

BOUSCAREN 1963, 52; TAFT, NORTH, FORD (1979: 51).

¹⁸⁵ Il 12 marzo 1955 il Presidente Eisenhower aveva firmato un memorandum del National Security Council (NSC 5412/1), che aveva come suo obiettivo principale "creating and exploiting problems for international communism". Con esso venne approvata l'uso di «subversion against hostile states and groups including assistance to underground resistance movements, guerrillas, and refugee liberation groups».

si aveva contribuito a creare, sapientemente miscelato con quella dottrina strategica e fortemente anti-Comunista tipica degli anni di Dulles¹⁸⁶ alla segreteria di Stato, condussero il Presidente a annunciare che 5,000 visti sarebbe stati immediatamente resi disponibili attraverso il *Refugee Relief Act*. Quando ben presto ci si accorse che le richieste erano ben più elevate di quanto si potesse sperare di assorbirne tramite l'RRA, il Presidente tirò fuori dal cappello l'espedito che avrebbe costituito la nuova base della politica del rifugio negli Stati Uniti.

La già citata *parole authority*, permetteva al Presidente di aggirare di fatto la potestà esclusiva del Congresso in tema di immigrazione, consentendo l'ingresso, solo temporaneamente e per condizioni di emergenza, a un numero non meglio identificato di stranieri. Il Presidente annunciò subito una *parole* di 15,000 rifugiati ungheresi, arrivati fino a 32,000 con le ordinanze successive. Possiamo dire che la "condizione di emergenza" che giustificò l'utilizzo di questo espediente giuridico nel 1956, divenne la normale condizione di gestione della politica del rifugio negli Stati Uniti fino alla grade riforma attuata dal *Refugee Act* nel 1980.

Il Congresso si era tirato la proverbiale "zappa sui piedi". Walter, divenuto l'indiscusso leader restrizionista in Congresso in seguito alla morte di McCarran, si era mostrato inizialmente d'accordo con l'utilizzo dello strumento della *parole*, ricordiamo, per altro prevista proprio dall'atto del 1952 recante il suo nome¹⁸⁷. Quando egli si rese conto che la gran parte dei migranti facenti ingresso nel suo paese erano tutt'altro che quei "*freedom fighters*" disegnati dalla stampa americana¹⁸⁸, cercò di tirare

NSC 5412/1, citato in CORSON (1977: 343).

¹⁸⁶ John Foster Dulles fu il segretario di Stato di Eisenhower dal 1953 al 1959. Divenne famoso per la sua dottrina strategica aggressivamente anti-Comunista incarnata nelle dizioni "roll back" (il contenimento dei sovietici) e la "massive retaliation" (rappresaglia massiccia, anche con armi atomiche, per ogni azione avventata dell'avversario). In effetti l'azione esterna di Dulles fu molto più morbida di quanto si potesse evincere dalle sue parole, anche in risposta all'apertura verso il blocco occidentale sancita da Nikita Khrushchev col celebre discorso di denuncia dello Stalinismo tenuto al XX Congresso del Pcus.

¹⁸⁷ Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.2

¹⁸⁸ James A. Michener, il romanziere Americano che si recò insieme a una squadra dell'International Rescue Committee al confine fra Austria e Ungheria per documentare l'esodo, rilevò che solo una minima parte di coloro che attraversavano il confine avevano in qualche modo preso parte alla rivoluzione. Nelle sue parole: «[...] the first wave of adventurous young people numbered not more than three thousand. [...]. The second wave of real refugees totalled about twenty-five thousand. But remember, even of this

indietro il suo consenso. Ma ormai il precedente era stato creato, e negli Stati Uniti, con il passo falso dei restrizionisti, si apriva la lunga era del rifugio strategico (o competitivo).

Il rifugio competitivo non era altro che la versione inclusiva dell'anti-Comunismo restrizionista. La nemesi strategica delle politiche di esclusione dei rifugiati sospettati di affiliazione al comunismo praticate fino a quel momento. Se il rifugio anti-Comunista faceva parte degli strumenti propri della Guerra fredda, il rifugio strategico apparteneva a una nuova concezione dello scontro politico: potremmo definirla “guerriglia fredda”¹⁸⁹. Per comprendere bene questo passaggio epocale nella legislazione statunitense, è proprio da una legge che dobbiamo partire. Il *Refugee-Escapée Act* del 1957 non viene sempre riportato quale momento fondamentale dell'evoluzione della normativa americana in materia di rifugiati, eppure è proprio la nuova definizione di rifugiato che incontriamo in questa legge che misura l'entità del cambiamento. Nello specifico:

«For purposes of subsection (a), the term "refugee-escapee" means any alien who, because of persecution or fear of persecution on account of race, religion, or political opinion *has fled or shall flee (A) from any Communist, Communist-dominated, or Communist occupied area, or (B) from any country within the general area of the Middle East, and who cannot return to such area, or to such country, on account of race, religion, or political opinion*»¹⁹⁰ (corsivi aggiunti).

In questo caso la differenza fra una negatività e una positività nella sintassi del testo non potrebbe essere più significativa da un punto di vista concettuale. Così, se la definizione presente nel RRA, ancora dominata dalla tradizionale visione anti-Comunista del Congresso, definiva un rifugiato come «any person in a country or area which is neither Communist nor Communist dominated», il nuovo atto lo identifica come

selected group no more than two thousand played any vital role in the revolution». MITCHENER (1957: 229-230).

¹⁸⁹ A nostro modo di vedere un termine di questo tipo si dimostra più adatto a descrivere tutti quegli espedienti utilizzati dal governo degli Stati Uniti al fine di sabotare in maniera inapparente (proprio come presuppongono le tecniche di guerriglia), la credibilità del suo avversario politico. A differenza della guerra fredda, che presupponeva una vera e propria mancanza di dialogo fra i due contendenti (cfr. DI NOLFO (2007: 213 e ss.)), gli atti di sabotaggio statunitensi potevano avvenire anche in un'atmosfera di formale distensione fra le due potenze. Le politiche migratorie e di asilo che gli Stati Uniti metteranno in atto a partire dalla crisi dei rifugiati di Ungheria paiono rientrare pienamente in questa definizione.

¹⁹⁰ Refugee-Escapée Act, Public Law 85-316, Sept.11, 1957, p. 643.

«any alien who [...] has fled or shall flee (A) from any Communist, Communist-dominated, or Communist occupied area, or (B) from any country within the general area of the Middle East».

Fermo restando il comune elemento della motivazione che ha portato il soggetto alla fuga, sempre saldamente basato sul timore di persecuzione (che per altro non diventerà “ben fondato” fino al 1980), è evidente come i riferimenti geografici utilizzati differiscano in modo sostanziale. Il primo è un riferimento in negativo (“neither”, “nor”) elaborato per escludere dal diritto al rifugio qualsiasi soggetto in fuga da un’area dominata dal regime comunista. Il secondo è un riferimento in positivo, garantendo al contrario la protezione proprio a quei rifugiati che fuggano da tali aree. La svolta strategica non potrebbe essere più evidente.

L’anti-Comunismo diventa adesso inclusivo, nel senso in cui lo intendeva Truman già nel 1950, nel suo messaggio di veto all’Internal Security Act: «to offer asylum in our country as the greater incentive to such defection [from Communist forces]»¹⁹¹. Il rifugio diventa quindi “competitivo”, come lo diventa la difficile coesistenza fra Stati Uniti e Unione Sovietica, e i rifugiati sono adesso soltanto un altro mezzo per imbarazzare e delegittimare l’autorità politica dell’avversario. La buona fede umanitaria degli Stati Uniti in questo periodo va presa con le pinze e la crisi dei rifugiati di Cuba non farà altro che dare nuova fiamma a un simile sospetto.

2.4 Cuba Vs Haiti

Il primo gennaio 1959 Fulgencio Batista abbandonò Cuba, incalzato dall’inesorabile avanzata delle forze rivoluzionarie di Fidel Castro. Gli Stati Uniti accolsero con discreto calore la notizia, e intrattennero subito relazioni diplomatiche amichevoli col nuovo governo. Ma l’idillio durò appena un anno. Nel gennaio 1961 gli Stati Uniti tagliarono le relazioni diplomatiche con Cuba, e nell’aprile dello stesso anno si consumò il disastro strategico dello sbarco di 1200 esuli cubani sull’isola nel tentativo

¹⁹¹ Internal Security Act of 1950, Veto Message of the President of the United States, *Congressional Records*, September 22, 1950, p.15631.

di provocare una sollevazione popolare che avrebbe potuto rovesciare il regime¹⁹².

I primi a lasciare l'isola furono naturalmente gli oppositori politici al neonato regime. Nella c.d. prima ondata (1959-1961) si contarono circa 125,000 arrivi, di cui 40,000 solo in Florida¹⁹³. La seconda fase (1961-1962), contraddistinta da numeri ancora più elevati (circa 150,000 arrivi), fu caratterizzata da una composizione più variegata e da una più alta presenza della classe media¹⁹⁴. La terza fase (1962-1965), contraddistinta dal divieto di voli diretti da Cuba agli Stati Uniti, vide un notevole rallentamento della migrazione, con numeri che oscillano tra i 30,000 e i 50,000 arrivi. Gli immigrati di questa fase appartengono per lo più alla classe di operai, agricoltori e pescatori scontenti delle politiche collettivizzanti imposte dal regime comunista di Castro¹⁹⁵. Ma fu solo dopo che quest'ultimo aprì il porto di Camaiorca a tutti coloro desiderosi di lasciare l'isola¹⁹⁶ che i numeri ricominciarono a crescere e che, le motivazioni dei migranti cubani per lasciare il loro paese, presero a distanziarsi notevolmente da un qualsivoglia timore di persecuzione¹⁹⁷.

La politica statunitense nei confronti della crisi dei rifugiati cubani per i successivi tredici anni trovò la sua linea guida nelle parole che il Presidente Kennedy spese all'indomani della fallita missione della Baia dei Porci. Nel

¹⁹² Il piano chiamato "Programma per un'azione segreta contro il regime di Castro" (A Program of Covert Action against the Castro Regime) nome in codice *Jmarc*, fu elaborato dal Gruppo 5412, sostenuto da Richard Nixon, allora vice-Presidente, durante l'amministrazione di Dwight Eisenhower, che approvò il piano il 17 marzo 1960, durante una riunione con Nixon, il segretario Herter, Mr. Merchant, Mr. Rubottom, il segretario Anderson, il segretario Irwin, l'ammiraglio Burke, Mr. Allen Dulles, Mr. Richard Bissell, il colonnello J.C. King, Gordon Gray, il Maggiore Eisenhower e il generale Goodpaster. *Memorandum of a Conference with the President*. White House, Washington, March 17, 1960, 2:30 p.m. Foreign Relations of the United States, 1958-1960. Volume VI, Cuba, Document 486.

¹⁹³ L'ampissimo numero di arrivi in Florida e a Miami, provocò non pochi problemi all'amministrazione e alla comunità locale, tanto che venne aperto un *Cuban Refugee Center* per cercare di far fronte al problema. Di 125,000 ingressi nel paese, ben 13,122 erano stati registrati al centro creato nella città di Miami. THOMAS (1965: 14).

¹⁹⁴ BON TEMPO (2008: 109).

¹⁹⁵ PEDRAZA-BAILEY (1985: 13-15).

¹⁹⁶ Una tendenza strategica del regime Cubano questa che verrà ripetuta nella crisi dei *marielitos* nel 1980 (cfr. Parte III, cap.3, par. 3.1). Castro riteneva che una politica di questo tipo avrebbe rilassato le tensioni ribelli presenti nel Paese, permettendo a tutti gli oppositori di lasciare l'isola a loro discrezione.

¹⁹⁷ «The post-1965 refugees were largely working-class or middle-class Cubans [...], and they fled not because they were political opponents of the Cuban government, but because thought better economic opportunities lay to the north». BON TEMPO (2008: 110).

suo discorso, intitolato significativamente “The Lesson of Cuba”¹⁹⁸, il capo di Stato americano riassunse in due punti particolarmente significativi il futuro impegno americano nei confronti di Cuba:

«First, it is clear that the forces of communism are not to be underestimated, in Cuba or anywhere else in the world. The advantages of a police state, its use of mass terror and arrests to prevent the spread of free dissent, cannot be overlooked by those who expect the fall of every fanatic tyrant. If the self-discipline of the free cannot match the iron discipline of the mailed fist, in economic, political, scientific and all the other kinds of struggles as well as the military, then the peril to freedom will continue to rise.

Secondly, it is clear that this Nation, in concert with all the free nations of this hemisphere, must take an ever closer and more realistic look at the menace of external Communist intervention and domination in Cuba. The American people are not complacent about Iron Curtain tanks and planes less than 90 miles from their shore. *But a nation of Cuba's size is less a threat to our survival than it is a base for subverting the survival of other free nations throughout the hemisphere. It is not primarily our interest or our security but theirs which is now, today, in the greater peril. It is for their sake as well as our own that we must show our will*» (corsivi aggiunti).

Mentre nel primo punto notiamo il consueto riferimento all'intrinseca pericolosità del comunismo a Cuba, così come nel resto del mondo, nel secondo viene riportata una visione ancora più significativa, che affonda le sue radici nella c.d. “teoria del dominio”: Cuba rappresenta un pericolo per gli Stati Uniti non tanto in quanto grande potenza, ma come pericoloso focolaio di una contaminazione comunista che sarebbe potuta diffondersi nei paesi limitrofi¹⁹⁹. Così, ancora una volta, i rifugiati in fuga dal comunismo assumevano un'importanza politica e strategica determinante.

Nel giugno 1962, qualche mese prima che esplodesse la crisi dei missili che portò il mondo sull'orlo di una guerra nucleare poggiandosi sul principio della *brinkmanship*²⁰⁰, Kennedy assicurava il passaggio del *Migration and Refugee Assistance Act (MRAA)*²⁰¹. L'atto in questione,

¹⁹⁸ Speech before the American Society of Newspaper Editors, April 20, 1961, Department of State Bulletin 44, No. 1141, May 8, 1961, p. 661.

¹⁹⁹ Simili considerazioni saranno d'altronde alla base delle discutibili scelte strategiche che portarono da lì a pochi anni Lyndon Johnson a impegnare gli Stati Uniti in Vietnam, in quella che sarebbe diventata forse la guerra più frustrante e improduttiva della storia della nazione. Cfr. DI NOLFO (2007: 307).

²⁰⁰ La teoria in questione fu coniata dal segretario di Stato di Eisenhower, Dulles, e prevedeva che le crisi potessero essere portate fino all'orlo del precipizio, senza però poi farle precipitare, per pressare l'avversario a concedere i risultati attesi. Cfr. *Ibid.* p. 287.

²⁰¹ Law of June 28, 1962 (Public Law No. 510), 87th Cong., 2nd Sess., United States Statutes-at-Large, Vol.7, p.21, reprinted in U.S. Code Congressional and Administrative News (West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1962, Vol. 1, pp. 153-156).

per quanto non modificasse in alcun modo la legislazione statunitense in materia di ammissione, recava espressi provvedimenti per l'assistenza dei «refugees [who] are continuing to find their way out of Cuba»²⁰². Esso stabiliva poi un fondo di emergenza di 10 milioni di dollari con lo scopo di permettere al Presidente di «meet unexpected refugee and migration developments»²⁰³, e forniva all'esecutivo un «broad, permanent, and flexible mandate to conduct refugee affairs»²⁰⁴.

Sulla base di questa nuova legge, dal 1965 fino al 1980 i Cubani verranno ammessi in America quasi automaticamente e senza un'attenta analisi dei motivi che li avevano spinti a partire. Con le parole di Loescher e Scanlan:

«The United States made no effort to involve the UNHCR in its Cuban admission program. The “freedom flights” served important symbolic purposes. The departure of Cubans has viewed as a demonstration of the economic and political repression of a Communist regime and was treated as a “ballot for freedom”. Further, it was believed or at least argued as late as 1970 that a generous U.S. refugee immigration policy might encourage continued resistance to Communism in Cuba»²⁰⁵.

Insomma I rifugiati cubani suscitavano una grande simpatia negli ambienti della politica americana, che li vedeva come rifugiati “*voting with their feet*”, ossia portatori di un voto politico contrario al regime comunista espresso attraverso i loro piedi, che fuor di metafora, voleva dire attraverso la partenza e l'abbandono del loro paese. Ma la realtà era che, nonostante l'intensiva campagna governativa portata avanti attraverso il *Cuban Refugee Program (CRP)*²⁰⁶ volta a convincere i cittadini americani della natura prettamente politica e persecutoria dei motivi che avevano portato la gran parte a fuggire, la quasi totalità dei “rifugiati” cubani ammessi sotto la “settima preferenza” del nuovo *Immigration and Nationality Act del 1965*²⁰⁷, non erano altro che migranti economici. Come riportò Virginia

²⁰² *Ibid.* p. 1793

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ ZUCKER & ZUCKER (1996: 31).

²⁰⁵ LOESCHER & SCANLAN (1987: 75).

²⁰⁶ Il CRP era stato creato per fornire sussidi alle famiglie dei rifugiati cubani bisognosi di aiuto, nonché programmi di lavoro e di garanzia dei beni fondamentali. Oltre a ciò il CRP venne massicciamente impiegato a partire dal luglio 1961 per delle campagne di informazione a sostegno dell'accoglienza dei rifugiati cubani, che stavano diventando un problema per lo stressato sistema occupazionale del sud della Florida (dove sbarcavano la gran parte). Cfr. BON TEMPO (2008: 121-127).

²⁰⁷ H.R. 2580; Pub.L. 89-236, 79 Stat. 911, enacted June 30, 1968

Dominguez nella sua testimonianza di fronte al Congresso degli Stati Uniti:

«[The Cuban refugees were] people who left Cuba largely because they were used to a standard of living that they could no longer have in Cuba. Many consumer goods were not easily available after the revolution. Many of those who came after 1965 were housewives and children, and were not actively political. They were not necessarily poor, or the victims of political persecution. The people who really do qualify as political refugees [...] are those who left within the first two years after the revolution and not those hereafter»²⁰⁸.

Ma ormai cominciava a essere del tutto evidente che una cosa erano i rifugiati per l'UNHCR e la Convenzione di Ginevra, tutta un'altra per gli Stati Uniti e la sua amministrazione. La definizione contenuta nel nuovo liberalizzante *Immigration Act* del 1965 non lasciava dubbi al riguardo. Essa²⁰⁹ rimase pressoché identica a quella contenuta nel precedente REA del 1957 con la caratterizzazione fortemente ideologica scaturente dal riferimento geografico a coloro che fuggivano da paesi comunisti. Sebbene l'INA del 1965 fosse un atto fortemente innovativo dal punto di vista giuridico, eliminando il restrittivo sistema di quote arbitrarie che aveva pesato sulla legislazione migratoria americana fino a quel momento, esso non riuscì, né volle, invertire la tendenza volta a prediligere un rifugio fortemente strategico e politicizzato.

Venne invece inaugurato un nuovo sistema di allocazione migratoria, per la quale 120,000 visti vennero messi a disposizione dei migrati provenienti da paesi appartenenti all'emisfero occidentale, e 170,000 a quelli provenienti da paesi dell'emisfero orientale. Questi ultimi sono soggetti a un ulteriore sistema comprendente sette preferenze²¹⁰, di cui l'ultima è

²⁰⁸ Testimony of Virginia Dominguez, House Judiciary Committee, Subcommittee on Immigration, Refugees, and International Law, May 24, 1979, *Hearings on the Refugee Act of 1979*, House Report 2816 (GPO Washington, D.C., 1970) pp. 5-9.

²⁰⁹ Si qualifica come rifugiato qualunque straniero che «because of persecution or fear of persecution on account of race, religion, or political opinion they *have fled (I) from any Communist or Communist-dominated country or area*, or (II) from any country within the general area of the Middle East, and (ii) are unable or unwilling to return to such country or area on account of race, religion, or political opinion, and (iii) are not nationals of the countries or areas in which their application for conditional entry is made; or (B) that they are *persons uprooted by catastrophic natural calamity as defined by the President who are unable to return to their usual place of abode*» (corsivi aggiunti). Public Law 89-236-Oct. 3, Section 1153 (a)(7), 1965, p. 913.

²¹⁰ Le altre sei preferenze identificano un sistema volto a prediligere i migranti con parenti prossimi già presenti sul suolo statunitense e coloro che possiedano talenti e abilità lavorative di particolare necessità negli Stati Uniti.

dedicata proprio ai rifugiati identificati dalla definizione di cui sopra, la quale assegna loro 10,200 visti (poi portati a 17,400).

Il sistema mantenne naturalmente l'espedito della *parole*, benché il Congresso avesse veementemente protestato per il depauperamento delle sue prerogative in materia migratoria²¹¹. Un'espedito del genere era d'altronde indispensabile per affrontare l'accoglienza dei rifugiati provenienti dall'emisfero occidentale (di cui facevano parte gli stessi rifugiati cubani), affatto previsti dal sistema delle sette preferenze "orientali"²¹². Così dal 1965 al 1973²¹³ la *parole* fu utilizzata per ammettere oltre 200,000 rifugiati cubani. Ma, significativamente, nello stesso periodo di tempo, neanche un rifugiato proveniente dall'America centrale e dai caraibi venne parimenti ammesso.

A partire dal 1957, migliaia di esuli Haitiani in fuga dal sanguinario regime di François Duvalier (detto "Papa Doc")²¹⁴, abbandonarono l'isola in cerca di rifugio. Durante gli anni '60 costoro furono generalmente tollerati e accolti negli Stati Uniti, benché non uno di loro venne mai definito quale rifugiato²¹⁵, né poté contare su un ingresso privilegiato tramite *parole authority*, né tanto meno, di un vasto programma di aiuti e *resettlement* come le sue controparti cubane. Haiti non era un paese comunista. Anzi, il governo dispotico di Duvalier, tralasciando alcuni screzi dei primi anni sessanta²¹⁶, era diventato un sicuro alleato degli Stati Uniti contro

²¹¹ Circa le tensioni che dilaniarono la politica migratoria Americana almeno dal 1962 al 1975: «[a]lthough Kennedy and Johnson wanted to keep parole or its equivalent so that the government could respond quickly and flexibly to refugee crises, many in Congress resisted what they regarded as the usurpation of an inherent Congressional right to regulate immigration». LOESCHER & SCANLAN (1987: 72).

²¹² Un simile sistema di preferenze non venne implementato per l'emisfero occidentale fino al 1976. Nel 1978 poi il Presidente Carter firmò un atto che riuniva i due emisferi, e quindi i due distinti sistemi di preferenze, in uno solo, con una soglia comune di 290,000 visti disponibili di cui 17,400 riservati ai rifugiati. Cfr. ZUCKER & ZUCKER (1996: 32).

²¹³ Periodo coperto da un accordo fra governo cubano e governo statunitense che regolamentava i voli di rifugiati tra i due paesi, il c.d. Memorandum of Understanding. Sotto questo programma, tra il 1965 e il 1973, ben 500,000 Cubani entrarono nel territorio degli Stati Uniti. Cfr. BON TEMPO (2008: 110-112).

²¹⁴ Le caratteristiche del regime di terrore instaurato da Duvalier è stato oggetto di numerosissimi studi. Tra i vari si ricorda MANIGAT 1964; DIEDERICH & AL BURT 1969; ROTBERG 1971; HEINL 1978; LUNDAHL 1979.

²¹⁵ In effetti ricordiamo che gli Haitiani non rientravano nella definizione di rifugiato contenuta nella c.d. seventh preference dell'INA del 1965.

²¹⁶ L'amministrazione Kennedy, in seguito alla presa del potere da parte di Duvalier, aveva in effetti finanziato l'opposizione al suo regime, guidata da Magloire, proprio per

l'ideologia che pericolosamente avrebbe potuto diffondersi a partire da Cuba.

Così, se durante gli anni '60 agli haitiani veniva concesso quanto meno un "virtual refugee status"²¹⁷ certamente differente da quello legalmente riconosciuto ai cubani, a partire dal 1972, quando il figlio di Duvalier (Baby Doc) sostituì il padre al potere provocando un decisivo aumento della migrazione da Haiti, gli esuli dell'isola caraibica si scontrarono violentemente contro quello che viene comunemente descritto un po' come un enorme cancello burocratico di sbarramento²¹⁸. I *congressional hearings* tenutisi fra il 1975 e il 1976²¹⁹ testimoniano come ufficiali del dipartimento di Stato non adeguatamente formati, dei quali, prima della riforma del 1980 era richiesto una *advisory opinion* sui casi più incerti, negassero sistematicamente l'asilo agli esuli haitiani, rendendo pareri su casi di applicanti che spesso non avevano neanche ascoltato. Quasi inutile specificare come questi accertamenti fossero in verità cruciali, in quanto unico mezzo con cui il richiedente avrebbe potuto dimostrare il suo timore di persecuzione. Coerente con questo approccio, era l'indagine eseguita negli stessi anni dal senatore repubblicano Edward Brooke, che concludeva:

«No one can deny that some of the exiles living in the United States and elsewhere were forced to flee Haiti because of their political leanings. They can properly be classified as "political refugees" although it is impossible to determinate their exact number.

Many of the Haitian exiles, however, are more "economic" than political refugees. Conditions in Haiti are such to create a desire in the educated classes to migrate into the United States and elsewhere to improve their standard of living. However, entry visas are difficult to obtain. The only other way to entry is to claim to be a "political refugee" as "economic refugees" are not accorded sanctuary. Hence the only alternative is to claim

dimostrare al dittatore che «there were limits to american tolerance to his regime». LOESCHER & SCANLAN (1987: 79).

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ La generalità degli autori concorda fundamentalmente sul comportamento apertamente discriminatorio che gli Stati Uniti tennero nei confronti dei rifugiati haitiani, soprattutto in relazione al trattamento infinitamente più favorevole riconosciuto ai cubani. Cfr. LOESCHER & SCANLAN (1987: 78 e ss.), ZUCKER & ZUCKER (1996: 34 e ss.), BON TEMPO (2008: 113 e ss.), MARTIN (2010: 230 e ss.).

²¹⁹ Human Rights in Haiti, and U.S. House, Subcommittee on Immigration, Citizenship and International Law, Haitian Emigration, 94th Cong., 2nd Sess., July 1976.

“political refugee” status even though the true reason for leaving Haiti is an economic one²²⁰ (corsivi aggiunti).

Dal 1973 al 1980 30,000 esuli haitiani fecero il loro ingresso nelle acque territoriali statunitensi su imbarcazioni di fortuna. Migliaia presentarono le loro richieste d’asilo. Le migliori informazioni disponibili ci dicono che tra 25 e 50 persone, di queste migliaia, ottennero l’asilo politico o uno *status* ad esso equivalente²²¹. Il resto fu soggetto a trattamenti completamente diversi da quelli riservati ai cubani, dando il via a quella sistematica pratica di discriminazione (che andò sotto il nome di *Haitian Program* a partire dal 1978), che si sostanziò in programmi di interdizione²²², respingimenti²²³, incarcerazioni²²⁴. Una situazione tanto disperata da suscitare l’indignazione di un gruppo di giudici americani, di cui il più rappresentativo fu senz’altro il giudice James Lawrence King che, nella celebre caso *Haitian Refugee Center v. Civiletti*, denunciò la politica di costanti e ingiustificate discriminazioni condotte dalle autorità americane. Nelle sue parole:

«Those Haitians who came to the United States seeking freedom and justice did not find them. Instead, they were confronted with an Immigration and Naturalization Service determined to deport them. The decision was made among high INS officials to expel

²²⁰ Senator Edward W. Brooke, U.S. Foreign Assistance for Haiti, report to the Senate Committee on Appropriations, April 1974, pp. 13-14, reprinted in U.S. House, Subcommittee on International Organizations, Human Rights in Haiti, 94th Cong., 1st Sess., November 18, 1975, pp.89-90. In realtà, a questo tipo di rapporti, se ne contrapponevano altri che descrivevano le condizioni sull’isola di Haiti utilizzando ben altri toni: «the variety of torture to which the detainee is subjected is incredible: clubbing to death, maiming of the genitals, food deprivation to the point of starvation, and the insertion of red-hot pokers in the back passage». Amnesty International, riportato in STEPICK, PORTES, TRUELOVE (1987: 146).

²²¹ Queste stime sono basate su giornali dell’epoca e testimonianze in seno al Congresso. Infatti non esistono rapporti sistematici delle richieste, delle approvazioni e dei rifiuti antecedenti alla riforma del 1980. Ad ogni modo, l’accuratezza delle informazioni è confermata grazie alle interviste di alcuni autori con col personale dell’INS Central Office tenute nel maggio 1983. Riferito in LOESCHER & SCANLAN (1987: 80).

²²² Il programma di interdizioni navali in alto mare dei *boat people* Haitiani raggiunsero un loro punto di svolta nel 1994 con la celebre sentenza *Sale v. Haitian Center Council*, che verrà analizzata nell’ultima sezione di questo lavoro. Parte IV, cap. 1, par. 1.1.

²²³ Celebre è il caso dei 97 richiedenti haitiani respinti dalla base navale di Guantánamo in seguito di una decisione del dipartimento di Stato nell’agosto 1977. La motivazione ufficiale fornita dal DOS fu la seguente: To grant them political asylum [...] poses a problem of relations between the United States and the Haitian government, and to admit them as refugees from deteriorating economic conditions might encourage still more flee». Riportato in The New York Times, *101 Haitians refugees Pose Painful Problems for U.S.*, September 1, 1977.

²²⁴ Cfr. ZUCKER & ZUCKER (1996: 70).

Haitians, despite whether claims to asylum individual Haitians might have. A Program was set up to accomplish this goal. *The Program resulted in wholesale violations of due process and only Haitians were affected.*

This Program, in its planning and executing, is offensive to every notion of constitutional due process and equal protection. The Haitians whose claims for asylum were rejected during the program shall not be deported until they are given a fair chance to present their claim for political asylum»²²⁵.

2.5 Verso la riforma: diritti umani o opportunità politica?

Gli anni '70 si aprirono sotto nuovi e differenti auspici. Se da un lato infatti la *seventh preference* continuava ad accordare un sistematico rifugio a coloro che fuggivano da territori comunisti²²⁶, sollevando invece un muro quasi impenetrabile nei confronti degli altri richiedenti, la nuova realpolitik del Presidente Nixon e del suo segretario Henry Kissinger cercò un approccio più mite ai rapporti con l'Unione Sovietica, cercando di smorzare le tensioni. Ma in questa equazione a due, vi era un terzo fattore da tenere in considerazione: il Congresso.

All'interno di esso si sviluppa infatti un intenso dibattito concernente i diritti umani, innestato certamente in una più vasta cornice di risveglio delle tematiche dei diritti²²⁷, che portò diversi esponenti del partito democratico a criticare aspramente il totale disinteresse morale dell'amministrazione Nixoniana, incarnato nella politica di *détente* nei confronti dell'Unione Sovietica. Difatti, se la *quite diplomacy* sostenuta da Kissinger favoriva la distensione e il dialogo con l'URSS su temi di importanza fondamentale quali la limitazione degli armamenti strategici²²⁸

²²⁵ *Haitian Refugee Center v. Civiletti*, Vol. 503, p. 422, Federal Supplement (Southern District Florida 1980). Affirmed Vol. 676, p. 1023, Federal Reporter, 2nd Series [11th Circuit Court of Appeals 1982].

²²⁶ Dal 1965 al 1972 circa 68,000 rifugiati vennero ammessi negli Stati Uniti sotto la *seventh preference*, tutti provenienti da paesi comunisti o dominati da un'ideologia comunista. Senate Report No. 256, 96th Cong. 1st Sess., 1979, p.6.

²²⁷ Si ricorda come nel 1966 venissero approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, entrati poi in vigore nel 1976. Nel 1968 poi i movimenti per i diritti civili americani, come quello dei Black Panther e quelli contrari al proseguimento della guerra in Vietnam, fecero esplodere la loro protesta nelle piazze, estendendole, con toni e modalità diverse, in tutto il mondo civilizzato. La primavera di Praga e le rivolte studentesche a Belgrado di quegli stessi anni, fanno parte di quella stessa tensione verso la liberalizzazione e il riconoscimento di maggiori diritti in contesti del tutto diversi.

²²⁸ Il negoziato SALT (Strategic Armaments Limitation Talks) del maggio 1972 fu uno dei successi diplomatici più rilevanti di Nixon, il primo Presidente americano a visitare

e la liberalizzazione del commercio, essa avveniva a discapito di ogni altra considerazione concernente l'eventuale violazione dei diritti umani²²⁹.

Tutto questo risultò particolarmente evidente nei primi anni '70 quando rieplose il problema dell'immigrazione ebraica, questa volta, proprio dall'Unione Sovietica. Se infatti fino al 1969 Kruscev aveva concesso a più di 2,000 ebrei sovietici di emigrare, come le richieste aumentarono nel corso degli anni successivi, il governo approvò un provvedimento che applicava una tassa sugli emigranti che avevano usufruito del sistema educativo sovietico (c.d. *education tax*). Questo provvedimento risultava particolarmente oneroso per gli ebrei, registrando l'effetto di far decrescere fortemente il numero di loro che abbandonavano il paese. Questo provocò il sollevamento di quanti in Congresso consideravano la politica del Presidente del tutto obliata di moralità e considerazione per i diritti umani. Al fronte della protesta, condotto dai liberal-democratici Edward Kennedy e Donald Fraser, non bastavano le timide parole di biasimo per le pratiche sovietiche portate in Congresso dall'amministrazione attraverso le parole di Richard Davies²³⁰, e spingevano piuttosto per un reale e significativo impegno degli Stati Uniti in favore della difesa dei diritti umani nella politica estera americana²³¹.

Mosca, proprio in occasione della firma di tali accordi. Tali accordi prevedevano i livelli di armamenti strategici entro i quali le due potenze avrebbero dovuto mantenersi. Nello specifico gli Stati Uniti congelarono il loro arsenale di missili balistici inter-continentali a 1054 vettori; i sovietici a 1618. La seconda parte dell'accordo concedeva a entrambe le potenze un massimo di due sistemi Abm (Anti-Balistic Missiles) da utilizzare uno a protezione della propria capitale, e l'altro a protezione della base giudicata più rilevante. Cfr. (DI NOLFO: 319 e ss.).

²²⁹ Basti ricordare il coinvolgimento dei servizi segreti americani prima nella c.d. *Operation Phoenix* per cui, nella cornice della guerra del Vietnam, le forze della CIA avevano preso accordi segreti con le autorità sud vietnamite per uccidere o rapire e detenere in condizioni indecenti i Vietcong, o il più celebre caso dell'aiuto concesso al regime di Pinochet dagli Stati Uniti nel ribaltare il regime socialista legittimamente eletto di Allende in Cile durante il celebre "11 settembre cileno", nel 1973.

²³⁰ Davies minimizzava il problema degli ebrei sovietici con queste parole: [A] small number of outspoken Jewish activists has been dealt with arbitrary and unusually harsh treatments [...]. Individual applicants for emigration are sometimes harassed. We deplore this». U.S. House, *Soviet Jewry*, p. 295.

²³¹ Il Subcommittee on International Organizations and Movements of the House Foreign Affairs Committee, guidato da Donald Fraser riassume così le opinioni venute fuori durante diversi *congressional hearings*: «The human rights factor is not accorded the high priority it deserves in our country's foreign policy. Too often it becomes invisible on the vast foreign policy horizon of political economic and military affairs. An increasingly interdependent world means that disregard for human rights in one country can have repercussions in others [...]. Considerations for human rights in foreign policy is both

Questo impegno, sommato a chi in Congresso continuava a vedere i rifugiati come un significativo strumento di “guerriglia fredda”, portò all’approvazione di un emendamento al titolo IV del *Trade Reform Act* del 1972²³² che avrebbe dovuto condizionare l’estensione dei vantaggi economici derivanti dall’estensione della clausola della nazione più favorita all’Unione Sovietica alla condizione che quest’ultima eliminasse tutte le restrizioni imposte all’emigrazione. L’emendamento *Jackson-Vanik*, dai nomi dei suoi proponenti, superò lo scetticismo presidenziale in Congresso, ma la sua portata venne significativamente limitata dal peggiorare della condizione internazionale²³³ nonché dall’approvazione di un ulteriore emendamento (lo *Stevenson amendment* del 1974) che limitava decisamente i vantaggi economici che l’URSS avrebbe ottenuto in cambio della liberalizzazione delle sue politiche migratorie. Nelle parole di Nixon, i vantaggi garantiti all’URSS dal *Trade Act* come emendato erano “peanuts in Soviet terms”²³⁴, e non fu certo una sorpresa quando già nel 1975 i Sovietici denunciarono l’accordo.

Il 1975 fu in effetti un anno cruciale per gli Stati Uniti. Il 29 aprile l’Ambasciatore americano a Saigon, nonostante i suoi ripetuti e inutili tentativi di convincere il Congresso a evitare l’evacuazione non interrompendo il flusso di aiuti alle forze del governo sud vietnamita, fu costretto ad abbandonare la città fuggendo in elicottero. La parabola statunitense in Vietnam si concludeva disastrosamente com’era stata condotta, e da più parti la nascente problematica degli esuli vietnamiti veniva vista come una precisa responsabilità morale e politica americana. Non solo negli Stati Uniti «the White House, Congress, the State Department, and the U.S. military felt a keen sense of responsibility and guilt towards those Vietnamese who had loyally supported the United States during the war»²³⁵, ma anche al di fuori di essi, la comunità

morally imperative and practically necessary». *Human Rights in the World Community: A Call for U.S. Leadership*, report of the Subcommittee on International Organizations and Movements, Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 93rd Cong., 2nd Sess., GPO, Washington, D.C., 1974.

²³² Pub. L. 93-618, 88 Stat. 1978, enacted January 3, 1975, codified at 19 U.S.C. Ch. 12

²³³ Si allude allo scoppio della Guerra dello Yom Kippur del 1973 tra Israeliani e Egiziani che vide l’unione sovietica sostenere le forze egiziane, in contrasto agli aiuti statunitensi ad Israele.

²³⁴ Riportato in LOESCHER & SCANLAN (1987: 94).

²³⁵ BON TEMPO (2008: 146).

internazionale e la stessa UNHCR riteneva la problematica dei rifugiati vietnamiti interamente responsabilità americana²³⁶.

Gli Stati Uniti furono lasciati fondamentalmente soli nei loro sforzi di coprire la problematica dei rifugiati sud vietnamiti, nonché quella degli esuli cambogiani e laotiani in fuga dall'aggressione dei comunisti nord vietnamiti a partire dal 1978. Nell'aprile 1975 il Presidente Ford autorizzò l'evacuazione di circa 200,000 vietnamiti che il Dipartimento di Stato avrebbe poi dovuto ammettere nel paese attraverso l'utilizzo della *parole*; il Congresso legittimò politicamente le larghe ammissioni decise dall'esecutivo approvando contestualmente *l'Indochina Migration and Refugee Act*²³⁷. Le c.d. *parole* vennero concesse un anno dopo l'altro ad opera dei vari presidenti che si succedettero a chiunque provenisse da quei luoghi, con il Congresso che veniva di volta in volta persuaso ad approvarle attraverso la presentazione di ognuna di esse come ultima e definitiva²³⁸. Questo fenomeno non passò inosservato fra i membri del parlamento americano.

Joshua Eilberg, rappresentante della Camera, mise in seria discussione i tentativi del Dipartimento di Stato di «justify the parole request on humanitarian concerns, when it is really based on foreign policy considerations», non nascondendo i timori condivisi per altro da larga parte dei suoi colleghi: «I am concerned with how long the compassion and patience of the American people will continue, as we come in with these continued requests on an *ad hoc* basis»²³⁹. Gli scetticismi sull'utilizzo indiscriminato della *parole* per ammettere qualsiasi tipo di rifugiato indocinese venne messa in forte discussione anche da un altro deputato della House of Representatives, Liz Holtzman che, insieme a Kennedy e Frazer, lottò strenuamente per l'affermazione di un approccio

²³⁶ Per altro l'UNHCR dubitava fortemente che i rifugiati indocinesi potessero essere classificati quali rifugiati sotto la definizione della Convenzione di Ginevra del 1951. Cfr. LOESCHER & SCANLAN 1987, 109.

²³⁷ L'atto in questione prevedeva l'ingresso negli Stati Uniti di circa 130,000 rifugiati provenienti da Vietnam del Sud, Laos e Cambogia, nonché la messa a disposizione di fondi per sostenere la riallocazione e l'assistenza finanziaria ai rifugiati. HAINES 1996.

²³⁸ Carter, dopo quelle concesse da Ford nel periodo 1975-1976, concesse nuove parole nel 1977 (15,000 posti disponibili), nel 1978 (prima 7,000, poi altri 25,000 in seguito a un piano approvato dal Congresso) e nel 1979 (21,000). Cfr. LOESCHER & SCANLAN (1987: 127-138).

²³⁹ *Refugees from Indochina*, hearings before Subcommittee on Immigration, Citizenship, and International Law of the Committee of the Judiciary, House of Representatives, 94th Cong., 2nd Sess., February 5, 1976, pp 507-570.

più decisamente improntato alla tutela dei diritti umani nella politica estera americana.

Holtzman fece numerose pressioni affinché l'INS non permettesse a tutti i c.d. *parolee* (ossia i rifugiati designati per essere ammessi attraverso la *parole authority*) di entrare indiscriminatamente negli Stati Uniti, anche laddove questi avessero commesso rilevanti violazioni dei diritti umani prima di abbandonare il loro Paese. In verità le sue pressioni risultarono soltanto in un breve testo all'interno della forma G-646 che tutti i *parolee* dovevano firmare, il quale recitava: «Further, I have never ordered, assisted or otherwise participated, in the persecution of any person because of race, nationality and political opinion»²⁴⁰. In questo modo rimaneva in realtà incerto con quali tipo di mezzi gli ufficiali di immigrazione avrebbero potuto accertare la veridicità di quanto dicevano i richiedenti, ma era sicuramente un primo passo verso l'inserimento della tematica del rispetto dei diritti umani all'interno della legislazione migratoria americana.

Le crisi dei rifugiati esplose negli anni '70 sono state così affrontate dagli Stati Uniti con un approccio ambivalente che da un lato continuava a prediligere apertamente il rifugio strategico largamente utilizzato fino a quel momento, dall'altro lo arricchiva di nuove tematiche appartenenti a un linguaggio differente che cercava di affrancarsi dal vocabolario prettamente politico dello scontro bipolare, sostituendolo con quello più universale dei diritti umani. Benché tra le due tendenze quella nettamente prevalente fu in verità la prima, come dimostra l'assoluta non curanza statunitense nei confronti dei rifugiati cileni (per i quali avrebbero dovuto percepire una responsabilità morale almeno simile a quella sentita per i rifugiati indocinesi, in relazione al forte coinvolgimento di Nixon nel colpo di stato di Pinochet) e il continuo utilizzo degli strumenti forniti dalla legislazione per ammettere in fin dei conti solo soggetti in fuga da regimi comunisti su una base *ad hoc*²⁴¹, la seconda portò a un forte movimento di opinione all'interno del Congresso che cominciò a premere verso una

²⁴⁰ Part II Report of July 8, 1975 by Mrs Parker, Indochina Evacuation and Refugees Problems, Part IV, Staff Reports Prepared for the Use of the Subcommittee to Investigate Problems Connected with Refugees and Escapees of the Committee of the Judiciary, United States Senate, 94th Cong., First Sess., Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1975, pp. 67, 76-77, 101-102 (copy of G.646).

²⁴¹ Un altro caso rilevante fu proprio l'ammissione dei rifugiati provenienti dal Nicaragua in fuga dal nuovo regime sandinista di stampo socialista, che furono generosamente accolti negli Stati Uniti, a differenza di cileni e haitiani.

riforma sostanziale del sistema legislativo statunitense, un sistema per l'ammissione e la tutela dei rifugiati finalmente coerente e indipendente dalle previsioni della politica migratoria. La strada era aperta, la coscienza politica matura. Gli Stati Uniti sarebbero presto entrati in una nuova era del rifugio.

Parte III

L'attuazione della Convenzione nell'ordinamento interno degli Stati Uniti: il *Refugee Act* fra teoria e pratica

1. La genesi dell'atto

1.1 La ratifica del Protocollo del 1967

Con l'approvazione del *Refugee Act* del 1980 gli Stati Uniti entravano in una nuova era della protezione internazionale; un periodo nuovo, in cui considerazioni primariamente umanitarie avrebbero regolato l'approccio alla problematica dei rifugiati, lasciate da parte le preferenze strategiche. Eppure era un'era questa, nella quale il paese sarebbe dovuto essere entrato già da un po'. Nell'ottobre 1968 gli Stati Uniti ratificavano il Protocollo alla Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, adottando quindi i principi e le definizioni in esso contenute²⁴². Non ci vuole un'analisi troppo approfondita per percepire l'inconciliabilità fra gli impegni ufficialmente assunti dagli Stati Uniti in quanto Stato Parte della Convenzione, e le politiche da essi tenute nei successivi dodici anni. Così viene da chiedersi: cosa significò esattamente per gli Stati Uniti siglare il Protocollo del 1967?

Il Dipartimento di Stato fu sufficientemente chiaro e, durante la sua testimonianza al Senato per favorirne la ratifica, tranquillizzò i presenti citando la circostanza per la quale nessuna disposizione contenuta nel Protocollo in parola avrebbe significativamente alterato gli obblighi della nazione nei confronti dei rifugiati, né d'altronde la sua ratifica avrebbe reso necessario alcun mutamento nelle politiche d'asilo statunitensi²⁴³. Una posizione per altro ripresa e confermata alcuni anni più tardi da una sentenza del *Board of Immigration Appeals* che, richiamando la vicenda della ratifica, affermava:

²⁴² Tra questi naturalmente il principio di non-refoulement (non propriamente onorato dagli Stati Uniti nei già citati casi del programma di interdizione nei confronti di Haiti e del respingimento dei rifugiati cileni) e la nuova definizione di rifugiato depurata dal doppio limite geografico e temporale, in realtà ben diversa da quella ideologicamente orientata che gli Stati Uniti continuarono ad adottare fino almeno al 1980.

²⁴³ Testimony of Larry Dawson, U.S. Congress, Senate Committee on Foreign Relations, Senate Executive Report No. 14, 90th Cong., 2nd Sess., 1968, p. 6.

«Our examination of the legislative materials satisfies us that the *United States Senate*, in giving its advice and consent to accession to the Protocol, *did not contemplate that radical changes in existing immigration laws would be effected*. Quite the contrary, the general representations made to induce affirmative Senate action indicated that *our immigration laws already embodied the humane provisions for refugees fostered by the Convention and Protocol*»²⁴⁴ (corsivi aggiunti).

Gli Stati Uniti erano quindi ben confidenti che la ratifica del Protocollo non avrebbe comportato nessun reale cambio nella sua normativa. Insomma era un trattato internazionale che non necessitava di attuazione nel suo ordinamento interno, e questo semplicemente perché la legislazione statunitense in materia era già ampiamente coerente con le previsioni del trattato stesso. Se così fosse stato, non solo la Convenzione sarebbe stata uno strumento ancora meno perfetto di quanto già non sia, ma questo lavoro perderebbe un po' del suo senso. Potrebbe sostanzialmente concludersi qui, notando come, in fondo, sia quasi stata la Convenzione ad aver “attuato” la normativa americana. Ma è ormai chiaro che l’ottimistica visione espressa dal Dipartimento di Stato e dal *Board of Appeals* non fosse poi così corretta.

Le motivazioni che spinsero gli Stati Uniti a firmare il Protocollo avevano ancora una volta poco a che fare con una particolare sensibilità umanitaria, e più con una scelta relativa alla politica delle relazioni internazionali. È infatti opinione comune di molti accademici statunitensi²⁴⁵ che esso non fu che un gesto simbolico, o persino un “empty diplomatic and public relations gambit”²⁴⁶, per compiacere la comunità internazionale, e soprattutto l’UNHCR, in occasione dell’*International Year for Human Rights*²⁴⁷. Al riguardo, un piccolo passaggio della summenzionata sentenza del *Board of Appeals* sul caso *Matter of Dunar* è ancora una volta rivelatore:

²⁴⁴ *Matter of Dunar*, 14 I. 6 N. Dec. 310, BIA 1973, p.314.

²⁴⁵ Cfr. LOESCHER & SCANLAN (1987: 83), ZUCKER & ZUCKER (1996: 28), BON TEMPO (2008: 173), MARTIN (2010: 223).

²⁴⁶ BON TEMPO (2008: 173).

²⁴⁷ *The International Year of Human Rights* fu un evento organizzato dall’ UNESCO nel 1968 col proposito di rafforzare la cultura e la percezione dei diritti umani nel mondo. Non a caso si svolse per l’anniversario dei 20 anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Cfr. The Unesco Courier, *1968 International Year for Human Rights*, January 1968 (21st year).

«Accession by the United States, it was asserted, would lend the weight of our *moral support to the measure* and would influence other nations with less liberal refugees legislation to adhere to it» (corsivi aggiunti)

È quindi chiaro che, siglando il Protocollo del 1967, gli Stati Uniti non volessero davvero fare molto di più che concedere un loro benevolo “supporto morale” alla causa delle Nazioni Unite e dell’UNHCR. E purtuttavia, attraverso questo appoggio così apparentemente privo di un qualsiasi impegno, gli Stati Uniti avevano lasciato che il germe dei diritti umani cominciasse a scavare in profondità nella coscienza politica di numerosi uomini e donne all’interno del suo parlamento.

1.2 Un buon momento per agire

Nella primavera del 1979 il senatore Edward Kennedy parlava al Congresso per chiedere che una nuova definizione di rifugiato sostituisse finalmente la precedente, obsoleta e irrispettosa degli obblighi internazionalmente assunti dagli Stati Uniti. Infatti, benché la legislazione statunitense prevedesse già un suo principio di *non-refoulement* alla sezione 243(h) dell’*Immigration and Nationality Act* del 1952²⁴⁸, in qualche misura assimilabile al principio sancito all’art. 33 della Convenzione di Ginevra²⁴⁹, la sua definizione di rifugiato condizionava eccessivamente la natura dell’ingresso nel Paese, rendendolo eccessivamente ideologico e sordo ad ogni considerazione umanitaria. Sostituire una tale definizione con quella fornita dalla Convenzione di Ginevra, di cui gli Stati Uniti erano ormai parte, era l’obiettivo principale della proposta del senatore:

«Eligibility for conditional entry is limited ideologically, to aliens who have fled communism, or geographically, to aliens who have fled from Middle East. *The definition*

²⁴⁸ La suddetta autorizzava il Procuratore generale, a sua discrezione, a proibire la deportazione di «any alien within the United States to any country in which in his opinion the alien would be subject to persecution on account of race, religion or political opinion». *Immigration and Nationality Act of 1952*, § 243(h), 8 U.S.C. § 1253(h) (1976).

²⁴⁹ La differenza sostanziale fra i due articoli, oltre alla maggiore completezza dell’art. 33 che prevede cinque possibili motivi di persecuzione rispetto ai tre previsti dalla sezione 243(h) INA, sta nel loro *focus*, incentrato nel primo caso sull’oggettiva “well founded fear of persecution” del richiedente da stabilire attraverso precise procedure di indagine, e nel secondo sulla discrezionalità soggettiva della decisione del Procuratore generale il quale, per altro, aveva la possibilità, ma non l’obbligo, di garantire il rispetto del diritto. Si trattava quindi molto più di una grazia concessa che di un diritto del richiedente. Cfr. ODE 1981, 291.

found in the conditional entry provision has proved to be too narrow to serve the needs of U.S. refugee policy, as has been demonstrated by our continued reliance on the parole provision to assist refugees ineligible for conditional entry. [...].

It has been argued that one of the first step toward the establishment of a comprehensive, systemic U.S. refugee policy should be to expand the statutory definition of refugee to remove the ideological and geographic limitations in the conditional entry provision. *One way to accomplish this would be to incorporate the United Nations definition of "refugee" into the Immigration and Nationality Act»*²⁵⁰ (corsivi aggiunti).

Le parole di Kennedy giungevano in un momento decisamente propizio. Non solo egli aveva appena sostituito il senatore restrizionista James Eastland a capo del *Judiciary Committee*, ma alla Camera Joshua Eilberg, critico nei confronti dell'utilizzo indiscriminato della *parole authority* ma molto meno propenso a una riforma complessiva della normativa in materia d'asilo, era stato costretto alle dimissioni a causa dell'esplosione di uno scandalo, aprendo così definitivamente la strada alla presidenza dell'*Immigration Subcommittee* al volto femminile della riforma, Liz Holtzman²⁵¹. Difatti, se inizialmente era stata proprio la proposta prudente e tendenzialmente restrizionista di Eilberg a prevalere negli ambienti dell'amministrazione Carter, mutati i rapporti fra le forze politiche nel Congresso, l'ago della bilancia della riforma cominciò a pendere decisamente verso la proposta che lo stesso senatore Kennedy introdusse al Senato il 9 marzo del 1979²⁵².

Da quel momento in poi la riforma ebbe un decorso lineare, con un fronte dei sostenitori ben più fornito e compatto di quello degli oppositori. Per i primi, oltre ai già citati Kennedy, Frazer e Holtzman, si aggiunsero Patricia Derian, assistente Segretario di Stato per i diritti umani che

²⁵⁰ Congress Research Service, Library of Congress, 96th Cong., 1st Sess., *Review of U.S. Refugee Resettlement Programs and Policies* 15 (Comm. Print 1979), Prepared at the Request of Senator Kennedy, Chairman, Comm. On the Judiciary, U.S. Senate.

²⁵¹ Cfr. Parte II, cap.2, par. 2.5

²⁵² In un suo saggio lo stesso Kennedy ripercorre le tappe fondamentali della riforma da lui così fortemente voluta. A proposito del punto di svolta in cui la riforma cominciò a farsi strada in Congresso e all'interno dell'amministrazione, egli scrive: «This cycle of inaction was finally broken in mid-1978 when it became clear that I would have the opportunity to become chairman of the full Judiciary Committee at the beginning of the 96th Congress in 1979. [...]. The initial approach of the Carter Administration largely reflected the conservative and restrictionist bills introduced by Congressman Joshua Eilberg (H.R. 2056 and H.R. 7175 in the 95th Congress), rather than my broader bill (S. 2751). After repeated negotiations and redrafts, and continuing pressure from the Senate and House Judiciary Committees, an acceptable Administration draft was submitted to Congress by the Secretary of State, the Attorney General and the Secretary of Health, Education and Welfare». KENNEDY (1981: 144).

considerava i rifugiati come persone ingiustamente private dei loro diritti umani fondamentali²⁵³; il Procuratore generale Griffin Bell, che vedeva un nuovo impegno umanitario degli Stati Uniti nei confronti della problematica dei rifugiati quale naturale vocazione della nazione scaturente proprio dalle sue origini storiche di rifugio sicuro per gli oppressi e gli amanti della libertà di tutto il mondo²⁵⁴; infine, a completamento dell'evidente nesso intercorrente fra la nuova normativa e l'approccio umanitario alla protezione, *Amnesty International*, la quale «hoped that American Policy will become more consistent with the non-political, humanitarian concerns that underlie its international obligations and expressed human rights policies»²⁵⁵.

L'ormai convinta deviazione verso una rotta prettamente umanitaria della protezione, faceva registrare i suoi effetti anche sul fronte dei maggiori oppositori della riforma capeggiati da Frank Sensenbrenner alla Camera e da Walter Huddleston al Senato. In particolare quest'ultimo, a differenza dei vecchi restrizionisti e di alcuni suoi colleghi ancorati su posizioni più intransigenti (come ad esempio il senatore Helms), non vedeva nei rifugiati una possibile minaccia all'unità sociale e storica del paese, ma anzi, condivideva con i suoi colleghi del fronte liberalizzante la convinzione che gli Stati Uniti avessero un dovere di natura morale verso di essi.

Tuttavia il fronte del no alla riforma era fortemente contrario a superare i limiti della soglia di 50,000 visti resi disponibili annualmente dalla nuova normativa attraverso una versione riformata della *parole authority*. Essa infatti, secondo quanto sostenuto dall'opposizione, sarebbe dovuta essere sottoposta al veto del Congresso, in modo da evitare che un numero eccessivo di migranti varcasse i confini statunitensi, garantendo ancora

²⁵³ Con le sue parole: «If a government is cruelly repressive, denies its citizens an opportunity to defend themselves against the life at stake. If they are tortured, discriminated against because of their race or their religion, or their political views, then these persons are refugees» DERIAN (1977: 269-272).

²⁵⁴ Nelle sue parole: «Our policy is based on humaneness, based on the historical fact that our country began as a heaven. [...]. That's why people are came here, they came here in the beginning seeking rights. And that's why we all believe so strongly in rights, human rights, the Bill of rights, all rights». Attorney General Griffin Bell, *Refugee Act of 1979*, Hearings before the subcommittee on Immigration, Refugees, and International Law, Committee on the Judiciary, House of Representatives, 96th Cong., First Sess., May 3, 1979, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1979.

²⁵⁵ Queste furono le parole pronunciate da A. Whitney Ellsworth, tesoriere ed ex presidente di *Amnesty International* durante le sedute della Camera che portarono all'approvazione dell'atto. ELLSWORTH (1979: 168).

una volta al Presidente un potere pressoché discrezionale sui numeri dell'ammissione²⁵⁶.

Una simile preoccupazione, che come vedremo a breve, si rivelò tutt'altro che infondata, fu infine l'unico elemento capace di unire tutta l'opposizione in un fronte compatto proprio al momento della votazione finale della legge alla Camera dei rappresentanti, dove il *bill* passò con un margine molto ristretto (207 voti favorevoli, 192 contrari e 34 astensioni) rispetto alle precedenti votazioni²⁵⁷. Tuttavia, nonostante i dubbi di oppositori più o meno intransigenti, il *Refugee Act* era ormai legge, e la svolta era stata presa. Questo almeno per quanto previsto dalle parole impresse sulla carta del nuovo testo.

²⁵⁶ Senator Walter Huddleston to Colleagues, *Records of the U.S. Senate, Committee of the Judiciary*, August 2, 1979, Subcommittee on the Refugees and Escapees, 1972-1977, Box 146, *File S. 643 Amendments Huddleston*, National Archives.

²⁵⁷ La legge era precedentemente passata all'unanimità al Senato e con un larghissimo margine alla Camera (328 voti favorevoli, 47 contrari), segno della generalizzata concordanza di opinioni sugli obiettivi generali della riforma. Fu quindi proprio al momento della votazione finale che l'opposizione trovò un'unità nella contrarietà al controllo ancora troppo pervasivo concesso al Presidente nel garantire ingressi fuori quota a ingenti quantità di richiedenti senza un sostanziale controllo del Congresso. Cfr. *Senate and the House Pass Refugee Entry Bills*, Congressional Quarterly Almanac, 96th Cong., First Sess., 1979, Vol. XXXV, Washington, D.C., Congressional Quarterly Inc., 1980, pp. 392-395, 44-S, 198-199-H.

2. Il tempio del rifugio americano. Il testo approvato.

2.1 La base del tempio: obiettivi e definizione di rifugiato.

L'intento della nuova normativa era abbastanza chiaro, ed esso venne sancito al titolo I dell'atto che, alla lettera b) della Sezione 101 recita:

«The objectives of this Act are *to provide a permanent and systematic procedure* for the admission to this country of refugees of special humanitarian concern to the United States, and to provide *comprehensive and uniform provisions* for the effective resettlement and absorption of those refugees who are admitted»²⁵⁸ (corsivi aggiunti).

Il linguaggio utilizzato lascia pochi dubbi sulla rinnovata volontà del Congresso statunitense di dotare il paese di un sistema di accoglienza e protezione finalmente sistematico e coerente, invertendo la storica tendenza di una protezione basata su una perenne condizione di emergenza legislativa, incarnata dalla discrezionalità delle scelte presidenziali in materia. Venne così messa a punto una procedura di “appropriata consultazione” fra Presidente e Congresso che avrebbe garantito una gestione comune e razionalizzata della politica di rifugio. Ma prima di analizzare questo aspetto della normativa, è bene partire dalla nuova definizione di rifugiato prevista nel Titolo II dell'atto. Essa recita:

«The term 'refugee' means any person who is outside any country of such person's nationality or, in the case of a person having no nationality, is outside any country in which such person last habitually resided, and who is unable or unwilling to return to, and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of, that country *because of persecution or a well-founded fear of persecution* on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion»²⁵⁹.

Con questa nuova definizione gli Stati Uniti portavano a compimento ciò che sarebbe dovuto essere realizzato circa dodici anni prima, quando la ratifica del Protocollo del 1967 avrebbe loro imposto di adeguare il loro ordinamento interno alla normativa internazionale in materia di rifugiati, proprio a partire dalla definizione adottata. Gli elementi contenuti nella nuova definizione americana ripercorrono pedissequamente quelli già presenti nella Convenzione del 1951²⁶⁰.

²⁵⁸ Public Law 96-212, Title I, Sec. 101, lett. b)

²⁵⁹ Amendment of Sec. 101 (a) of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101(a))

²⁶⁰ Quindi basicamente contiene i classici due elementi che definiscono a livello internazionale un rifugiato: la circostanza di trovarsi al di fuori del proprio paese d'origine

L'unico elemento di sostanziale diversità degno di una breve notazione teorica è, rispetto ai motivi che fanno scattare la protezione internazionale, il ridondante richiamo (evidenziato in corsivo nella definizione) all'elemento oggettivo della "persecuzione" (avvenuta in passato) e a quello più soggettivo di un "ben fondato timore di persecuzione" (che essa possa accadere nuovamente in futuro), posti in un rapporto di alternatività attraverso la disgiuntiva "or", come se, in effetti, si sentisse la necessità di distinguere i due concetti. Sul piano teorico possiamo ricavarne un'importante considerazione, ossia la previsione di un tipo di protezione, tecnicamente sconosciuta alla Convenzione di Ginevra, che permetterebbe al richiedente di veder riconosciuta la sua richiesta non solo qualora dovesse dimostrare la possibilità di un rischio sostanziale di persecuzione *pro futuro* (elemento della *well founded fear*), ma anche qualora dovesse semplicemente dimostrare di aver subito persecuzione in passato, ma di non temerne in futuro (elemento della *persecution*)²⁶¹.

In realtà, seppur molto rilevante da un punto di vista teorico, non ci sembra che questa interpretazione sia troppo coerente con le successive previsioni del *Refugee Act* che garantiscono al Procuratore generale il potere discrezionale di revocare la concessione d'asilo qualora ritenga che «the alien is no longer a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A) owing to a change in circumstances in the alien's country of nationality» (corsivi aggiunti). Da una simile previsione si evince infatti come, per la normativa americana, un rifugiato possa perdere il suo *status* qualora le condizioni del suo paese d'origine diventino meno suscettibili di poter ragionevolmente far temere una eventuale persecuzione (futura). È evidente che, se davvero la protezione venisse concessa basandosi su elementi di una persecuzione passata, senza riguardo per un possibile timore futuro (come invece fa la Convenzione di Ginevra), una simile previsione perderebbe di senso, in quanto evidentemente, un mutamento nelle condizioni del Paese non potrebbe far venir meno gli elementi di una persecuzione avvenuta in precedenza²⁶².

o di residenza abituale e non potersi più avvalere della protezione dello stesso; un ben fondato timore di persecuzione motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale.

²⁶¹ Cfr. FULLERTON (2014:159-160).

²⁶² Un altro elemento di diversità rispetto alla Convenzione di Ginevra interessante dal punto di vista teorico e desumibile dalla definizione, è la concreta possibilità di ammettere un rifugiato che non si trovi di fatto fuori dal suo paese di origine o residenza abituale, quindi che non abbia attraversato alcuna frontiera internazionale. Benché un istituto

Come nella struttura del tempio greco, tanto cara all'architettura neoclassica di Washington²⁶³, lo stilobate rappresenta la base su cui si innestano le colonne portanti dell'intera struttura, così, allo stesso modo, le solide fondamenta fornite dalla nuova definizione di rifugiato rappresentano la comune base d'appoggio delle tre colonne che vanno a sorreggere l'intero impianto del rifugio americano. Queste tre colonne sono: il c.d. *Overseas Refugee Admission Program*, l'*Asylum Procedure*, il principio di *non-refoulement*. Vediamole una per una.

2.2 La prima colonna: l'*Overseas Refugee Admission Program*

Il primo elemento che andiamo ad analizzare è il fiore all'occhiello del sistema di protezione americano, e viene disciplinato nella sezione 207 del testo della normativa²⁶⁴. In breve, il programma si occupa dei richiedenti che, in fuga dai loro paesi d'origine o residenza abituale, si trovino al di fuori del territorio degli Stati Uniti. In questo caso, se soddisfatta anche la condizione del ben fondato timore di persecuzione, la normativa statunitense definisce queste persone come *refugees*, in modo che esse possano entrare a far parte del programma di riallocazione all'interno degli Stati Uniti (nella dizione inglese, *Refugee Resettlement Program*).

Un simile programma non era certo una novità. Ciò che cambiava era invece la previsione di una procedura sistematica e coerente per determinare il numero e i paesi d'origine di simili ammissioni, ponendo adesso al centro delle considerazioni dei *policy makers* non più la discriminante strategico-politica, ma quella umanitaria prevista dalla nuova definizione. Il nuovo programma aumentava sensibilmente la quota annuale (*annual ceiling*)²⁶⁵ di rifugiati ammessi negli Stati Uniti, portandola da 17,500 a 50,000, e stabiliva che, a partire dal 1982, tale quota

numericamente e tecnicamente residuale (infatti può risultare estremamente difficile per un richiedente riuscire ad effettuare una domanda all'interno di paesi dove sono perseguitati), esso rappresenta un'altra rilevante diversità rispetto al sistema previsto dalla normativa internazionale. Cfr. KERWIN in JMHS Volume 3 Number 2 (2015), 24 e ss.

²⁶³ Cfr. *Capitol Hill Neoclassical Architecture*, disponibile su www.aoc.gov; Michelle Goldchain, *The 15 Neoclassical buildings that Every D.C. Resident would Know*, April 29, 2015 disponibile su www.dc.curbed.com.

²⁶⁴ Public Law 96-212, Title II, Sec. 207.

²⁶⁵ Nello specifico, l'*annual ceiling* si riferisce a una soglia limite annuale di rifugiati che possono essere ammessi all'interno del programma. Quindi una tale soglia non deve essere necessariamente raggiunta, ma non può essere superata.

sarebbe stata determinata prima dell'inizio dell'anno fiscale dal Presidente in seguito a un'appropriata consultazione col Congresso²⁶⁶.

Come accennato in precedenza, una simile procedura consultiva²⁶⁷ era stata al centro del dibattito che vedeva gli oppositori della riforma seriamente preoccupati di non riuscire ad imporre un certo controllo parlamentare sulle future decisioni concernenti le ammissioni, timori fino a quel momento ben fondati nei decenni di utilizzo indiscriminato dell'istituto della *parole* da parte dei presidenti americani. Così adesso il Congresso, dopo che il Presidente abbia dato inizio alle consultazioni sulla quota annuale di visti da rendere disponibili per il programma, terrà una seduta parlamentare per prendere visione e dibattere la proposta presidenziale²⁶⁸. Lo stesso dicasi per quelle decisioni che il Presidente

²⁶⁶ «(1) Except as provided in subsection b), the number of refugees who may be admitted under this section in fiscal year 1980, 1981, or 1982, may not exceed fifty thousand unless the President determines, before the beginning of the fiscal year and after appropriate consultation (as defined in subsection (e)), that admission of a specific number of refugees in excess of such number is justified by humanitarian concerns or is otherwise in the national interest. (2) Except as provided in subsection b), the number of refugees who may be admitted under this section in any fiscal year after fiscal year 1982 shall be such number as the President determines, before the beginning of the fiscal year and after appropriate consultation, is justified by humanitarian concerns or is otherwise in the national interest». Ibid. subsection a).

²⁶⁷ La procedura in parola viene considerata tanto fondante da venire specificata nei minimi dettagli nella Sezione 207, lett. e): «For purposes of this section, the term appropriate consultation means, with respect to the admission of refugees and allocation of refugee admissions, discussions in person by designated Cabinet-level representatives of the President with members of the Committees on the Judiciary of the Senate and of the House of Representatives to review the refugee situation or emergency refugee situation, to project the extent of possible participation of the United States therein, to discuss the reasons for believing that the proposed admission of refugees is justified by humanitarian concerns or grave humanitarian concerns or is otherwise in the national interest, and to provide such members with the following information: (1) A description of the nature of the refugee situation. (2) A description of the number and allocation of the refugees to be admitted and an analysis of conditions within the countries from which they came. (3) A description of the proposed plans for their movement and resettlement and the estimated cost of their movement and resettlement. (4) An analysis of the anticipated social, economic, and demographic impact of their admission to the United States. (5) A description of the extent to which other countries will admit and assist in the resettlement of such refugees. (6) An analysis of the impact of the participation of the United States in the resettlement of such refugees on the foreign policy interests of the United States. (7) Such additional information as may be appropriate or requested by such members. To the extent possible, information described in this subsection shall be provided at least two weeks in advance of discussions in person by designated representatives of the President with such members».

²⁶⁸ «d) (3)(A)After the President initiates appropriate consultation prior to making a determination under subsection (a), a hearing to review the proposed determination shall

dovesse intraprendere nel corso dell'anno finanziario per far fronte ad una “unforeseen emergency refugee situation”²⁶⁹. Questa seconda previsione, che permette al Presidente di ammettere un numero aggiuntivo di soggetti che dovessero risultare di “special humanitarian concern or otherwise in the national interest” per gli Stati Uniti, costituisce di fatto una clausola di flessibilità analoga alla *parole authority*, con la rilevante differenza che adesso anche questa procedura avrebbe visto la rilevante partecipazione del Congresso²⁷⁰. In verità la nozione dello *special humanitarian concern* accomuna entrambe le procedure, sia quella di determinazione dell'*annual ceiling*, che quella di emergenza, venendo a costituire il nocciolo umanitario dei nuovi criteri di ammissione, in sostituzione al vecchio criterio geografico e politico che aveva reso possibile quella tendenza che abbiamo definito come “rifugio strategico”.

2.3 La seconda colonna: l'Asylum Procedure

La seconda colonna che sorregge il grande tempio del rifugio americano è il programma di asilo che si riferisce nello specifico a tutti coloro che, a differenza dei c.d. *refugees*, si trovino alle frontiere o all'interno del territorio statunitense. In questo caso, se essi soddisferanno la definizione di rifugiato contenuta nella normativa americana, verranno definiti *asylees*²⁷¹. A differenza del programma di riallocazione dei rifugiati

be held unless public disclosure of the details of the proposal would jeopardize the lives or safety of individuals». Public Law 96-212, Title II, Sec. 207».

²⁶⁹ «d) (3)(B)After the President initiates appropriate consultation prior to making a determination, under subsection b), that the number of refugee admissions should be increased because of an unforeseen emergency refugee situation, to the extent that time and the nature of the emergency refugee situation permit, a hearing to review the proposal to increase refugee admissions shall be held unless public disclosure of the details of the proposal would jeopardize the lives or safety of individuals». *Ibid.*

²⁷⁰ b) «If the President determines, after appropriate consultation, that (1) an unforeseen emergency refugee situation exists, (2) the admission of certain refugees in response to the emergency refugee situation is justified by grave humanitarian concerns or is otherwise in the national interest, and (3) the admission to the United States of these refugees cannot be accomplished under subsection (a), the President may fix a number of refugees to be admitted to the United States during the succeeding period (not to exceed twelve months) in response to the emergency refugee situation and such admissions shall be allocated among refugees of special humanitarian concern to the United States in accordance with a determination made by the President after the appropriate consultation provided under this subsection». *Ibid.*

²⁷¹ «a) The Attorney General shall establish a procedure for an alien physically present in the United States or at a land border or port of entry, irrespective of such alien's status, to apply for asylum, and the alien may be granted asylum in the discretion of the Attorney

oltreoceano, la procedura prevista per l'asilo non prevede soglie limite di ammissione, quindi un numero indeterminato di *asylees* può essere teoricamente ammesso. Tuttavia, esistono altre rilevanti limitazioni. Nello specifico, una volta ottenuto lo *status* di *asylee*, al rifugiato è richiesto di presentare la domanda di *adjustment to legal permanent status (LPR)*, ma solo dopo che sia trascorso almeno un anno dall'ottenimento dell'asilo; chi non dovesse farlo

«[...] shall, at the end of such year period, return or be returned to the custody of the Service for inspection and examination for admission to the United States as an immigrant in accordance with the provisions of sections 235,236, and 237»²⁷².

Il problema in questo senso è che la procedura di passaggio all'LPR incontra dei limiti annuali ben precisi, fissati dal *Refugee Act* a soli 5,000 per anno fiscale²⁷³, in seguito aumentati a 10,000 a partire dall'*Immigration Act* del 1990. Sarà infatti proprio nel corso degli anni '90, con il riaprirsi della crisi dei rifugiati cubani e haitiani, che lo strumento dell'asilo negli Stati Uniti comincia a diventare centrale, considerato che fino a quel momento era stato il *resettlement program* a gestire la grandissima parte degli ingressi negli Stati Uniti. Così, con l'aumentare delle richieste e dei numeri, aumentarono anche gli sbarramenti: a partire dall'IIRIRA del 1996, venne introdotto il limite di un anno dall'arrivo nel paese entro il quel il richiedente avrebbe dovuto presentare la sua domanda di asilo, pena, il c.d. *expedited removal*, progettato per espellere gli immigrati irregolari sprovvisti di documentazione. Questo causerà una grave voragine nella nuova vocazione umanitaria che avrebbe dovuto ispirare il testo del 1980²⁷⁴.

General if the Attorney General determines that such alien is a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A)». Public Law 96-212, Title II, Sec. 208.

²⁷² Public Law 96-212, Title II, Sec. 209, subsection a)(1)(C).

²⁷³ «Not more than five thousand of the refugee admissions authorized under section 207(a) in any fiscal year may be made available by the Attorney General, in the Attorney General's discretion and under such regulations as the Attorney General may prescribe, to adjust to the status of an alien lawfully admitted for permanent residence the status of any alien granted asylum who (1) applies for such adjustment, (2) has been physically present in the United States for at least one year after being granted asylum, (3) continues to be a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A) or a spouse or child of such a refugee, (4) is not firmly resettled in any foreign country, and (5) is admissible (except as otherwise provided under subsection (c)) as an immigrant under this Act at the time of examination for adjustment of such alien». Ibid. subsection b).

²⁷⁴ Al riguardo cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4

2.4 La terza colonna: il principio di non-refoulement

L'ultima colonna chiamata a sorreggere l'impianto della normativa prevista dal *Refugee Act* è la disposizione interna che non fa altro che attuare il principio di *non-refoulement* internazionalmente garantito dalla Convenzione di Ginevra nell'ordinamento americano. Il testo della disposizione²⁷⁵ non aggiunge né omette nessun elemento particolarmente significativo rispetto all'art. 33 della Convenzione e, anche nella previsione delle eccezioni al divieto in questione, si limita sostanzialmente a recepire quanto già previsto rispettivamente nell'art. 33 par. 2 e nell'articolo 1F della suddetta Convenzione²⁷⁶. Se si analizzano infatti le varie fattispecie che secondo il *Refugee Act* legittimano l'espulsione o il respingimento, si vede immediatamente come le varie lettere della disposizione (A, B, C, D)²⁷⁷ corrispondano ciascuna a una previsione contenuta o nell'art. 33. par. 2 o, nel meno garantista art. 1F. Nello specifico, le lettere (A) e (C) corrispondono sostanzialmente alle eccezioni contenute nell'art. 1F²⁷⁸, col riferimento al compimento di crimini contro l'umanità o comunque contrari allo spirito e alla lettera della

²⁷⁵ «h)(1)The Attorney General shall not deport or return any alien (other than an alien described in section 241(a)(19)) to a country if the Attorney General determines that such alien's life or freedom would be threatened in such country on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion». Public Law 96-212, Title II, Sec. 243.

²⁷⁶ Sulla disciplina del principio di non-refoulement nel testo della Convenzione di Ginevra, cfr. Parte I, cap. 4, par. 4.3.

²⁷⁷ «h)(2) Paragraph (1) shall not apply to any alien if the Attorney General determines that (A) the alien ordered, incited, assisted, or otherwise participated in the persecution of any person on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion; (B) the alien, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of the United States; (C) there are serious reasons for considering that the alien has committed a serious non-political crime outside the United States prior to the arrival of the alien in the United States; or (D) there are reasonable grounds for regarding the alien as a danger to the security of the United States». Public Law 96-212, Title II, Sec. 203.

²⁷⁸ L'art. 1F della Convenzione recita: «The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that: (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes; (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee; (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations».

Convenzione²⁷⁹; al contrario, le restanti lettere (B) e (D) corrispondono alle disposizioni contenute nell'art. 33 par. 2²⁸⁰.

Se si ricorda quanto detto nella prima parte di questo lavoro²⁸¹ circa le maggiori o minori garanzie fornite dalle due disposizioni, si capirà meglio come sostanzialmente gli Stati Uniti sarebbero potuti andare verso entrambe le direzioni. Il fatto che essi abbiano scelto di interpretare il principio di *non-refoulement* appoggiandosi molto più alle meno garantiste disposizioni dell'art. 1F (per cui bastano delle “serious reasons for considering”) piuttosto che sul più garantista art. 33 par. 2 (che richiede invece “reasonable grounds” e un “final judgment”) risulta soltanto da una scelta di natura politica.

Gli Stati Uniti si sono difatti contraddistinti per un atteggiamento fortemente intransigente nel garantire il principio in questione, ritenendo che esso non si applichi semplicemente a quei rifugiati che riescano a provare un ben fondato timore di persecuzione, ma piuttosto solo a coloro che possano sostenere uno *standard of proof* più elevato, riuscendo quindi a dimostrare che la loro stessa vita verrebbe minacciata qualora venissero espulsi o respinti verso il proprio paese d'origine. La stessa Corte Suprema si è pronunciata al riguardo nel caso *INS v. Stevic*²⁸², giungendo alla conclusione che solo chi avesse potuto soddisfare un simile standard più elevato avrebbe avuto il diritto di ottenere la c.d. *restriction on removal*, il corrispettivo americano del *non-refoulement*²⁸³.

A funestare le garanzie teoricamente riconosciute ai rifugiati da un simile principio si aggiungono poi le restrittive previsioni che, dopo l'11

²⁷⁹ La lett. A della disposizione del Refugee Act si concentra invece specificamente su eventuali atti persecutori compiuti dallo stesso richiedente, disposizione, come abbiamo visto in precedenza, fortemente voluta in origine da Liz Holtzman. Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.5.

²⁸⁰ Art. 33 par. 2: «The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country».

²⁸¹ Cfr. Parte I, cap. 4, par. 4.3.

²⁸² *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984)

²⁸³ In verità la Corte ha poi superato questo giudizio solo tre anni più tardi nel caso *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), nel quale ha decretato che lo standard della “credible fear of persecution” fosse uno standard più elevato rispetto al “well founded fear” previsto dal Protocollo del 1967. In questo senso, al fine di ottenere la *restriction on removal*, la sezione 243(h) dell'INA «does not require an alien to show that it is more likely than not that he will be persecuted in order to be classified as a “refugee”». *Ibid.* at 438.

settembre 2001, hanno cercato di rafforzare la sicurezza dei cittadini americani a discapito della loro stessa libertà e umanità. Vedremo infatti più avanti come previsioni legislative quali il Patriot Act del 2001 e il Real ID Act del 2005 che hanno sostanzialmente esteso la categorizzazione delle organizzazioni terroristiche, fino a ricomprendervi gruppi disorganizzati di anche solo due persone (le c.d. Tier III organizations), e allo stesso tempo imposto una normativa stringente sul supporto materiale al terrorismo, abbiano ulteriormente ristretto le possibilità per i rifugiati di non vedersi indiscriminatamente respinti verso territori dove potrebbero essere sottoposti a persecuzione.

3. Dal testo alla storia. L'applicazione pratica del *Refugee Act*.

3.1 Nuovo vestito, vecchi costumi: una nuova legge per un'antica strategia

Il 7 luglio 1980 il *National Law Journal* titolava: “Carter helps Refugee Law Flunk 1st Test”²⁸⁴. Il giornale alludeva alla gestione della crisi dei rifugiati del porto di Mariel (*Mariel Boatlift Crisis*) esplosa appena dopo l'approvazione del nuovo *Refugee Act*. Difatti, in seguito a una mossa strategica di Castro²⁸⁵ che annunciò che chiunque avesse voluto lasciare Cuba per recarsi negli Stati Uniti, avrebbe potuto farlo liberamente proprio dal porto di Mariel²⁸⁶, mentre per tutti gli anni '70 solo circa 180,000 cubani avevano fatto il loro ingresso negli Stati Uniti²⁸⁷, nei soli mesi che andarono da aprile a settembre, circa 130,000 richiedenti asilo cubani arrivarono nel paese²⁸⁸. In maggio il Presidente Carter mostrò subito la massima disponibilità nel concedere protezione ai nuovi esuli cubani:

«We'll continue to provide an open heart and open arms to refugees seeking freedom from Communist domination and from the economic deprivation brought about primarily by Castro and his government»²⁸⁹

In questo senso, la novità era che nello spirito del Presidente Carter, particolarmente ingentilito dalla dura campagna elettorale contro il repubblicano Ronald Reagan, una simile protezione sarebbe dovuta essere estesa anche ai rifugiati Haitiani, che sin dal 1972, come abbiamo visto²⁹⁰, erano stati soggetti a un rigoroso programma di interdizione e

²⁸⁴ A. KLEMENT, *Carter Helps Refugee Law Flunk 1st Test*, The National Law Journal, July 7, 1980, p. 1.

²⁸⁵ Come accennato nei capitoli precedenti Castro utilizzò spesso una politica migratoria particolarmente liberale al fine di permettere agli oppositori politici di lasciare il paese, ottenendo così una diminuzione della tensione sociale (cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.4). In questo caso, come vedremo, l'obiettivo parallelo era anche quello di mettere in concreta difficoltà gli Stati Uniti.

²⁸⁶ DANIELS (2005: 205-206).

²⁸⁷ BON TEMPO (2008: 179).

²⁸⁸ Sulla crisi dei rifugiati Cubani del porto di Mariel vedi LOESCHER & SCANLAN 1987, 170 e ss.; ZUCKER & ZUCKER (1996: 44 e ss.); BON TEMPO (2008: 179 e ss.)

²⁸⁹ M. SCHRAM, C. R. BABCOCK, *President Moves to Halt Illegal Cuban Boatlift*, The Washington Post, May 15, 1980.

²⁹⁰ Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.4

respingimento e che, proprio in quegli anni, stavano ricominciando ad arrivare in massa sulle coste statunitensi²⁹¹.

Il Presidente Carter aveva tuttavia questa volta intenzione di creare un sistema ordinato ed efficiente di ammissioni²⁹² che avrebbe permesso agli Stati Uniti di affrontare la nuova crisi tenendo conto delle previsioni del nuovo *Refugee Act*. Ma in questo caso, sostenere che tra il dire e il fare, ci fosse di mezzo il mare, non era soltanto un modo di dire. Il sistema di asilo americano, che come abbiamo visto era stato progettato per gestire un numero estremamente esiguo di *asylees*²⁹³, venne sommerso da una mole di 800,000 migranti nel solo 1980 (di cui, oltre i cubani, un ingente numero di Indocinesi, Nicaraguegni, Iraniani e Salvadoregni). L'amministrazione Usa, impreparata e contemporaneamente impegnata in questioni di massima rilevanza internazionale²⁹⁴, operò una risposta quanto mai improvvisata e incoerente.

²⁹¹ Solo nel 1980 quasi 12,000 esuli haitiani sbarcarono sulle coste americane. Raymond Morris, direttore distrettuale INS a Miami, attribuiva questo nuovo incremento alla trasmissione di informazioni ad Haiti che lo stesso INS fosse stata ordinata di adottare una politica maggiormente permissiva nei confronti dei rifugiati haitiani, agendo questa notizia come un vero e proprio "magnete". Cfr. U.S. Congress, Joint Select Commission on Immigration and Refugee Policy, *Miami Regional Hearings*, 1980, p. 18, unpublished, on file at Center for Civil and Human Rights, University of Notre Dame, Notre Dame, Indiana. Ma le motivazioni più importanti stavano sicuramente nell'ulteriore peggioramento delle condizioni socio-politiche del paese. Un rapporto sui diritti umani condotto dal Dipartimento di stato americano concludeva: «There were no institutional changes favoring political liberalization, [...] and if anything, the ability of Haitian citizens to express political views declined in 1979». Cfr. U.S. Congress House Committee on International Relations and Senate Committee on Foreign Relations, *Country Reports on Human Rights Practices*, submitted by the Department of State, February 5, 1980, p. 341.

²⁹² Il progetto prendeva il nome di *Orderly Departure Program* e prevedeva di analizzare e qualificare le richieste al fine di concedere l'asilo solamente ai soggetti "qualificati" ad ottenerlo. Con le parole del Presidente: «We are ready to start an airlift and a sealift for these screened and qualified people to come to our country and for no other escapees from Cuba». Current Policy No. 183, Washington, D.C.: U.S. Department of State, Bureau of Public Affairs, May 14, 1980.

²⁹³ Al riguardo Arnold H. Leibowitz sottolinea come la procedura d'asilo creata dal *Refugee Act*, fosse estremamente lenta e tortuosa, prevedendo diversi gradi di giudizio e appelli, tanto da rendere impossibile una rapida aggiudicazione dei casi. Se a ciò si aggiunge il basso numero garantito di passaggi annuali dallo status di *asylee* al *Legal Permanent Status* (soli 5,000) si capisce come un simile sistema non potesse essere in grado di far fronte a qualsivoglia tipo di emergenza. Cfr. LEIBOWITZ (1983: 169 e ss.).

²⁹⁴ Alla fine del 1979 gli Stati Uniti dovettero far fronte alla crisi degli ostaggi dell'ambasciata americana di Teheran, nonché all'invasione sovietica dell'Afghanistan.

Alle iniziali dichiarazioni di apertura e sostegno a quella che dai media veniva definita una “*freedom flotilla*” impegnata in un grande viaggio verso la libertà, fecero seguito i dubbi e i sospetti dell’amministrazione, specialmente quando cominciò a diffondersi la notizia che in realtà una buona parte dei c.d. *Marielitos* non erano altro che la feccia della società cubana che Castro aveva spinto a lasciare il paese²⁹⁵. Così se pochi giorni prima del discorso dell’“open heart and open arms” Carter aveva ordinato alla Guardia costiera americana di assumere un ruolo principale nello scortare le imbarcazioni dei rifugiati cubani fino alle coste statunitensi, sole poche settimane più tardi, la stessa Guardia costiera quel ruolo centrale lo assunse all’interno di un programma di interdizione degli sbarchi non autorizzati. Nonostante ciò, l’emergenza era ormai fuori controllo ed era ormai evidente che qualsiasi strumento di programmazione, compreso l’utilizzo delle previsioni della procedura d’asilo ex Sec. 208 del *Refugee Act*, non sarebbero mai potute essere utilizzate.

Così, nonostante la proposta del senatore E. Kennedy di riportare la questione sotto le procedure previste dal *Refugee Act*²⁹⁶, la Casa bianca scelse di agire al di fuori delle previsioni dell’atto, ricorrendo nuovamente al consueto approccio *ad hoc* garantito dalla *parole authority*, e in pratica, ammettendo indiscriminatamente tutti i rifugiati cubani e haitiani sotto la comune denominazione di “*Cuban-Haitian entrant*”²⁹⁷ al fine di sfuggire di fatto alle procedure legate alla determinazione dello *status* di *refugees* o *asylees* previste dalle disposizioni dello stesso *Refugee Act*. In questo senso, la nuova veste indossata dal sistema del rifugio americano non fu immediatamente sufficiente a modificarne gli antichi costumi,

²⁹⁵ In effetti, gli studi condotti dall’INS mostrarono che circa il 20% degli esuli cubani di quel periodo erano stati in carcere, di cui il 70% condannati per reati di droga e altri reati minori. Inoltre venne fuori che circa 600 *Marielitos* soffrivano di patologie mentali e 1500 erano omosessuali. Insomma, nella stampa e nell’opinione pubblica si venne creando la convinzione che Castro avesse permesso ai peggiori elementi della società cubana di approdare nei porti statunitensi. Cfr. BACH (1980, 40); PEDRAZA-BAILEY (1985, 4-34).

²⁹⁶ Al riguardo il senatore E. Kennedy, considerata l’impossibilità di affrontare la crisi attraverso le previsioni dell’Asylum Procedure, propose di considerare la questione come una “foreign refugee situation”, il che avrebbe permesso al Presidente, dopo appropriate consultazioni col congresso, di stabilire un concreto ammontare di visti disponibili seguendo la medesima procedura del *Refugee Resettlement Program* prevista dal *Refugee Act*. Cfr. ZUCKER & ZUCKER (1996: 57).

²⁹⁷ Announcement of Victor H. Palmieri, U.S. Coordinator of U.S. Refugee Affairs, June 20, 1980.

pregiudicando il corretto utilizzo delle previsioni dell'atto per tutti gli anni '80.

3.2 *Special Humanitarian Concern Vs National Interest: gli anni di Reagan*

Durante i dibattiti parlamentari che portarono all'approvazione del *Refugee Act*, si determinò che i *refugees* e gli *asylees* sarebbero dovuti risultare di uno “special concern to the United States” al fine di poter ottenere lo *status* richiesto. In seguito, gli ufficiali del Dipartimento di Stato americano, intervenuti a parlare in aula, suggerirono che una simile dizione avrebbe potuto ben far preferire quei rifugiati che avessero avuto particolari legami con gli Stati Uniti, sia politici, che storico-culturali, perpetrando quel linguaggio discriminatorio la cui eliminazione era stata alla base della riforma in discussione al Congresso.

Così, nella versione del testo redatta dalla *House of Representatives* (che fu poi quella ad essere adottata), la dizione venne sostituita con “special humanitarian concern”, proprio a rendere quanto più possibile inequivocabile il nuovo spirito che avrebbe dovuto animare l'atto. Così, in quella circostanza, l'*House Committee Report* enfatizzò «that the plight of refugees themselves as opposed to national origins or political considerations should be paramount in determining which refugees are to be admitted to the United States»²⁹⁸.

A dire il vero, lo *special humanitarian concern* non fu propriamente lasciato da solo a formare il “centerpiece of the legislation”, come lo definisce Anker²⁹⁹. Difatti, la sezione 207, sottosezione a) del *Refugee Act*, ai suoi punti 1), 2) e 3)³⁰⁰ che indica quanti e quali rifugiati possano essere

²⁹⁸ H.R. Rep. No.608, 96th Cong., 1st Sess., 1979, 13.

²⁹⁹ ANKER (1983: 161).

³⁰⁰ Sec. 207 (a)(1) Except as provided in subsection b), the number of refugees who may be admitted under this section in fiscal year 1980, 1981, or 1982, may not exceed fifty thousand unless the President determines, before the beginning of the fiscal year and after appropriate consultation (as defined in subsection (e)), that admission of a specific number of refugees in excess of such number is justified by humanitarian concerns or is otherwise in the national interest. (2) Except as provided in subsection Ob), the number of refugees who may be admitted under this section in any fiscal year after fiscal year 1982 shall be such number as the President determines, before the beginning of the fiscal year and after appropriate consultation, is justified by humanitarian concerns or is otherwise in the national interest. (3) Admissions under this subsection shall be allocated

ammessi sotto il *Refugee Resettlement Program*, accompagna sempre una tale nozione con quella alternativa del “national interest”: in altre parole, l’ammissione di rifugiati sotto tale sezione «is justified by humanitarian concerns or is otherwise in the national interest». È evidente come, anche nella più assoluta buona volontà umanitaria, gli Stati Uniti non resistettero alla tentazione di inserire l’elemento, in verità ben poco umanitario, del proprio interesse nazionale all’accoglienza³⁰¹.

Una tendenza che, come rilevato nei capitoli precedenti, avrebbe potuto in verità svilupparsi nell’una o nell’altra direzione, ossia verso un’interpretazione più prettamente umanitaria, o al contrario, verso una prediligente i vecchi interessi nazionali ideologico-politici. La deviazione verso questa seconda via, non sarebbe stata altro che un ritorno al passato. E un ritorno al passato fu esattamente quello che si verificò negli otto anni di politiche migratorie dell’amministrazione Reagan.

Le prime parole pronunciate dal Presidente al momento dell’accettazione della nomina repubblicana furono una curiosa manifestazione di pensiero inverso:

«Can we doubt that only a Divine Providence placed this land, this island of freedom here as a refuge for all those people who yearn to breathe free? Jews and Christians enduring persecution behind the Iron Curtain; the boat people of Southeast Asia, Cuba, and of Haiti; the victims of drought and famine in Africa; the freedom fighters in Afghanistan»³⁰².

Egli diceva tutto ciò che in realtà non aveva alcuna intenzione di fare nei confronti dei rifugiati, o almeno, per quelli che non avevano niente a che vedere con i regimi comunisti. Quelle parole sembravano tracciare un percorso univoco e umanitario, dentro al quale tutti coloro che avessero avuto bisogno di protezione internazionale, avrebbero potuto trovare negli Stati Uniti, un rifugio sicuro e senza discriminazioni. Ma una volta salito al potere, il Presidente repubblicano non ci mise molto a palesare la sua forte volontà di trasformare il *Refugee Act* e i suoi programmi di

among refugees of special humanitarian concern to the United States in accordance with a determination made by the President after appropriate consultation.

³⁰¹ Da notare come, anche quando, come al numero (3) della sopracitata sezione 207, si preveda solo la dizione “special humanitarian concern”, essa venga prontamente integrata dalle parole “to the United States”, come se l’interesse umanitario in quanto tale, e l’interesse umanitario “per gli Stati Uniti”, fossero due cose diverse, l’uno oggettivo, l’altro, a discrezione delle valutazioni statunitensi.

³⁰² Ronald W. Reagan, Acceptance Speech, Detroit, Michigan, July 17, 1980, reported in New York Times, July 18, 1980, p. 8.

riallocazione e asilo in mansueti strumenti della vecchia dottrina del rifugio strategico. Per riassumere l'approccio Reaganiano alla materia del rifugio bastano alcuni numeri. Con le parole di Arthur Helton:

«While the average approval rate for asylum applicants since 1980 has been about 25 percent, the rate for those applicants who fled from communist or communist-documented countries has traditionally been from 50 to 80 percent. Approval rates for certain nationalities, such as Haitians, Salvadorans or Guatemalans, have been disproportionately low, ordinarily from two or five percent»³⁰³.

Nel 1981 503 haitiani e 5,510 salvadoregni presentarono le loro domande, e di queste ne furono accettate rispettivamente 5 e 2³⁰⁴. Nel 1983, 375 haitiani e 13,370 salvadoregni chiesero asilo negli Stati Uniti, e di questi, 23 haitiani e 328 salvadoregni furono accolti³⁰⁵. Coloro che dal Guatemala tentarono di entrare negli Stati Uniti passando per il Messico, non ottennero un trattamento migliore e vennero deportati a migliaia³⁰⁶. Viceversa nell'anno fiscale 1984-1985 dei 70,000 posti disponibili sotto il *Refugee Resettlement Program*, 64,000 vennero assegnati a rifugiati provenienti da Unione Sovietica, Europa dell'Est, Indocina comunista, Cuba e Afghanistan³⁰⁷.

Così, mentre per i soggetti in fuga da paesi ex comunisti, per tutti gli anni '80 una semplice "fear of persecution" sarebbe ben potuta essere sufficiente per ottenere l'ammissione negli Stati Uniti, per coloro che provenivano da altri regimi, specialmente quelli autoritari dell'America centrale che collaboravano apertamente col governo statunitense, una "well founded fear of persecution" avrebbe continuato ad essere solo un titolo valido per vedersi negato l'ingresso³⁰⁸.

«From 1981 until 1990, 94.6 per cent of refugees came from communist or Middle Eastern countries. This was due in part to the Bush and Reagan Administrations'

³⁰³ HELTON (1990: 70)

³⁰⁴ INS Report: Asylum Applications for Fiscal Year 1982. Cfr. KURZBAN 1982, 873.

³⁰⁵ LOESCHER & SCANLAN (1987: 193)

³⁰⁶ FERRIS (1984: 368-370)

³⁰⁷ COHODAS (1984: 3077)

³⁰⁸ Si noti la rilevante eccezioni degli esuli del Nicaragua, in fuga dalla rivoluzione Sandinista di stampo socialista. Tra il 1984 e il 1990 il sistema americano registrò 48,000 richieste da parte di nicaraguensi, 45,000 da salvadoregni e 9,500 da guatemalesi. A fronte di tali numeri, le percentuali di accoglimento furono estremamente sproporzionate: se il 26% delle richieste d'asilo nicaraguensi vennero approvate, solo il 2.6 e l'1.8 percento di quelle salvadoregne e guatemalesi furono accolte. RUSSELL in TEITELBAUM & WEINER (1995: 51).

application of the phrase “of humanitarian concern” to include those from communist systems, in particular Soviet Jews»³⁰⁹.

In quegli anni il c.d. *Haitian Program*, avviato nel 1978³¹⁰ per precludere agli haitiani la possibilità di trovare rifugio negli Stati Uniti, venne rinnovato e implementato con nuove misure. La *Task Force* istituita dal Presidente Reagan, non tanto per occuparsi di tematiche di asilo, quanto piuttosto «to establish a United States policy towards foreign persons who enter south Florida without visas»³¹¹, prevedeva ben tre opzioni per espellere o respingere gli haitiani. La prima misura reintroduceva, attraverso una *Procedural Reform*, le c.d. *asylum mass hearings*, ossia aggiudicazioni di massa che vedevano i casi di anche 30 haitiani alla volta decisi in una sola udienza, senza per altro garantire la presenza dei propri avvocati. In pratica, la *Procedural Reform* era un eufemismo per nascondere l'evidente negazione del diritto a un giusto processo³¹². La seconda misura prevedeva il ricorso alla detenzione dei richiedenti rinvenuti senza documenti. Tuttavia, questa seconda misura, accompagnata da controversi trasferimenti di haitiani verso strutture carcerarie in zone remote e desolate, non solo si rivelò costosa e inefficace, con migliaia di haitiani detenuti in condizioni di estremo disagio³¹³, ma venne più volte sanzionata dalle autorità giudiziarie statunitensi per la sua arbitrarietà e inumanità. In questo senso il giudice del caso *Louis v. Nelson*³¹⁴ definì tali pratiche

³⁰⁹ ZOLBERG (1995: 139).

³¹⁰ Da notare che l'Haitian Program non fu il solo rilevante programma di interdizione attuato dagli Stati Uniti negli anni '80. Infatti, a partire dal febbraio 1989, prese il via la c.d. Operation Hold the Line che, come riportò l'INS consisteva nella «cooperation with the Government of Mexico to stem the flow of Central America migrants through that country, including the establishment of checkpoints along transit corridors and the deportation of intercepted Central Americans». US Committee for Refugees (1991: 4).

³¹¹ GIBNEY & STOHL (1988: 163).

³¹² Cfr. ZUCKER & ZUCKER (1996: 74).

³¹³ Il carcere di Krome di Miami divenne il simbolo della sofferenza dei rifugiati haitiani, detenuti a migliaia in condizioni di scarsità di supporto e servizi di base. In base a un rapporto governativo infatti «the housing and services provided to the Haitian detainees were unsuitable for lengthy detention and did not meet long term needs». U.S. General Accounting Office, *Detention Policies Affecting Haitian Nationals*, Washington, D.C., June 16, 1983, p. 17.

³¹⁴ *Louis v. Nelson*, 544 F. Supp. 973 (S.D. Fla. 1982). Per altro il governo ricorse in appello contro tale decisione, ma il 12 aprile 1983 il giudice Kravitch, in una storica sentenza lunga 136 pagine, confermò la decisione di primo grado, rilevando uno “stark pattern of discrimination” contro i rifugiati haitiani negli Stati Uniti. Era per altro la prima volta nella storia giudiziaria americana che il governo federale veniva condannato per

«a human shell game in which the arbitrary Immigration and Naturalization Service has sought to scatter [Haitians] to locations that, with the exceptions of Brooklin are all in desolate, remote, hostile, culturally diverse areas, containing a paucity of available legal support and few, if any, Creole interpreters»

A fronte di simili problematicità e antipatiche interferenze giudiziarie, la *Task Force* governativa ritenne che forse, il miglior metodo per impedire agli haitiani di cercare rifugio nel Paese, senza incorrere in inutili costi e beghe giudiziarie, fosse quello di respingere i potenziali richiedenti quando ancora non avessero raggiunto le acque territoriali statunitensi, quindi, ancora in acque internazionali. Era opinione del governo infatti che, anche se gli Stati Uniti risultavano di fatto vincolati agli obblighi derivanti dal Protocollo del 1967, implementato nel loro ordinamento interno attraverso il *Refugee Act* del 1980, quest'ultimo non potesse trovare applicazione al di fuori del territorio statunitense. Il 23 settembre 1981 il governo degli Stati Uniti stipulò un accordo col governo autoritario di Duvalier «to stop the clandestine migration of numerous residents of Haiti to the United States and to the mutual desire of our two countries to cooperate to stop such illegal migration»³¹⁵.

Quello che in pratica veniva istituito era un «cooperative program of interdiction and selective return to Haiti of certain Haitian migrants and vessels involved in illegal transports of persons coming from Haiti»³¹⁶. Da quel momento, fino alla caduta del Presidente haitiano Jean-Bernard Aristide nel 1991, la Guardia costiera americana intercettò 443 imbarcazioni, respingendole verso Haiti. Dei 23,551 richiedenti haitiani intercettati, a soli 28 fu permesso di raggiungere la costa degli Stati Uniti e presentare la loro domanda³¹⁷.

Nel 1981 il senatore americano Alan K. Simpson³¹⁸, utilizzò un'espressione particolarmente significativa per descrivere lo spirito che caratterizzava il sistema di rifugio americano di quel periodo. Egli parlò di

discriminazione in base alla razza o alla nazionalità in un contesto non lavorativo. Cfr. *Jean v. Nelson*, 711 F.2d 1455 (11th Cir. 1983).

³¹⁵ Agreement on Interdiction of Haitian Immigration to the U.S., Sept. 23, 1981, U.S.-Haiti, 33 U.S.T. 3559.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ A Proposal to Establish a Temporary Refuge Scheme in the Caribbean Region for Refugees and Migration Emergencies, *Special Report*, Forced Migration Projects, Open Society Institute, New York, December 1995.

³¹⁸ Il senatore Simpson, come vedremo nel prossimo paragrafo, sarà uno dei maggiori propositori dell'IIRIRA del 1996.

“compassion fatigue”³¹⁹, una specie di spossatezza causata da un eccessivo compassionevole impegno. Questa sensazione, reale o percepita che fosse, accompagnò il sistema di rifugio americano per i successivi anni '90, con la conseguenza che finalmente le disparità di trattamento fra rifugiati in fuga da regimi comunisti (ad es. cubani) e non comunisti (ad es. haitiani) vennero definitivamente eliminate: entrambe le categorie vennero infatti sottoposte a un parificato regime di esclusione.

³¹⁹ Sen. Alan K. Simpson, Additional Views, in *Select Commission on Immigration and Refugee Policy*, U.S. Immigration Policy and the National Interest Report of the Select Commission on Immigration and Refugee Policy, Appendix B, 1981, p. 409.

3.3 Un inizio incoraggiante: la protezione temporanea e la protezione sussidiaria

L'inizio dell'ultimo decennio del millennio venne baciato da promettenti auspici. L'*Immigration Act* del 1990 infatti apportava alcune rilevanti modifiche al sistema migratorio americano, aumentandone la recettività e favorendo alcune categorie di migranti prima svantaggiate³²⁰. Ma, senza dubbio, la misura più importante che l'atto introdusse fu il c.d. *Temporary Protection Status* (TPS)³²¹, chiamato a integrare gli altri due *status* previsti dalla precedente normativa (*refugees* e *asylees*), rispondendo a una logica del tutto diversa. Esso, a differenza di quanto previsto dal *Refugee Act* e dalla stessa Convenzione di Ginevra, non viene infatti concesso su base individuale a coloro che possano dimostrare un ben fondato timore di persecuzione, bensì a tutti i «citizens of countries facing natural or human made crises»³²² e in generale a tutti coloro che corrano «risks to which a population of a country or a section of the population is generally exposed»³²³.

Questa misura venne storicamente impiegata per ammettere, su base temporanea (che non dovesse superare i 18 mesi), gli esuli salvadoregni fino a quel momento fortemente penalizzati nelle loro domande d'asilo. Tuttavia, sin da quando il Presidente Clinton estese un simile *status* (che sarebbe dovuto scadere nel giugno 1992) fino al dicembre del 1994, si cominciò sin da subito a porre il problema di una protezione che faceva

³²⁰ La quota annuale di migranti ammessi (non di rifugiati), venne aumentata a 675,000 e venne riformulato il sistema di preferenze migratorie per favorire le riunificazioni familiari e le migrazioni da paesi fino ad allora scarsamente rappresentati. Cfr. McBRIDE (1999: 4).

³²¹ Secondo l'*Immigration Act* del 1990, il segretario del Department of Homeland Security è autorizzato a designare determinati paesi quali suscettibili di applicazione del TPS quando: «(A) [T]here is an ongoing conflict within [a] state and, due to such conflict, requiring the return of aliens who are nationals of that state to that state (or to the part of the state) would pose a serious threat to their potential safety; or (B)(i) [T]here has been an earthquake, flood, drought, epidemic, or other environmental disaster in the state resulting in a substantial, but temporary, disruption of living conditions in the area affected; (ii) the foreign state is unable, temporarily, to handle adequately the return to the state of aliens who are nationals of the state; and (iii) the foreign state officially has requested the designation; or (C) [T]here exist extraordinary and temporary conditions in the foreign state that prevent aliens who are nationals of the state from returning to the state in safety, unless the Secretary finds that permitting the aliens to remain temporarily in the United States is contrary to the national interest of the United States». INA 1990, § 244(b)

³²² DÍAZ-BRIQUETS, (1995: 172).

³²³ BERGERON (2014: 116)

ricadere i soggetti che lo ottenevano in un una sorta di stato giudiziario sospeso. Difatti ancora oggi non esiste la possibilità per coloro che ottengano il TPS, a differenza di *refugees* e *asylees*, di ottenere un aggiustamento del loro *status* a quello di LPRs (*Lawful Permanent Residents*), prorogando spesso il loro visto temporaneo per anni, se non per decenni³²⁴.

Questa circostanza costringe i soggetti in questione a risiedere per anni negli Stati Uniti all'interno di "limbo giuridico"³²⁵ dentro al quale, a fronte di un trattamento da rifugiato *de facto*, non corrisponde poi la possibilità di ottenere le stesse garanzie legali di cui godono i rifugiati *de jure*³²⁶.

Nonostante le sue problematiche, una simile protezione è tuttavia estremamente rilevante, sia dal punto di vista umanitario³²⁷, che da quello giuridico, considerato che, come specificato nella prima parte di questo lavoro, i redattori della Convenzione di Ginevra preferirono omettere la parte di testo che, all'interno della definizione di rifugiato, avrebbe potuto estendere tale *status* anche a coloro che si fossero trovati a fuggire "for reasons other than personal interest"³²⁸.

Una simile lacuna nel testo della Convenzione, a fronte delle numerosissime emergenze umanitarie che provocano la partenza forzata di gran parte degli esuli del pianeta, venne per altro fortemente sentita anche

³²⁴ Già nel 1995 il problema era ben noto: «What happens when the AG [attorney general] extends TPS year after year rather than terminating the policy? Recipients of TPS begin to build their lives outside their country while still unsure whether the INS will eventually retract temporary protection. If the INS plans to continue extending TPS, then it should be recognized that dangerous conditions in the home country have not been of a temporary nature and that TPS recipients have built up equities in their respective communities. At some point, perhaps after TPS has been extended for a period of three years, the INS should have the flexibility to adjust their status». FRELICK & KOHNEN (1995: 357)

³²⁵ BERGERON (2014: 111-113)

³²⁶ «Unlike LPRs, for example, TPS holders may not sponsor family members for immigration to the United States.⁴⁴ They are also ineligible for most federal public benefits». SILVERMAN, JOAQUIN, AND KLAPEL (2010: 137)

³²⁷ Essa corrisponde infatti più o meno al permesso di soggiorno per motivi umanitari concesso qui in Italia dalla Questura in seguito alla raccomandazione della Commissione territoriale competente. Esso viene solitamente rilasciato (per una durata che oscilla dai 6 mesi ai 2 anni) a quegli individui che siano stati soggetti a conclamate crisi umanitarie come quelle derivanti da eventi naturali devastanti. Cfr. Meltingpot Europa, *Il permesso per motivi umanitari*, n.d., reperibile online.

³²⁸ Cfr. Parte I, cap. 3, par. 3.4

in Europa, laddove, a partire dal 2004³²⁹, venne prevista una forma di tutela alternativa, che prese il nome di “protezione sussidiaria”, e che, a differenza della TPS americana³³⁰, viene garantita su base individuale a chiunque possa dimostrare di non poter far ritorno in patria a causa di un “real risk of suffering serious harm”³³¹. La recente direttiva 2011/95/EU³³² ha poi innovato la materia, chiarificando da un lato il criterio individualizzato di assegnazione della protezione³³³, e dall’altro assicurando la parità di trattamento tra rifugiati e soggetti sotto protezione sussidiaria, garantendo a questi ultimi la possibilità, dopo 5 anni, di aggiustare il loro status di natura temporanea, in uno di natura permanente³³⁴.

Questa piccola digressione sulla protezione temporanea negli Stati Uniti e in Europa, appariva significativa per mostrare come l’evoluzione della legislazione internazionale in materia di asilo si sia orientata spesso in entrambe le direzioni, alternando cicli di espansione a momenti di contrazione³³⁵. Così, nonostante gli anni ’90 si aprirono con nuove speranze rispetto a una possibile svolta garantista degli Stati Uniti in

³²⁹ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, reperibile on-line.

³³⁰ La TPS, come abbiamo visto in questo paragrafo, viene garantita in base a un rischio che una “popolazione” o una parte di essa possa correre in patria. Cfr. *supra*.

³³¹ La direttiva europea definisce nello specifico tre tipologie di “serious harm”: (1) la pena di morte; (2) tortura e trattamenti inumani e degradanti; (3) una minaccia seria e individuale alla vita di un individuo a causa di una indiscriminata violenza scaturente da situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Cfr. FULLERTON (2011: 108)

³³² Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, reperibile on-line.

³³³ Al punto 35 delle premesse la direttiva dice: «[r]isks to which a population of a country or a section of the population is generally exposed do normally not create in themselves an individual threat which would qualify as serious harm».

³³⁴ «Long-term residents receive a status that is somewhat comparable to lawful permanent residence in the United States. They may move freely within the EU, they may renew their residency indefinitely, and they are generally treated on par with EU citizens for purposes of accessing education, labour markets, and social security». BERGERON (2014: 114).

³³⁵ Appariva inoltre necessaria nell’evidenziare come la ristrettezza della definizione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra, non sia rimasta su di un livello puramente teorico, ma sia stata di fatto avvertita dai due maggiori poli mondiali di accoglienza per i rifugiati (Stati Uniti ed Europa) e, di conseguenza, attenuata, tramite strumenti di garanzia interni più garantisti di quelli offerti dalla normativa internazionale.

materia di concessione del rifugio³³⁶, le attese non solo vennero ben presto tradite, ma addirittura ribaltate. Nel 1994, dopo i primissimi anni di tendenze liberalizzanti che portarono a un travolgente aumento delle ammissioni di quelle categorie di rifugiati prima apertamente frustrate dalle inique procedure di ammissione dell'INS³³⁷, si assistette a un irreversibile precipitare degli eventi che condusse, infine, all'adozione dell'*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA) del 1996.

3.4. Dall'esclusività all'esclusione. La svolta nel paradigma.

L'aumento dell'immigrazione, regolare e irregolare, favorita da leggi come l'*Immigration Act* del 1990, portarono presto a un *revival* dello spirito conservatore e esclusionista di molti americani. Il dibattito sulla c.d. Proposta 187, che caratterizzò in maniera sostanziale le elezioni governative e congressuali in California, venne portato avanti con estremo vigore dal suo maggiore propositore, il Governatore Pete Wilson, che vedeva nella garanzia ai migranti di usufruire del sistema educativo americano, non solo un enorme costo economico, ma anche un enorme "magnete" nei confronti di nuovi migranti. La campagna dei sostenitori della riforma, che in pratica prevedeva il divieto per tutti i migranti irregolari (quindi avrebbe ben potuto colpire anche i richiedenti asilo) di accedere non soltanto al sistema di istruzione americano, ma anche a quello sanitario³³⁸, assunse ben presto toni da crociata contro l'invasore.

³³⁶ Ciò non deve però fare dimenticare che programmi controversi come quello di interdizione degli Haitiani continuarono anche in questo periodo, nonostante concessero a un numero maggiore di haitiani di presentare le loro domande. Infatti la Guardia costiera degli Stati Uniti ha interdetto oltre 40,000 Haitiani nel periodo 1991-1992, inviandone 34,000 a Guantánamo Bay, dopo che un ordine esecutivo della corte aveva evitato il loro rimpatrio. Approssimativamente a 10,000 di essi venne garantito l'asilo e l'accesso negli Stati Uniti. (UNHCR, 1997b, p. 220).

³³⁷ Nel 1992 la percentuale di richieste approvate crebbe, in termini generali, dal 23.6% al 36.8%. In particolare: il tasso di approvazione per i salvadoregni aumentò di dieci volte, dal 2.8 al 28%, e lo stesso accadde per i guatemalesi (dal 2% al 21.1%); per gli haitiani l'aumento fu persino maggiore, passando da un tasso di approvazione dell'1.8% a uno del 30.6%. *Refugee Reports*, Vol.13, No.12, December 31, 1992, p.12.

³³⁸ In generale, la Proposta 187 avrebbe previsto che: «the enrolment in all public schools, colleges, and universities would be barred; parents or guardians of all school children would have to show legal residence and school administrators would have to report suspected illegal immigrants; nonemergency public health care, including pre-natal and post-natal services, would be denied to those who could not prove legal status; access to

Per costoro, la California “was becoming a third world state”, e l’arrivo di un così grande numero di migranti «have rapidly transformed once familiar communities into strange and dangerous places where English is heard less and less»; in definitiva, il fenomeno migratorio a cui si stava assistendo era «part of a reconquest of the American Southwest by foreign Hispanics»³³⁹. Inoltre: «if this [the proposal] doesn’t pass, the flood of illegal immigrants will turn into a tidal wave, and a huge neon sign will be lit up above the state of California that reads, ‘Come and get it’»³⁴⁰.

Similmente a quanto accadde per i controversi piani di detenzione e respingimento dei rifugiati haitiani a partire dalla fine degli anni ’70³⁴¹, anche in questo caso, il fronte giudiziario giocò dalla parte dei rifugiati, piuttosto che da quella governativa, ritenendo una simile proposta incostituzionale³⁴², lesiva dei diritti garantiti ai migranti dalla normativa americana e confliggente con un autorevole precedente della Corte suprema americana la quale, nel caso *Plyler v. Doe* (1982), aveva dichiarato che i bambini degli immigrati irregolari avevano diritto all’accesso al sistema educativo³⁴³. Simili prese di posizione da parte dei giudici, bloccarono effettivamente l’implementazione della Proposta 187, almeno fino a quando il varo dell’IRIRA, non diede nuovo spazio di manovra ai restrizionisti.

La nuova legge del 1996 maturò in due anni di pura euforia restrizionista. Nei soli sei mesi che seguirono al colpo di Stato che rovesciò il Presidente haitiano Aristide, la Guardia costiera americana intercettò oltre 38,000 haitiani. Nei tre anni successivi, i numeri crebbero ancora, fino a sfiorare le 70,000 intercettazioni³⁴⁴. Non riuscendo a pervenire entro breve termine

many state programmes which dealt with troubled youths, the elderly, the blind, and others with special needs would be cut off; law enforcement agencies would be required to cooperate fully with INS officials; and penalties for the sale and use of fraudulent documents were to be increased». Patrick McDonnell, *Prop. 187 Turns up Heat in US Immigration Debate*, The Los Angeles Times, August 10, 1997.

³³⁹ G. MARTINEZ and P. J. McDONNELL, *Prop. 187 Backers Counting on Message, Not Strategy*, The Los Angeles Times, 30 October 1994.

³⁴⁰ M. MILLER, *Proposition 187: Fund-Raiser by Supporters Draws 100 in Orange County*, The Los Angeles Times, October 29, 1994.

³⁴¹ Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.4. Parte III, cap. 3, par. 3.2.

³⁴² Si allude alle parole del giudice federale Mariana R. Pfaelzer che, in una decisione di 32 pagine dichiarò: «Proposition 187, as drafted, is not constitutional on its face». Patrick McDonnell, *Prop. 187 Found Unconstitutional by Federal Judge*, Los Angeles Times, November 15, 1997.

³⁴³ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 1982

³⁴⁴ Open Society Institute (1995: 3).

a un programma di rimpatrio immediato, moltissimi di costoro vennero detenuti nella base navale di Guantánamo la quale, alla fine del maggio 1992 «was at capacity and its water, electrical and sewage systems overburdened. Nearly 12,500 refugees were living in tents, some for more than six months»³⁴⁵. L'incapacità del sistema di asilo americano, a 12 anni dall'entrata in vigore del *Refugee Act* del 1980, di affrontare crisi di simile entità, portò a un netto cambio di paradigma.

Il 24 maggio 1992, dalla sua casa delle vacanze a Kennebunkport, nel Maine, il Presidente Bush emise un ordine esecutivo³⁴⁶ che autorizzava l'immediato rimpatrio di tutti gli haitiani intercettati senza procedere ad alcuna valutazione delle eventuali richieste d'asilo³⁴⁷. Contrariamente a quanto avvenuto in passato, questa volta l'azione governativa venne sorprendentemente avallata dal blasone di una celebre decisione della Corte suprema che, nel caso *Sale v. Haitian Centers Council*, pur riconoscendo in via di principio la contrarietà di tali disposizioni allo spirito dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra (attuato dalla sec. 243(h) del *Refugee Act*), ha ritenuto legittimi i respingimenti in alto mare dei rifugiati haitiani in virtù della natura extra-territoriale dei fatti accaduti³⁴⁸.

Il candidato democratico alla presidenza Bill Clinton spese in campagna elettorale parole molto dure nei confronti dei provvedimenti in questione.

«This [interdiction] process must not stand. It is a blow to the principle of first asylum and to America's moral authority in defending the rights of refugees around the world.

If I were president, *I would*, in absence of clear and compelling evidence that they weren't political refugees, *give them temporary asylum here* until we restore the elected government of Haiti»³⁴⁹ (corsivi aggiunti).

Tuttavia Clinton, una volta eletto, non solo non concesse loro il TPS e dichiarò a sorpresa di voler continuare il programma di interdizione degli haitiani³⁵⁰, ma attuò anche una svolta altrettanto inaspettata nella storica

³⁴⁵ ZUCKER & ZUCKER (1996: 110)

³⁴⁶ Executive Order No. 12,807, 57 Fed. Reg. 23,133 (1992).

³⁴⁷ Cfr. SHAPIRO (1993: 80-84).

³⁴⁸ Il caso in questione verrà analizzato più approfonditamente nell'ultima parte del lavoro. Cfr. Parte IV, cap. 1, par. 1.1.

³⁴⁹ Clinton Statement on Appeals Court Ruling on Haitian Repatriation, U.S. Newswire, May 27, 1992, available in LEXIS, Nexis Library, Current File: New York Times, May 27, 1992, p. 1.

³⁵⁰ Poco dopo essere stato eletto Clinton fece un annuncio radio in cui avvertiva i cittadini di Haiti: «Those who do leave Haiti directly by boat will be stopped and directly returned

politica del rifugio strategico americano. La guerra fredda in effetti era ormai finita da qualche anno e il governo americano non sentiva più la pressione immediata del nemico sovietico sulle proprie spalle. Così, quando Castro, similmente a quanto aveva già fatto nel 1980 con l'apertura del porto di Mariel³⁵¹ a tutti coloro che avessero voluto lasciare il paese, annunciò in piena estate una nuova apertura delle “vie del mare”, l'amministrazione americana si ritrovò in uno stato confusionale.

La problematicità del precedente dei *marielitos*, il continuo aumento dei numeri della migrazione cubana a partire dal 1991³⁵², e il sostanziale venir meno della contrapposizione allo storico nemico sovietico, spinsero infine il governo a una decisione uguale e contraria a quella presa da Carter per affrontare proprio la crisi dei rifugiati cubani e haitiani del 1980. Se egli infatti optò per l'istituzione dello *status* di “*Cuban-Haitian entrant*”, che parificò momentaneamente il trattamento ricevuto dalle due categorie di migranti, Clinton decise anch'egli di parificare le due categorie: ma questa volta chiudendole entrambe fuori dal paese³⁵³.

La modifica del paradigma dell'“esclusività” concessa ai rifugiati provenienti dai paesi comunisti, aveva compiuto la sua parabola, e, dopo circa 40 anni, si andava a spegnere definitivamente col trionfo dell'“esclusione” generalizzata messa in atto dalla nuova legge del 1996. *L'Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA)³⁵⁴ seguì a un dibattito dai toni non troppo dissimili da quelli adottati dai sostenitori della Proposta 187 in California. Il sen. Simpson (colui che già nei primissimi anni '80 parlava di *compassion fatigue*, e soprattutto, il candidato presidenziale Patrick Buchanan, si esposero veementemente a sostegno della riforma, con argomenti spesso razzisti e

by the United States Coast Guard». Elaine Sciolino, *Clinton Says U.S. Will Continue Ban on Haitian Exodus*, The New York Times, January 15, 1993.

³⁵¹ Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.1

³⁵² I numeri crebbero infatti a ritmo costante dal 1991 al 1994: 2,203 nel 1991; 2,608 nel 1992; 3,881 nel 1993, 5,779 nel 1994. SPINTHOURAKIS, MOORE, DUNCAN (1994: 59).

³⁵³ «Today I have ordered that illegal refugees from Cuba will not be allowed to enter the United States. Refugees rescued at sea will be taken to our naval base at Guantánamo while we explore the possibility of other safe havens within the region [...]. The United States will detain, investigate and, if necessary, prosecute Americans who take to the sea to pick up Cubans. Vessels used in such activities will be seized». CLINTON (1994: 1477)

³⁵⁴ The Illegal Immigrant Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-546 (Sept. 30, 1996). US Statutes at Large 110 (1996): 3009.

intolleranti³⁵⁵. La legge che scaturì da opinioni di siffatta natura, non poté che riflettere un restrizionismo generalizzato.

La nuova normativa, le cui previsioni permangono immutate ancora oggi, configura un sistema nel quale gli ufficiali di immigrazione americani sono forniti dell'autorità di espellere sommariamente gli immigrati che vengano rinvenuti nei pressi del confine americano sprovvisti di documenti validi³⁵⁶. Costoro dovranno essere soggetti a una procedura di “*expedited removal*”³⁵⁷, che consente in ogni caso al migrante di esprimere all'ufficiale i suoi timori qualora venisse rimpatriato. A questo punto, il richiedente verrà intervistato da un ufficiale USCIS (*United States Citizenship and Immigration Service*) al quale dovrà dimostrare una “*credible fear of persecution*”³⁵⁸. Durante la determinazione delle domande, i richiedenti sono soggetti a detenzione³⁵⁹. Inizialmente simili previsioni potevano essere applicate unicamente a non-cittadini intercettati sul confine terrestre statunitense. Ma ben presto l'*expedited removal* venne

³⁵⁵ Buchanan ebbe modo di esprimersi sull'immigrazione negli Stati Uniti in questi termini: «There are flood tides on new immigrants coming to the country and I think these [...] contribute to some of the social problems we've got in America [...]. If present trends hold, white Americans will be a minority in 2050 [...] our great cities are riven with gang wars among Asian, black, Hispanic youth who grow up to run ethnic crime cartels [...]. What happened to make America so vulgar and coarse, so uncivic and angry? Is it coincidence that racial and ethnic conflicts pervade our media when the racial and ethnic character of the US has changed more in four decades than in previous twenty?». FRELICK (1993: 680).

³⁵⁶ Cfr. KERWIN (2012: 19); CABOT (2014: 213)

³⁵⁷ INA, Sec. 235(b)(1). La normativa in questione, implementata da successivi regolamenti, dispone che le seguenti quattro classi di immigrati possano essere soggetti all'*expedited removal*: 1) aliens who present themselves at a US port of entry as “arriving aliens”⁴³ (although that term is nowhere defined in the statute); 2) aliens arriving by sea; 3) noncitizens who are physically present in the United States without having been admitted or paroled who are (a) encountered by DHS within 100 miles of the Canadian or Mexican border, and (b) cannot establish to the satisfaction of DHS that they have been within the United States for more than 14 days; 4) aliens who are subject to the US-Canada “Safe Third Country Agreement”. VON STERNBERG (2014: 63)

³⁵⁸ Ibid., Sec. 235(b)(1)(B)(iii)(IV).

³⁵⁹ Questa misura ha colpito negli anni specialmente i richiedenti d'asilo messicani. Come si legge in CABOT (2014: 214): «Although the regulations require that reasonable fear determinations take place within 10 days,⁹ the average time for a reasonable fear decision in 2012 was 113 days (USCIS Asylum Division 2012, Questions and Answers). Mexican nationals had the largest share of the reasonable fear decisions in every month of 2012 (USCIS Asylum Division 2012, Credible Fear and Reasonable Fear Workloads). [...]. Because of the reasonable fear procedures, many Mexican asylum seekers often spend months in detention before they appear before an immigration judge».

esteso anche a color che fossero stati rinvenuti in mare, entro 100 miglia nautiche dal confine statunitense³⁶⁰.

Il procedimento di espulsione diretta e di conseguente detenzione del richiedente, non esauriscono in vero gli strumenti a disposizione dell'IIRIRA per respingere i migranti irregolari e, allo stesso tempo, impedire a quante più persone possibile di presentare le loro domande d'asilo. Il nuovo atto prevede infatti almeno altre due previsioni particolarmente gravose per i rifugiati: la prima stabilisce un limite di tempo di massimo un anno a partire dall'ingresso di qualsiasi migrante nel territorio statunitense entro il quale presentare la propria domanda d'asilo, pena la deportazione³⁶¹; la seconda, abolendo la precedente sezione 245(i) dell'INA del 1965 che permetteva ai richiedenti in attesa di giudizio di restare negli Stati Uniti pagando una tassa di 1,000\$ per la durata del procedimento, impone adesso al potenziale rifugiato di abbandonare il paese fin quando la sua domanda non abbia ricevuto una risposta positiva³⁶². A causa della particolare problematicità di una simile previsione, le garanzie previste dalla sezione 245(i) vennero estese per altri due anni, fino al 14 gennaio 1998³⁶³.

La svolta migratoria americana suscitò non poche preoccupazioni e pesanti critiche, sia a livello interno³⁶⁴, che a livello internazionale. A questo

³⁶⁰ Se si considera che le acque territoriali di uno Stato possono estendersi fino a un massimo di 12 miglia nautiche dalla linea di base, e che la sua eventuale zona contigua, possa coprirne altre 12, vediamo come la previsione di 100 miglia parli in pratica di interdizione in alto mare, anche se, in questo caso, secondo l'IIRIRA, ai richiedenti dovrebbe comunque essere concessa la possibilità di presentare la propria domanda.

³⁶¹ INA § 208(a)(2)(B); 8 CFR § 1208.4 (a)(2), (4)-(5). «The filing deadline requires an asylum seeker to establish by “clear and convincing” evidence that she filed her asylum application within one year of arrival in the United States. If she misses the deadline, she must prove eligibility for one of two exceptions in order to seek asylum. An asylum seeker who does not establish she has applied within one year or meet an exception can be subject to deportation, even if she has a well-founded fear of persecution». National Immigrant Justice Center, Human Rights First and Penn State Law (2010: 2).

³⁶² «Under the new law, immigrants would have to leave the country while waiting for their applications to be processed, even if this meant leaving family members behind in the United States. Moreover, given the backlog of cases, it might take several years for the processing to be completed. Further, anyone who had been in the country illegally for more than 180 days who left the country for any reason could be barred from re-entry for three years, even if they left simply to await the processing of their green card (residence and work permit); those who had been in the USA illegally for more than a year could be barred from reentry for 10 years». McBRIDE (1999: 15).

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Anthony Lewis, in un articolo apparso sul New York Times dal titolo che risulterebbe evocativo ancora oggi, nei primi mesi del 2017, definì le nuove misure migratorie

proposito, l'UNHCR, in un rapporto di 35 pagine³⁶⁵ fatto seguire alla redazione da parte dell'INS delle *Interim Rules on Inspection and Expedited Removal of Aliens; detention and Removal of Aliens; conduct of Removal Proceedings; and Asylum Procedure* (INS No. 1788-96), rilevò diversi punti giuridicamente problematici della nuova normativa.

In primo luogo, la procedura di *expedited removal*, così come concepita nell'IIRIRA, poneva seri rischi di contravvenire a due fondamentali articoli di convenzioni internazionali: l'art. 3 dell'Convenzione contro la Tortura del 1984³⁶⁶ che impedisce agli Stati parte di respingere o espellere un individuo verso uno Stato nel quale vi siano ragioni sostanziali di credere possa essere soggetto a tortura³⁶⁷, nonché l'art. 31 della Convenzione di Ginevra³⁶⁸. In questo senso la procedura in questione, non solo potrebbe contravvenire al divieto di *non-refoulement*, sia di quello espresso dalla Convenzione di Ginevra all'art. 33, sia di quello garantito nella Convenzione contro la Tortura (citato dal rapporto dell'UNHCR), ma il processo detentivo che ad esso si accompagna viola apertamente il divieto di imporre sanzioni ai rifugiati a causa del loro ingresso illegale

dell'IIRIRA come un «extraordinarily vindictive piece of legislation», ponendosi poi uno sconsolato interrogativo: «Why should Congress choose this moment, a time of prosperity, to turn against our traditions and beat up on refugees and lawful immigrants?». A. LEWIS, *Why the Cruelty?*, The New York Times, September 23, 1996.

³⁶⁵ UNHCR (1997a)

³⁶⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984, entry into force 26 June 1987, in accordance with article 27 (1).

³⁶⁷ Art. 3: 1) No State Party shall expel, return ("*refouler*") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. 2) For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

³⁶⁸ Art. 31: 1) The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

2) The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country.

(art. 31 par. 1), nonché il divieto di imporre restrizioni al libero movimento, se non quelle strettamente necessarie (art. 31 par. 2).

In secondo luogo il limite massimo di un anno entro il quale presentare la propria domanda d'asilo avrebbe potuto causare seri problemi a un gran numero di rifugiati, che all'arrivo solitamente non parlano inglese e non vengono messi al corrente delle procedure da seguire. Pertanto, un simile divieto, sarebbe dovuto essere interpretato elasticamente «since many asylum seekers were not in a position to know they should apply for asylum immediately or were unable to do so due to financial conditions or personal hardship»³⁶⁹.

In ultimo, l'UNHCR mise in rilievo l'insufficiente competenza degli ufficiali INS chiamati a prendere così importanti decisioni. Con le parole di un altro rapporto dello stesso anno:

«Regrettably, the “front-line” staff employed by many governments – the officials whom asylum seekers first encounter when submitting their application for refugee status – are not always adequately equipped or trained to make such important decisions»³⁷⁰.

A distanza di 10 anni da queste critiche, la normativa in questione è rimasta intatta. Il definitivo scivolamento degli Stati Uniti da un modello di rifugio competitivo, a uno di rifugio “tutelativo” era compiuta. Le ragioni di politica interna (si vedano le varie campagne restrizioniste basate su supposte invasioni e improbabili estinzioni della razza bianca in America), prendono il posto delle ormai più desuete e anacronistiche considerazioni strategiche internazionali. Tuttavia, la politica estera come principale motore delle politiche migratorie americane, stava per prendersi la sua rivincita, tornando sotto nuove, più torbide, vesti.

³⁶⁹ McBRIDE (1999: 20)

³⁷⁰ UNHCR (1997b: 205).

Parte IV

Le “vie di fuga” dalla Convenzione: un quadro giuridico

1. I respingimenti in alto mare: il caso americano e quello europeo

1.1 Il caso americano: Sale v. Haitian Centers Council

Come notato nella prima parte di questo lavoro³⁷¹, la Convenzione di Ginevra presenta alcuni limiti nell'estensione della protezione garantita ai rifugiati. Codesti limiti, di diversa natura, permettono di fatto agli Stati parte di sfruttare simili debolezze al fine di limitare il loro impegno umanitario internazionale a favore di questa categoria di individui. Per questo, la dizione “vie di fuga” ci è sembrata particolarmente efficace al fine di sottolineare come in verità, sin dalle prime riunioni della Conferenza dei plenipotenziari che portò di fatto alla redazione del testo della Convenzione, il contrasto fra il virtuoso rinnovo umanitario tipico del secondo dopoguerra, e gli interessi particolari dei diversi stati nazionali, abbia fortemente contribuito a modellare la forma finale del testo, limitandolo in diversi aspetti³⁷².

In particolare, gli Stati Uniti rappresentano un caso estremamente esplicativo in quanto, nel corso della loro storia recente, sono riusciti a sfruttarli pressoché tutti quanti. Fino ad ora ci siamo occupati primariamente di come questi ultimi abbiano continuato ad utilizzare una visione distorta e altamente politicizzata della definizione di rifugiato, anche dopo aver ratificato il Protocollo del 1967, e soprattutto, dopo aver attuato ufficialmente la Convenzione nel proprio ordinamento interno attraverso il *Refugee Act*. Adesso, ci occuperemo di come essi abbiano abilmente utilizzato le altre due gravi lacune (o eccezioni) della Convenzione al solo fine di “tutelarsi” contro la minaccia dei richiedenti asilo.

³⁷¹ Cfr. Parte I, cap. 4, par. 4.2

³⁷² Cfr. Parte I, cap. 3 e 4. Per riassumere, qui ci limitiamo a indicare i tre che, nel corso del lavoro, ci sono sembrati i più rilevanti: la ristrettezza della definizione, l'applicabilità delle garanzie della Convenzione in ambito extra-territoriale, e le eccezioni al divieto di respingimento ex art. 1F.

Come ormai sappiamo³⁷³, il Paese avviò un *Haitian Program* a già a partire dal 1978. Esso prevedeva misure particolarmente restrittive sull'ingresso di qualsiasi migrante haitiano sul territorio statunitense e istituiva un rigoroso programma di interdizioni, respingimenti e incarcerazioni. Nonostante le pesanti condanne ricevute dal sistema giudiziario americano³⁷⁴, il programma venne mantenuto e addirittura potenziato negli anni successivi, attraverso il personale impegno del Presidente Reagan, ricevendo per altro ulteriori condanne³⁷⁵. La svolta definitiva nella qualità dei programmi di interdizione contro gli haitiani, che fino a quel momento avevano quanto meno permesso ai potenziali richiedenti di opporre al respingimento un disperato “*shout test*”³⁷⁶, si consumò con un accordo bilaterale col governo di Haiti³⁷⁷ e il successivo ordine esecutivo n. 12,807, detto anche *Kennebunkport Order*³⁷⁸. Quest'ultimo in particolare legittimava l'immediato rimpatrio di tutti gli haitiani intercettati senza procedere ad alcuna valutazione delle eventuali richieste d'asilo.

Arthur Helton, l'allora direttore del *Refugee Project of the Lawyers Committee for Human Rights*, definì il provvedimento di Bush quasi come un “muro di Berlino galleggiante”. Con le sue parole:

«The United States is now acting as a gate keeper for the repressive forces in Haiti. In much the same way as the Berlin Wall prevented Germans from leaving East Berlin, our government is effectively building a Caribbean Curtain to keep Haitians in Haiti and out of the United States. Telling the Coast Guard to return Haitian refugees to Haiti is like telling fire fighters to escort people back to a burning building»³⁷⁹.

³⁷³ Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.2.

³⁷⁴ *Haitian Centers Council v. Civiletti*, United States District Court, S.D. Florida.503 F. Supp. 442 (S.D. Fla. 1980). Cfr. *Ibid*.

³⁷⁵ *Louis v. Nelson*, 544 F. Supp. 973 (S.D. Fla. 1982). *Jean v. Nelson*, 711 F.2d 1455 (11th Cir. 1983). Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.2.

³⁷⁶ «Without being informed of their right to request protection, interdicted Haitians must gain the attention of US officials on crowded ships and communicate that they are fearful of returning to Haiti in order to be permitted to speak to a “protection screening officer.” The Coast Guard transfers Haitians deemed to have a “credible fear” to Guantánamo Naval Base for an interview by US Citizenship and Immigration Services (USCIS) of DHS. USCIS can, in turn, refer refugees to the Department of State (DOS) for resettlement to a third country, although this seldom occurs. The United States employs different processes for interdicted persons from different nations like Cuba and China». KERWIN (2015: 10). Cfr. anche FLYNN (2014, 179-180).

³⁷⁷ Agreement on Interdiction of Haitian Immigration to the U.S., Sept. 23, 1981, U.S.-Haiti, 33 U.S.T. 3559. Cfr. Parte

³⁷⁸ Exec. Order No. 12,807, 57 Fed. Reg. 23,133 (1993). Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4.

³⁷⁹ Amnesty International USA, *Amnesty Action*, Summer/Fall 1992, p.8

Il caso esplose quando coloro che vennero immediatamente colpiti dal nuovo programma di interdizione si mossero per chiedere un temporaneo ordine sospensivo dell'efficacia dell'atto, in quanto lesivo delle garanzie tutelate nella sezione 243(h)³⁸⁰ del *Refugee Act* e, di conseguenza, dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra³⁸¹. La Corte distrettuale negò sin da subito una simile interpretazione, ritenendo che la sezione 243(h) non si potesse applicare agli accadimenti e alle azioni perpetratesi in acque internazionali; né sarebbe potuto ritenersi che il Protocollo del 1967 avesse la natura di un trattato *self-executing*³⁸². Ricorsi in appello, la *Second Circuit Court of Appeals* ribaltò di fatto la sentenza di primo grado, dando ragione ai ricorrenti sull'illiceità dell'ordine 12,807 rispetto alla sezione 243(h)³⁸³. Fu a questo punto che la Corte suprema concesse il *writ of certiorari*³⁸⁴, avocando a sé la competenza del giudizio finale della controversia.

³⁸⁰ Ricordiamo che la sezione in questione aveva attuato il principio di *non-refoulement* contenuto nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra all'interno della normativa statunitense. Cfr. Parte III, cap. 2, par. 2.4.

³⁸¹ «Respondents also claimed violations of: (1) the 1981 U.S.-Haiti Executive Agreement, (2) the Administrative Procedure Act, and (3) the equal protection component of the Fifth Amendment's due process clause». WASITIS (1993: 242).

³⁸² Con le parole della Corte: «[A]lthough '[on its face, Article 33 imposes a mandatory duty upon contracting states such as the United States not to return refugees to countries in which they face political persecution', our prior decision in *Bertrand v. Sava*, 684 F.2d 204, 218 (2d Cir. 1982) held that the convention's provisions are not self-executing». *Haitian Centers Council, Inc. v. McNary*, No. 92 CV 1258, 1992 WL 155853 at 11 (E.D.N.Y Apr. 6, 1992). . Un trattato di natura non *self-executing* richiede un intervento legislativo attivo da parte dello Stato che è obbligato ad attuarlo nella sua normativa interna. Viceversa, un trattato dalla natura *self-executing* entrerebbe in vigore nell'ordinamento interno dello Stato parte senza alcuna necessità di un suo intervento legislativo. FRANKOWSKA, (1988: 305).

³⁸³ «The Plain language of § 243(h)(1) of the Immigration and Nationality Act clearly states that the United States may not return aliens to their persecutors, no matter where in the world those actions are taken. In view of this, plaintiffs arguments regarding the self-executing nature of Article 33.1 of the Refugee Convention are largely academic, since § 243(h)(1) provides coextensive protection». *Haitian Centers Council v. McNary*, 969 F.2d at 1367.

³⁸⁴ Le riforme procedurali del 1988 eliminarono di fatto la giurisdizione d'appello obbligatoria della Corte suprema, permettendole così di scegliere a sua discrezione il proprio *docket*, ossia le questioni di costituzionalità da decidere. Questo avviene appunto attraverso la pratica del *writ of certiorari*: una delle parti del processo può chiedere alla Corte di riesaminare il proprio caso, ma sarà a quel punto la Corte stessa a decidere quale caso sia maggiormente degno della sua attenzione. Ogni anno vengono infatti presentati migliaia di *writ*, ma la Corte ne decide solo poche centinaia. MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI (2016: 556)

Il giudizio della Corte si impiantò sui due rilievi fondamentali della questione: la liceità dell'ordine 12,807 con la sezione 243(h) dell'INA da un lato, e il corrispondente art. 33 della Convenzione di Ginevra dall'altro³⁸⁵. Con una schiacciante maggioranza di 8-1 la Corte, ribaltando la decisione della Corte d'appello, decise per la liceità del *Kennebunkport Order*, sia in relazione all'ordinamento interno che a quello internazionale³⁸⁶. Rispetto al primo profilo, la Corte evidenziò tre motivazioni principali. In primo luogo, le previsioni della sezione 243(h) non vincolano il Presidente in quanto tale, ma soltanto il Procuratore generale, il quale è a capo del Dipartimento di giustizia americano³⁸⁷. Ma non solo: dette previsioni legano il Procuratore generale al loro rispetto per quanto concerne le sue "normal responsibilities"³⁸⁸, laddove, i programmi di interdizione e respingimento in alto mare non potevano considerarsi rientranti fra queste ordinarie responsabilità³⁸⁹.

La seconda argomentazione si basa sulla c.d. "*presumption against extraterritoriality*". Con il termine si intende la circostanza per cui gli atti del Congresso non possa presumersi si applichino al di fuori dei confini territoriali statunitensi³⁹⁰. In questo senso, la sezione 243(h) non avrebbe potuto coprire azioni e situazioni compiutesi e verificatesi in alto mare. Da questa seconda notazione, deriva anche la terza e ultima argomentazione. La suddetta sezione 243(h) protegge solo due tipi di rifugiati: coloro fisicamente presenti negli Stati Uniti ("*deportable*"), e coloro che si trovino in territorio statunitense (ad es. acque territoriali), ma non siano fisicamente presenti all'interno del Paese ("*excludable*")³⁹¹. Evidentemente gli haitiani respinti in acque internazionali non potevano

³⁸⁵ *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S.Ct. 2549 (1993).

³⁸⁶ *Ibid.* at 2567

³⁸⁷ «We cannot say that the interdiction program created by the President, which the Coast Guard was ordered to enforce, usurped authority that Congress had delegated to, or implicated responsibilities that it had imposed on, the Attorney General alone». *Ibid.* at 2559.

³⁸⁸ «The reference to the Attorney General in the statutory text is significant not only because that term cannot reasonably be construed to describe either the President or the Coast Guard, but also because it suggests that it applies only to the Attorney General's normal responsibilities under the INA» *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.* at 2560.

³⁹⁰ «Even if Part V of the Act were not limited to strictly domestic procedures, the presumption that Acts of Congress do not ordinarily apply outside our borders would support an interpretation of § 243(h) as applying only within United States territory» *Idid.*

³⁹¹ «The 1980 amendment erased the long-maintained distinction between deportable and excludable aliens for purposes of § 243(h)». *Ibid.* at 2561

rientrare in nessuna delle due classi suddette e, di conseguenza, non risultavano protetti dalle disposizione della sezione 243(h)³⁹².

Per quanto riguarda poi il corrispettivo internazionale della sezione 243(h), l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, la disposizione venne interpretata peculiarmente dalla Corte, che ne sottolineò la perfetta specularità con la disposizione interna. Pertanto, le parole “expel or return” dell'art. 33, si sarebbero dovute leggere “deport and return”, come invece recita il testo della sezione 243(h)³⁹³. Da ciò ne deriva la medesima conseguenza di cui sopra: l'art. 33 non può richiedere a uno Stato di applicare le sue disposizioni al di fuori del proprio territorio³⁹⁴. Una conclusione che sarebbe per altro confermata da una breve analisi dei *travaux préparatoires* della Conferenza che portarono alla firma della Convenzione di Ginevra³⁹⁵: la Corte rilevò infatti che durante i lavori il delegato dei Paesi Bassi espresse apertamente la volontà che il principio di *non-refoulement* non venisse applicato all'alto mare³⁹⁶. Inutile dire che la maggioranza concluse quindi che neanche l'art. 33 potesse ragionevolmente applicarsi ai casi di interdizione perpetrati in acque internazionali³⁹⁷.

L'unica voce dissonante dal coro dei nove giudici della Corte suprema fu quella del giudice Blackmun, che nella sua *dissenting opinion* rilevò la peculiarità del ragionamento logico che portò la maggioranza ad esprimersi in quel modo:

«Today's majority [...] decides that the forced repatriation of the Haitian refugees is perfectly legal because “return” does not mean return, because the opposite of “within the

³⁹² Al contrario, la «Section 243(h) applies in only one context: the domestic procedures by which the Attorney General determines whether deportable and excludable aliens may remain in the United States». *ibid.* at 2562.

³⁹³ «Article 33.1 uses the words “expel or return” (“refouler”) as an obvious parallel to the words “deport or return” in section 243(h)(1)». *Ibid.* at 2563

³⁹⁴ «Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions» *Ibid.* at 2565

³⁹⁵ Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the Thirty-Fifth Meeting, U.N.Doc. A/ Conf.2/SR.35, at 21-22 (July 25, 1951).

³⁹⁶ «In order to dispel any possible ambiguity and to reassure his Government, he wished to have it placed on record that the Conference was in agreement with the interpretation that the possibility of mass migrations across frontiers or of attempted mass migrations was not covered by article 33» *Ibid.* at 2556.

³⁹⁷ «We do not read that text to apply to aliens interdicted on the high seas» *Ibid.* at 2567.

United States” is not outside the United States, and because the officials charged with controlling immigration has no role in enforcing an order to control immigration. [...].

What is extraordinary in this case is that the Executive, in disregard of the law, would take to the sea to intercept fleeing refugees and force them back to their prosecutors, and that the Court would strain to sanction the conduct».

Inoltre, il giudice Blackmun ricorda come lo spirito e lo scopo della riforma che portò infine all’approvazione del *Refugee Act* del 1980 fosse proprio quello di garantire una protezione estensiva della categoria del rifugiato, al di là della sua formale presenza sul territorio statunitense³⁹⁸. Ma per quanto il giudice Blackmun potesse avere pienamente ragione sul piano umano, egli, ci chiediamo, aveva anche ragione nel credere che, giuridicamente, il testo della sezione 243(h), nonché quello dell’art. 33 della Convenzione di Ginevra, siano effettivamente votati a una protezione tanto estesa da ricomprendere il respingimento di potenziali richiedenti al di là dei confini formali dello Stato? Prima di rispondere a questa domanda³⁹⁹, abbiamo bisogno di ulteriori elementi, a partire da una breve digressione sull’estensione extraterritoriale dei diritti negli Stati Uniti⁴⁰⁰, e, a seguire, di una utile comparazione con un caso simile avvenuto nel contesto di un altro ordinamento⁴⁰¹.

³⁹⁸ «The import of these changes is clear. Whether 'within the United States' or not, a refugee may not be returned to his persecutors». Ibid. at 2574.

³⁹⁹ Cfr. par. 1.4 di questo capitolo.

⁴⁰⁰ Cfr. par. 1.2 di questo capitolo

⁴⁰¹ Si allude al caso *Hirsi Jamaa et. al. c. Italia* deciso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo il 23 febbraio 2012. Cfr. par. 1.3 di questo capitolo.

1.2 Esecutivo Vs Giudiziario. L'estensione extraterritoriale dei diritti fondamentali: il caso Boumediene v. Bush.

Pochi eventi nella storia americana ebbero conseguenze tanto destabilizzanti come la vicenda dell'11 settembre 2001, tanto nota al mondo da non necessitare introduzioni di sorta. Rimandando le conseguenze internazionali di un simile avvenimento ad altri e più importanti lavori⁴⁰², in questa sede ci concentreremo sulle immediate conseguenze che questi eventi ebbero a livello di un generale ripensamento della politica di sicurezza interna.

Appena una settimana dopo l'attacco, il Congresso adottò una risoluzione che autorizzava «the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States»⁴⁰³. La c.d. *Authorization for Use of Military Force* (AUMF) garantiva al Presidente l'autorità di «use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001»⁴⁰⁴. Due mesi dopo il Presidente emise un'ordinanza militare che avrebbe permesso la detenzione a tempo indefinito di tutti gli stranieri che fossero stati sospettati di terrorismo⁴⁰⁵. Era l'inizio della “War on Terror”⁴⁰⁶. In base a tale ordinanza infatti i processi sarebbero stati condotti in segreto da tribunali militari, senza possibilità di appello per l'imputato⁴⁰⁷. Una simile flagrante violazione del diritto a un equo processo, avrebbe però verosimilmente incontrato l'opposizione delle Corti federali, a cui sarebbero potuti rivolgersi gli imputati per ottenere il riconoscimento di maggiori diritti. Questo problema, fu risolto dalla base navale di Guantánamo.

⁴⁰² Si segnalano al riguardo i celebri contributi di CHOMSKY (2001), COX (2002) e quello più recente di LEFFLER & LEGRO (2011).

⁴⁰³ Authorization for the Use of Military Force, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

⁴⁰⁴ *Ibid.* § 2(a).

⁴⁰⁵ Military Order—Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 37 Weekly Comp. Pres.Doc. 1665 (Nov. 13, 2001).

⁴⁰⁶ L'espressione venne famosamente coniata dal Presidente George W. Bush di fronte a una seduta a camera riunite del Congresso, a poco più di una settimana dagli attentati del *World Trade Center*. Address Before a Joint Session of the Congress on the United States Response to the Terrorist Attacks of September 11, 37 Weekly Comp. Pres.Doc. 1348 (Sept. 20, 2001).

⁴⁰⁷ Military Order—Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 37 Weekly Comp. Pres.Doc.1666-1668 (Nov. 13, 2001).

Nel 1903 gli Stati Uniti avevano sottoscritto un *lease agreement*⁴⁰⁸ col governo Cubano per ottenere la gestione di un territorio di Guantánamo Bay vasto circa 45 miglia quadrate, inizialmente utilizzato come deposito di carburante della marina americana. Il punto chiave dell'accordo, per quanto ci riguarda, va rintracciato nella circostanza per la quale gli Stati accettarono di «recognize the continuance of the *ultimate sovereignty of the Republic of Cuba*» (corsivi aggiunti) sul territorio in questione, mentre specularmente Cuba «consent[ed] that during the period of occupation by the United States [...], the United States shall exercise *complete jurisdiction and control over and within said areas*»⁴⁰⁹ (corsivi aggiunti). Sebbene questo fosse un accordo siglato oltre 100 anni prima, l'originale dicotomia tra l'"ultimate sovereignty" di Cuba sul territorio del proprio Stato, e la "complete jurisdiction and control" degli Stati Uniti su quel medesimo territorio, costituiranno le basi giuridiche per il futuro braccio di ferro giocatosi fra il ramo esecutivo e quello giudiziario degli Stati Uniti.

L'11 gennaio 2002, i primi 774 detenuti furono condotti al carcere della base di Guantánamo. Essa si trovava di fatto al di là del territorio sovrano degli Stati Uniti d'America, ricadendo giuridicamente nella sfera di sovranità cubana. Con questo espediente, il Presidente Bush e i suoi collaboratori pensavano di sfuggire a ogni possibile rivendicazione di giurisdizione da parte delle corti federali statunitensi sui casi dei sospettati di terrorismo⁴¹⁰. Ma la cautela non è mai troppa, e l'amministrazione ebbe anche cura di definire i soggetti in questione come "enemy combatants", in modo da creare una specie di buco nero giuridico nella tutela garantita dagli strumenti di protezione interni e internazionali a questa particolare categoria di soggetti⁴¹¹. Tuttavia, nonostante le diverse accortezze dell'esecutivo americano, i giudici non restarono a guardare.

⁴⁰⁸ Lease of Coaling or Naval Stations, U.S.-Cuba, Feb. 16-23, 1903, T.S. No. 418.

⁴⁰⁹ *Ibid.* Art. III.

⁴¹⁰ MAYER (2008: 183); Brief for the Respondents at 37, *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) (No. 06-1195), 2007 WL 2972541.

⁴¹¹ Infatti, se da un lato le quattro Convenzioni di Ginevra (che stabiliscono gli standard internazionali di trattamento umanitario in corso di guerra) disciplinavano il trattamento da riservare ai *prisoners of wars*, dall'altro la legislazione interna degli Stati Uniti si occupava dei normali *prisoners*. Lo *status* speciale di *enemy combatants* quindi, secondo gli intenti dell'amministrazione, non sarebbe potuto rientrare né nella tutela delle previsioni di diritto internazionale, né tanto meno nella tutela garantita a prigionieri comuni nel diritto interno. Cfr. BOBBITT (2008: 268).

Già nel noto caso *Rasul v. Bush*⁴¹² in cui due australiani e dodici cittadini del Kuwait si rivolsero alla Corte distrettuale «claiming none had been charged with any crime, nor permitted to consult with counsel, and all were denied access to courts or military tribunals»⁴¹³, nonostante le rivendicazioni differissero da un ricorrente all'altro, la Corte decise di negare collettivamente il diritto al c.d. *writ of habeas corpus*, ossia la possibilità garantita a qualsiasi imputato sottoposto a detenzione di chiedere alla Corte il riesame delle motivazioni e delle condizioni che hanno condotto alla suddetta limitazione di libertà personale⁴¹⁴. La Corte d'appello riaffermò tale decisione. Senonché la Corte suprema garantì il *certiorari* al caso e, nella sua celebre sentenza, ribaltò le due decisioni di grado inferiore, affermando, con una maggioranza di 6-3, «the right to judicial review of the legality of executive detention of aliens in a territory over which the United States exercises plenary and exclusive jurisdiction, but not ultimate sovereignty»⁴¹⁵ (corsivi aggiunti). Non solo.

In un altro celebre caso che venne deciso nei medesimi giorni⁴¹⁶, La Corte suprema non si limitò soltanto a disporre con una schiacciante maggioranza 8-1 che un cittadino americano non sarebbe potuto essere detenuto a tempo indeterminato senza garanzia di un giusto processo⁴¹⁷, ma tenne a vestire una simile decisione di un sostanziale aspetto relativo alla forma di governo degli Stati Uniti, quindi, ai rapporti che intercorrono fra gli organi al vertice delle istituzioni:

«we necessarily reject the Government's assertion that *separation of powers principles* mandate a heavily circumscribed role for the courts [...] this approach serves only to condense power into a single branch of government»⁴¹⁸.

L'antica tradizione costituzionale americana dei *checks and balances* emergeva in tutta la sua straordinaria portata democratica in questa vivida *querelle* tra esecutivo e giudiziario. Una battaglia che si consumava fra le

⁴¹² *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 470-71 (2004).

⁴¹³ *Ibid.* at 471-472

⁴¹⁴ L'art. 9, sez. 9, cl. 2 del testo costituzionale statunitense recita: «The privilege of the writ of *habeas corpus* shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it».

⁴¹⁵ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 475

⁴¹⁶ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 510 (2004).

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.* at 535-36

storiche forze politiche che da sempre incarnano le due maggiori esigenze di una comunità politica: la necessità di sicurezza nazionale da un lato, e la garanzia di solidi diritti costituzionali dall'altro. Ma lo scontro non era che all'inizio⁴¹⁹.

L'esecutivo, più volte bacchettato da simili decisioni della Corte, cercò di venire incontro alle opinioni espresse dai giudici della Corte suprema attraverso il varo di un nuovo ordine esecutivo che istituiva il *Combatant Status Review Tribunal (CSRT)*⁴²⁰, il quale permetteva al detenuto l'opportunità di contestare la sua "designation as an enemy combatant" di fronte al Tribunale in questione e il conseguente diritto di chiedere l'applicazione dell'*habeas corpus* alle corti statunitensi⁴²¹. Un simile strumento non poteva però certo dirsi un valido sostituto alle garanzie garantite ai prigionieri dal normale procedimento di *habeas corpus*: nei processi di fronte al nuovo Tribunale si attuava spesso una presunzione di colpevolezza sui combattenti imputati⁴²² e gli standard richiesti al fine di determinare tale colpevolezza erano molto bassi⁴²³: solo circa il 7% dei prigionieri di Guantánamo venne giudicato dal Tribunale "not enemy combatants"⁴²⁴. Così molti prigionieri continuavano a richiedere *writ* alle corti statunitensi per ottenere una maggiore garanzia.

Proprio mentre uno di questi casi era sotto l'esame della Corte⁴²⁵, il Congresso approvò il *Detainee Treatment Act* del 2005 (DTA), la sezione 1005 del quale emendava il *federal habeas statute* stabilendo che: «no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider [...] an

⁴¹⁹ C'è da notare infatti che in ogni caso la Corte Suprema, pur essendosi espressa in entrambi i casi per la tutela del ruolo del giudiziario nella separazione costituzionale dei poteri, essa mantenne comunque toni abbastanza cauti e circoscritti. Ad es. nel caso *Rasul* la Corte scriveva: «Whether and what further proceedings may become necessary [...] are matters we need not address now. What is presently at stake is only whether the federal courts have jurisdiction to determine the legality of the Executive's potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing». *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 485. Nel caso *Hamdi*, il giudice O'Connor, parlando per la maggioranza disse: «There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal». *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 538.

⁴²⁰ Memorandum from Paul Wolfowitz, Deputy Secretary of Defense, to Gordon R. England, Secretary of the Navy, Order Establishing Combatant Status Review Tribunal, at 1 (July 7, 2004), disponibile online.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² SMITH (2007: 152)

⁴²³ WORTHINGTON (2007: 264-65).

⁴²⁴ SMITH (2007: 153)

⁴²⁵ Cfr. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 566 (2006).

application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba»⁴²⁶. Nel caso *Hamdan* la Corte suprema rispose alla nuova legge riservandosi la giurisdizione per tutti quei giudizi ancora pendenti al suo cospetto⁴²⁷, notando inoltre come l'autorità del Presidente di istituire Corti militari senza il consenso del Congresso fosse molto limitata⁴²⁸. Nella sua *concurring opinion* condivisa da altri tre giudici, il giudice Breyer notò comunque che «[n]othing prevent[ed] the President from returning to Congress to seek the authority he believes necessary».

Queste parole dovettero suonare quasi come una sfida per il Presidente Bush, dato che pochi mesi dopo il Congresso varò una nuova legislazione in materia: il *Military Commission Act* del 2006⁴²⁹. Il fine ultimo della nuova normativa era «[t]o authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes», e, di conseguenza

«to strip from federal courts any and all jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination»⁴³⁰.

Il c.d. *habeas stripping*, previsto nella sezione 7 dell'MCA, fu la prima vittima del sentenza resa dalla Corte suprema al caso *Boumediene v. Bush*.

Nel 2007 sei cittadini bosniaci detenuti a Guantánamo chiesero il *writ of habeas corpus* alla Corte distrettuale e poi alla Corte d'appello, vedendoselo rifiutato in entrambi i casi⁴³¹. Sorprendentemente anche la Corte suprema decise in un primo momento di negare la revisione del

⁴²⁶ Pub L. No. 109-148, 119 Stat. 2680 (2005) (codified at 28 U.S.C.A. § 2241(e) (2005) (amended in 2006)).

⁴²⁷ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 574-577 (2006).

⁴²⁸ *Ibid.* at 612. Per altro la Commissione militare utilizzata per processare *Hamdan* venne considerata illegittima in quanto violava l'*Uniform Code of Military Justice* e le Convenzioni di Ginevra. *Ibid.* at 567.

⁴²⁹ Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006), invalidated by *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 792 (2008).

⁴³⁰ 28 U.S.C. § 2241(e)(1) (2006).

⁴³¹ Nel primo la Corte distrettuale negò la concessione del *writ* «ruling that the AUMF authorized their detention, and that, as foreign nationals outside of the “sovereign United States territory,” the detainees had no constitutional rights». GAFFNEY (2009: 203). Nel secondo «[t]he Court of Appeals vacated the district court’s judgments, dismissing the cases for lack of jurisdiction. The panel majority held that the MCA stripped their jurisdiction to hear habeas cases». *Ibid.*

caso⁴³² ma, in un insolito colpo di coda, essa ritornò sulla propria decisione, ritenendo opportuno esaminare il caso sottoposto considerata la delicatezza costituzionale della fattispecie⁴³³. Il caso verteva infatti sulla possibilità di estensione dei diritti garantiti dalla c.d. *Suspension Clause*⁴³⁴ al territorio della base navale di Guantánamo. Se l'estensione fosse stata considerata lecita, ciò avrebbe conseguentemente comportato l'illegittimità costituzionale dell'*habeas stripping* previsto dalla sezione 7 dell'MCA. La Corte decise sul caso in questione con una maggioranza in vero alquanto risicata (5-4). La decisione di maggioranza venne esposta dal giudice Kennedy e può essere divisa in tre parti principali.

La prima verte sull'analisi dell'utilizzo storico dell'istituto dell'*habeas* e di come esso sia stato eventualmente esteso a territori al di fuori del Regno Unito, patria dell'istituto a partire dalle prime previsioni nella Magna Charta fino ad arrivare al celebre *Habeas Corpus Act* del 1679. La Corte prende a riferimento diversi territori coloniali britannici, come l'India, la Scozia, il Canada e l'Irlanda⁴³⁵. Dall'analisi dell'applicazione dell'istituto da parte della Corona inglese su questi territori emerge in realtà una pratica ambivalente, che non permette alla Corte di trarne conclusioni nette e decisive. Difatti

«given the unique status of Guantanamo Bay and the particular dangers of terrorism in the modern age, the common-law courts simply may not have confronted cases with close parallels to this one»⁴³⁶.

La Corte termina ad ogni modo questa prima parte della sentenza con un fondamentale giudizio di merito, che nega il riconoscimento che la sovranità cubana *de jure* su Guantánamo Bay possa porre fine alla questione dell'estensione della *Suspension Clause* su tale territorio. Con le parole della Corte:

«we would be required first to accept the Government's premise that *de jure sovereignty is the touchstone of habeas corpus jurisdiction. This premise, however, is unfounded. [...]. [T]he history of common-law habeas corpus provides scant support for this proposition; and, for the reasons indicated below, that position would be inconsistent with*

⁴³² *Boumediene v. Bush*, 127 S. Ct. 1478 (2007) (mem.).

⁴³³ *Ibid.* Ct. 3078 (2007) (mem.).

⁴³⁴ U.S. Constitution. art. I, § 9, cl. 2: «The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it».

⁴³⁵ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. at 739–46.

⁴³⁶ *Ibid.* at 752.

our precedents and *contrary to fundamental separation-of-powers principles*⁴³⁷ (corsivi aggiunti).

Vedremo in seguito, come questa proposizione della Corte simboleggi in realtà le due vere anime della sentenza⁴³⁸.

La seconda parte delle argomentazioni della Corte si incentra sui suoi precedenti rilevanti. Ne vengono individuati tre fondamentali: *Insular Cases*, *Reid v. Covert*, and *Johnson v. Eisentrager*⁴³⁹, tutti accomunati dall'importanza riconosciuta alle "practical considerations" piuttosto che agli aspetti formali⁴⁴⁰. Di particolare interesse si rivelano specialmente il secondo e il terzo precedente citati. Analizzando il primo dei due, che vedeva imputata la moglie di un ufficiale dell'aviazione statunitense accusata di aver ucciso il marito mentre si trovavano su una base militare nel Regno Unito⁴⁴¹, il giudice Black rigettò «the idea that when the United States acts against citizens abroad it can do so free of the Bill of Rights», aggiungendo inoltre che:

«[w]hen the Government reaches out to punish a citizen who is abroad, the shield which the Bill of Rights and other parts of the Constitution provide to protect his life and liberty should not be stripped away just because he happens to be in another land»⁴⁴².

Benchè questo precedente si riveli particolarmente importante anche per le considerazioni rilasciate dai giudici sulla rilevanza delle *practical questions*⁴⁴³, sull'argomento risulta ancora più significativo il terzo e ultimo precedente citato, un caso in cui le «practical considerations

⁴³⁷ *Ibid.* at 754.

⁴³⁸ Cfr. questo capitolo par. 1.4

⁴³⁹ *Ibid.* at 754–56.

⁴⁴⁰ VAUGHAN (2011: 881)

⁴⁴¹ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 18-19 (1957). «After Mrs. Covert was convicted, she was brought to Washington, D.C. for a proposed retrial by court-martial; there, her counsel petitioned the D.C. District Court for a writ of habeas corpus, on the ground that the Constitution forbade trials of civilians by military authorities.106 The District Court granted the writ, and while the appeal was pending in the Court of Appeals for the Fourth Circuit the government appealed to the Supreme Court, which granted certiorari and affirmed». VAUGHAN (2011: 882)

⁴⁴² *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 5-6 (1957)

⁴⁴³ Il giudice Kennedy scrisse al riguardo: «If citizenship had been the only relevant factor in the case, it would have been necessary for the Court to overturn *Ross*, something Justices Harlan and Frankfurter were unwilling to do». *Boumediene v. Bush*, 553 U.S., at 761–62.

weighed heavily»⁴⁴⁴. Nel caso *Johnson v. Eisentrager*⁴⁴⁵ in cui alcuni prigionieri tedeschi della Seconda guerra mondiale detenuti nella prigione di *Landsberg* (situata nella parte di Germania occupata dagli Stati Uniti) chiesero alle corti statunitensi la concessione del *writ of habeas corpus*, vedendoselo negato a ragione del fatto che una tale garanzia non sarebbe potuta essere garantita a cittadini non americani al di fuori della «territorial jurisdiction that gave the Judiciary power to act»⁴⁴⁶. Nonostante ciò, il giudice Kennedy, dopo aver notato che il fatto che la sentenza avesse molto a che vedere con le “practical barriers to the running of the writ” suggerisse che la Corte di allora «was not concerned exclusively with the formal legal status of Landsberg Prison but also with the objective degree of control the United States asserted over it»⁴⁴⁷, riprese le considerazioni espresse per i tre casi precedenti, riassumendo:

«*Nothing in Eisentrager says that de jure sovereignty is or has ever been the only relevant consideration in determining the geographic reach of the Constitution or of habeas corpus. Were that the case, there would be considerable tension between Eisentrager, on the one hand, and the Insular Cases and Reid, on the other. Our cases need not be read to conflict in this manner. A constricted reading of Eisentrager overlooks what we see as a common thread uniting the Insular Cases, Eisentrager, and Reid: the idea that questions of extraterritoriality turn on objective factors and practical concerns, not formalism*»⁴⁴⁸.

Nella parte finale della sentenza, il giudice Kennedy propone di trarre proprio dall’analisi del caso *Eisentrager*⁴⁴⁹ un “test a tre fattori”⁴⁵⁰ che, attraverso un raffronto fra il caso all’attenzione della Corte e il suddetto precedente giudiziario, servirà a determinare definitivamente l’effettiva

⁴⁴⁴ *Ibid.* at 762.

⁴⁴⁵ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. at 763

⁴⁴⁸ *Ibid.* at 764

⁴⁴⁹ Nel caso in parola infatti, la Corte aveva utilizzato una lista di sei fattori determinanti per decidere sulla concessione dell’*habeas corpus* agli imputati. I punti rilevanti per determinare lo *status* dell’imputato erano i seguenti: (a) is an enemy alien; (b) has never been or resided in the United States; (c) was captured outside of our territory and there held in military custody as a prisoner of war; (d) was tried and convicted by a Military Commission sitting outside the United States; (e) for offenses against laws of war committed outside the United States; (f) and is at all times imprisoned outside the United States. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763.

⁴⁵⁰ «[W]e conclude that at least three factors are relevant in determining the reach of the Suspension Clause: (1) the citizenship and status of the detainee and the adequacy of the process through which that status determination was made; (2) the nature of the sites where apprehension and then detention took place; and (3) the practical obstacles inherent in resolving the prisoner’s entitlement to the writ». *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. at 766

portata extraterritoriale della *Suspension Clause*. Il primo dei fattori da tenere in considerazione è lo *status* dei prigionieri: mentre la condizione di “combattenti nemici” dei cittadini tedeschi del caso *Eisentrager* era evidente e non soggetta a disputa, quella dei cittadini bosniaci del caso *Boumediene* era stata acclarata da un procedimento in verità alquanto discutibile come quello del CSRT⁴⁵¹ e apertamente contestato dagli imputati nel processo⁴⁵².

In secondo luogo, i luoghi di detenzione dei prigionieri, benchè si trovassero in entrambi i casi “technically outside the sovereign territory of the United States” differivano in modo sostanziale in altri aspetti: se infatti la prigione di Landsberg si trovava sotto il controllo delle forze alleate in seguito agli accadimenti della Seconda guerra mondiale, al contrario la base navale di Guantánamo (a seguito del *Lease agreement* del 1903) si trovava “under the complete jurisdiction and control of the United States”⁴⁵³. Ma non solo: un tale controllo non poteva definirsi solo “transitorio” come nel caso di quello derivante dall’occupazione militare alleata. Al contrario, «in every practical sense Guantanamo is not abroad; it is within the constant jurisdiction of the United States».⁴⁵⁴

In ultimo, Kennedy passa a considerare i “*practical obstacles*” che hanno influito sulla decisione della Corte del caso Landsberg e a considerare se potessero rinvenirsi di simili anche nella decisione sul caso in corso. Il ragionamento della maggioranza al riguardo vuole che la concessione di un *writ of habeas corpus* nel caso tedesco, sarebbe stata infinitamente più problematica in quanto avrebbe sia provocato una «judicial interference with the military’s efforts to contain ‘enemy elements, guerilla fighters, and were-wolves», sia una “frizione diplomatica” con il governo tedesco e i governi dei paesi alleati⁴⁵⁵.

In conclusione, tenendo in debita considerazione tutti e tre questi fattori, la Corte decretò che la *Suspension Clause*:

⁴⁵¹ La Corte descrisse tale procedimento come scarsamente garante «of the procedures and adversarial mechanisms that would eliminate the need for habeas corpus review». *Ibid.* at 767.

⁴⁵² *Ibid.* at 766.

⁴⁵³ *Ibid.* at 768–769

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.* at 770

«has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before [the Court], Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause»⁴⁵⁶.

Come anticipato una simile sentenza portò alla dichiarazione di incostituzionalità della sezione 7 dell’MCA, che, *latu sensu*, precludeva la garanzia di diritti costituzionalmente riconosciuti a degli stranieri presenti in un territorio sotto la “complete jurisdiction and control” statunitense. Ci si chiede adesso, a conclusione di questa breve digressione: una simile presa di posizione da parte della Corte suprema potrebbe rappresentare un precedente importante al fine di decretare l’illegittimità delle pratiche di respingimento perpetrate in acque internazionali ai danni dei richiedenti asilo? Un celebre caso europeo, in virtù delle sue similitudini, ma soprattutto delle sue differenze, potrebbe darci una mano ulteriore a capirlo.

⁴⁵⁶ *Ibid.* at 771

1.3 Il caso europeo: *Hirsi Jamaa et al.* c. Italia

I programmi di respingimento in Europa sono storicamente e giuridicamente fondanti su programmi di interdizione navale, normalmente volti ad esercitare il diritto di visita previsto dall'art. 110 UNCLOS⁴⁵⁷. Si pone però la circostanza che un tale diritto non possa venire esercitato in alto mare in rapporto alla prevenzione dell'immigrazione irregolare, a meno che non si pongano tre precise condizioni: la nave fatta oggetto dell'indagine navighi senza bandiera; la nave possieda la medesima nazionalità di quella che compie l'inchiesta; oppure la nave sia intercettata nell'ambito di una cooperazione bilaterale fra due o più stati. A questo fine dunque sono stati rivolti gli accordi bilaterali italiani di cooperazione, con l'Albania prima, con la Libia poi.

Quello con l'Albania fu il primo programma di cooperazione volto al contrasto dell'immigrazione irregolare attuato dall'Italia, a seguito della c.d. crisi albanese degli anni '90. Istituito tramite l'accordo di Roma del 25 marzo 1997, esso prevedeva:

«[...] il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di unità delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibile allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di naviglio di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controlli esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte»⁴⁵⁸.

Sebbene un siffatto accordo presentasse evidenti difetti dal punto di vista del diritto del mare per quanto riguarda gli ampi poteri coercitivi attribuiti all'Italia nelle acque territoriali albanesi e internazionali⁴⁵⁹, rappresentò il

⁴⁵⁷ L'art. 110 UNCLOS stabilisce che il diritto di visita possa essere esercitato soltanto da navi militari o di stato, e che esso consista sostanzialmente in un'inchiesta di bandiera, attraverso la quale si accerta la nazionalità della nave e la sussistenza dei requisiti perché quest'ultima possa legittimamente utilizzare quella bandiera. Le autorità ispettive possono effettuare il fermo dell'imbarcazione e il conseguente arresto delle persone presenti a bordo, nella sola eventualità sia effettivamente riscontrato un caso di pirateria, di trasmissioni non autorizzate, oppure se la nave si riveli priva di bandiera o della stessa bandiera della nave che effettua l'ispezione. Non viene contemplato in questa disposizione il caso dell'immigrazione irregolare, che, in generale, non può quindi essere l'oggetto del diritto di visita. Al contrario, nell'eventualità di trasporto di schiavi, quindi di traffico di esseri umani, la nave militare dovrà procedere informando le autorità del proprio paese, che a loro volta dovranno attendere la risposta dello Stato di bandiera dell'imbarcazione sotto inchiesta, unico competente in quel caso ad effettuare o autorizzare ulteriori azioni. Cfr. TREVISANUT (2012: 120 e ss.)

⁴⁵⁸ GU Suppl. No. 163, del 15 luglio 1997.

⁴⁵⁹ Come si legge nell'accordo, l'Italia avrebbe infatti potuto fermare e dirottare verso porti albanesi navi rinvenute in acque internazionali battenti bandiera albanese, o

modello di base sul quale venne poi redatto, in forma migliore, il successivo accordo con la Libia destinato a rappresentare la base giuridica su cui si poggiarono le attività di respingimento in acque internazionali, successivamente condannate dalla CEDU, perpetrate a partire dal maggio del 2007.

Il trattato di amicizia, partenariato e cooperazione siglato il 30 agosto 2008⁴⁶⁰, solo l'ultimo di una lunga serie di accordi fra Italia e Libia in materia⁴⁶¹, prevedeva, come gli altri, un'azione comune di contrasto al traffico di migranti clandestini tramite un pattugliamento congiunto delle acque territoriali libiche e internazionali. Ma l'articolo rilevante in tali accordi risulta essere l'art. 19, che formalizza l'impegno per una cooperazione bilaterale impegnata nella «lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina»⁴⁶². In tale disposizione però manca un qualsiasi specifico riferimento allo *status* dei migranti che rappresenteranno l'oggetto

comunque “ricongiungibili allo stato albanese”. Inoltre, in acque territoriali albanesi, l'Italia era fornita del potere di fermare e sottoporre a ispezione imbarcazioni battenti qualsiasi bandiera, purché trasportassero una certa categoria di cittadini albanesi. Simili poteri si configurano come eccessivi e al di fuori da quanto previsto dal diritto internazionale in materia. In breve: in alto mare una nave militare italiana, in forza di un accordo bilaterale sull'immigrazione irregolare, avrebbe potuto fermare e ispezionare (quindi esercitare il suo diritto di visita) solamente imbarcazioni battente bandiera albanese (e naturalmente navigli senza bandiera, o battenti bandiera italiana), e non certo anche navi di altre nazioni, ma in qualche (non chiara) misura riconducibili allo stato albanese. Parimenti, in acque territoriali albanesi, l'Albania poteva devolvere all'Italia l'autorità di fermare certe imbarcazioni albanesi, ma non navi di qualsiasi nazionalità. Solamente l'Albania, in quanto Stato costiero, possedeva l'autorità di farlo, un'autorità non devolvibile attraverso un semplice accordo bilaterale, che non coinvolga anche gli Stati delle imbarcazioni fermate.

⁴⁶⁰ Ratificato e reso esecutivo con legge n. 7 del 6 febbraio 2009, GU n. 40 del 18 febbraio 2009.

⁴⁶¹ Ci si riferisce ai precedenti protocolli di cooperazione tra i due Paesi: l'Accordo di natura programmatica del 13 dicembre 2000, e i successivi Protocolli di cooperazione del 29 dicembre 2007. In particolare quest'ultimo rientra nella categoria di accordi di associazione e riammissione previsti nel più ampio quadro della politica di rimpatrio condotta dall'Unione Europea al fine di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare. Cfr. C. BILLET (2010: 220)

⁴⁶² L'art. 19 del trattato dispone inoltre che: «2. Sempre in tema di lotta all'immigrazione, le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche. Il Governo italiano sosterrà il 50% dei costi, mentre per il restante 50% le due Parti chiederanno all'Unione Europea di farsene carico [...]. 3. Le due Parti collaborano alla definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori».

dell'accordo: una simile lacuna diventa tanto più grave qualora si consideri che la Libia non abbia mai ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, e non riconosca di conseguenza la comune definizione e tutela dello *status* di rifugiato⁴⁶³. Ad ogni modo l'art. 6 dell'accordo vincola i due Paesi al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite, dei diritti fondamentali contenuti nella DUDU, nonché dalle numerose norme del diritto internazionale generale e dei principi consuetudinari in materia d'asilo⁴⁶⁴.

Nonostante il vincolo ai suddetti obblighi internazionali, a partire dal maggio 2009, le navi militari italiane cominciarono ad intraprendere una prassi costante di respingimenti verso le coste libiche, intercettando imbarcazioni di migranti in alto mare partite dai quei porti, e dirottandole forzatamente verso i medesimi. Nel corso del solo 2009 l'Italia condusse nove operazioni di questo tipo in acque internazionali, ponendo i sopracitati accordi con la Libia come fondamento giuridico di tali condotte: esse rappresentarono quindi l'oggetto della celebre sentenza di condanna emessa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁴⁶⁵. Il caso si riferisce agli eventi accaduti il 6 maggio 2009 quando circa 200 persone, disposte su tre imbarcazioni dirette in Italia, vennero intercettate da motovedette italiane in acque internazionali, precisamente all'interno della zona SAR maltese, e successivamente trasferite a bordo delle navi italiane e ricondotte nei porti libici da dove erano partite. A distanza di meno di tre anni, l'Italia riceveva dunque una condanna all'unanimità per aver posto in essere simili pratiche. Vediamo perché.

La scelta effettuata dall'Italia, con la pratica dei respingimenti operati in zone di alto mare, risponde evidentemente alla volontà di operare in un non-luogo giuridico, dove la sovranità degli Stati è talmente sbiadita da rendere difficile qualsiasi tipo di attribuzione di responsabilità per gli atti commessi. Sebbene infatti respingere delle imbarcazioni di possibili richiedenti asilo verso le coste di uno Stato come la Libia, contraddistinto

⁴⁶³ N. Ronzitti fa per altro notare che «la mancata ratifica (della Convenzione di Ginevra del 1951) è frutto di una visione ideologica, secondo cui la nozione di rifugiato è estranea alla cultura araba, dove la solidarietà e fratellanza tra i paesi arabi impone agli stati di accogliere i fratelli di altre nazioni arabe». RONZITTI (2009: 8).

⁴⁶⁴ Per ulteriori approfondimenti sul Trattato bilaterale Italia-Libia del 2008, si consiglia TREVISANUT (2009: 609-620).

⁴⁶⁵ Cfr. FIORINI (2012), disponibile online su www.meltingpot.org.

da pratiche di maltrattamento e detenzione degli immigrati clandestini in campi di prigionia (spesso poi rispediti verso i rispettivi paesi d'origine senza analizzare alcuna domanda)⁴⁶⁶, sia manifestamente contrario al principio di *non-refoulement*, l'Italia sperava infatti di poter evitare un simile coinvolgimento in ragione dell'inapplicabilità di un tale principio nelle acque internazionali.

Tuttavia, a discapito delle speranze italiane, non solo la prassi internazionale e la dottrina prevalente⁴⁶⁷, incarnate tra le altre dalle dichiarazioni dell'UNHCR⁴⁶⁸ e dell'*ExCom Standing Committee*⁴⁶⁹, si sono largamente pronunciate a favore dell'applicabilità del principio di non respingimento anche al di fuori del territorio nazionale, ma la Corte EDU si è anche premurata di dimostrare, nella sentenza di condanna, la medesima applicabilità extraterritoriale dell'art. 3 CEDU⁴⁷⁰, il quale garantisce, secondo la giurisprudenza europea, una tutela ancora maggiore

⁴⁶⁶ A tal riguardo chiarificatrici le osservazioni conclusive relative al rapporto presentato dalla Libia ai sensi dell'art. 40 del Patto, rese dal Comitato per i diritti umani (UN Doc. CCPR/LBY/CO/4 del, par. 18), nonché le osservazioni conclusive relative al rapporto presentato dalla Libia, rese dal comitato contro la tortura (UN Doc. A/54/44 dell'11 maggio 1999, parr. 176-189)

⁴⁶⁷ Si indicano in tal senso le analisi di LAUTERPACHT & BETHLEHEM in FELLER, TURK, NICHOLSON (2003:110 e ss.), HATHAWAY (1990: 335 e ss.), e GOODWIN-GILL & MCADAM (2007: 244 e ss.).

⁴⁶⁸ Si veda in particolare la *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, par. 24 e ss. Nello stesso senso la *Guide to Principles and Practice As Applied to Migrants and Refugees - Rescue at Sea* – redatta nel 2006 in collaborazione tra UNHCR e IMO, il cui punto 8 dispone che «if people rescued at sea make known a claim for asylum, key principles as defined in international refugee law need to be upheld».

⁴⁶⁹ L'ExCom, nel quadro dell'*Executive Committee of the High Commissioner's Programme*, ha osservato, circa l'applicazione extraterritoriale dell'art. 33, che «The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all governments agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept person at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligations under international refugee law and human rights law». UN doc. EC/50/SC/CRP.17 del 9 giugno 2000, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, punto 23).

⁴⁷⁰ Art. 3: «Prohibition of torture: no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment». European Convention on Human Rights, drafted by the Council of Europe on November 4, 1950, entered into force on September 3, 1953.

dell'art. 33⁴⁷¹. Difatti, una tale disposizione, vietando la sottoposizione di alcuno a tortura o a pene e trattamenti inumani o degradanti, è stata interpretata dalla Corte di Strasburgo come un meccanismo di *protection par ricochet* o di protezione indiretta⁴⁷², al fine di estendere la tutela fornita a quei casi in cui il rischio di venir sottoposti a tortura o trattamenti inumani si concretizzi a seguito di un provvedimento di estradizione o espulsione perpetrati da uno stato contraente⁴⁷³. La protezione garantita dall'art. 3 CEDU è più vasta della parallela dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra in quanto quest'ultima non prevede eccezioni rispetto ad un eventuale "*serious non-political crime*" (come configurato dall'art. 1F(b) della stessa Convenzione), e considera l'obbligo di non allontanamento (ex. Art. 3 CEDU, per distinguerlo dal "non respingimento" dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra), in ogni caso vigente verso il soggetto che possa subire trattamenti inumani o degradanti se estradato o, come nel caso italiano, respinto.

Data la comune *ratio* e l'obiettivo condiviso dai due articoli delle due Convenzioni, si può ipotizzare quindi che la CEDU abbia ritenuto di poter, non solo estendere l'applicazione dell'art. 3 ai casi di respingimento⁴⁷⁴, ma, quel che più rileva, ai casi di respingimento avvenuti in alto mare,

⁴⁷¹ In effetti, anche se l'insieme dei diritti garantiti dall'art. 33 par. 1 sia teoricamente molto più ampio di quelli protetti dall'art. 3 CEDU (in quanto non si limitano alla presenza di atti di tortura, ma anche all'offesa di molte altre categorie di diritti, come ad es. la libertà di opinione e quella religiosa), la protezione *par ricochet* non viene limitata dalla Corte EDU al solo art. 3, ma è estesa ad alcuni dei diritti più significativi contenuti nella convenzione (ad es. quelli garantiti dagli art. 2, 5 e 6 della stessa CEDU). Cfr. CHERUBINI (2012: 130-131)

⁴⁷² Cfr. COHEN-JONATHAN (1989: 84). CHERUBINI (2012: 103-123).

⁴⁷³ Una tale giurisprudenza vide la sua prima applicazione nel caso *Soering c. Regno Unito* (Corte europea dei diritti umani, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989), che nello specifico riguardava il caso di un cittadino tedesco che, se estradato negli Stati Uniti al fine di essere giudicato essere giudicato per un duplice omicidio ivi commesso, avrebbe potuto essere sottoposto alla pena capitale. In quel caso a rilevare come trattamento inumano o degradante secondo l'interpretazione della Corte non fu tanto l'applicazione della pena di morte (ancora considerata legittima dall'art. 2 CEDU), bensì la possibile connessa permanenza del colpevole nel c.d. "corridoio della morte", termine con cui viene indicato il periodo di detenzione che deve subire il colpevole prima che venga effettivamente eseguita la condanna. Un simile trattamento avrebbe insomma violato *de facto* i principi dell'art. 3 CEDU, che in quel caso servì come vero e proprio principio di non respingimento. Cfr. BREITENMOSER & WILMS (1990: 845 e ss.).

⁴⁷⁴ Fino a quel momento infatti, come nel caso *Soering*, l'art. 3 CEDU era stato applicato ai soli casi di allontanamento e estradizione da un paese, in cui il soggetto era quindi già presente, verso un altro dove sarebbe potuto divenire soggetto di trattamenti inumani.

quindi in una zona dove la giurisdizione dello Stato che compie l'atto potrebbe essere ritenuta assente. Al contrario, nella sopracitata sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte ha ritenuto il Paese a tutti gli effetti colpevole ai sensi dell'art. 3 in quanto pienamente responsabile degli atti compiuti, al di là di ogni ragionevole dubbio. Questo perché, a prescindere dal dibattito sull'opportunità dell'applicazione extraterritoriale dell'art. 3 (ritenuta in ogni caso più che opportuna dalla Corte, data anche il corrispettivo ambito di applicazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra), in questo caso la giurisdizione italiana sui soggetti respinti deriva dalla circostanza che i migranti non siano stati meramente respinti sulle proprie imbarcazioni, bensì caricati sulle navi italiane e ricondotte sulle coste libiche. Adesso, il principio che un'imbarcazione battente bandiera di un paese in acque internazionali appartenga alla giurisdizione esclusiva di quel dato paese, come fosse suo territorio nazionale, si colloca alle basi del diritto internazionale del mare (art. 92, par. 1 UNCLOS)⁴⁷⁵. La giurisdizione e le responsabilità italiane quindi, conseguentemente alla violazione della tutela garantita dall'art. 3 CEDU, sono in questo caso ancora più inoppugnabili, considerando anche come i migranti trasferiti sulle motovedette italiane non siano stati in alcun modo identificati, né sia stato permesso loro di presentare domanda al fine di ottenere protezione internazionale.

A quest'ultimo proposito, per completezza, si rileverà come nella sentenza che condanna l'Italia per i fatti sovraesposti, appaia pure la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il quale sancisce il divieto di espulsioni collettive⁴⁷⁶. Siffatto divieto, composto di un testo molto preciso e stringato, si deve interpretare come un obbligo da parte dello Stato che abbia intenzione di procedere all'espulsione, di attestare un esame reale e differenziato della situazione di ciascun migrante coinvolto in tale espulsione: in questo senso non

⁴⁷⁵ Si consideri inoltre che il contenuto di tale disposizione internazionale sia ribadito nell'ordinamento interno italiano dall'art. 4 del codice penale («Le navi e gli aereomobili italiani sono considerati come territorio dello stato») e parimenti dall'art. 4 del codice della navigazione («le navi italiane in alto mare [...] sono considerate come territorio italiano»).

⁴⁷⁶ Tale disposizione si limita a prevedere che «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate». Come chiarito dalla Corte, per espulsioni collettive si deve intendere «any measures compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group». Corte europea dei diritti umani, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, par. 59.

potranno essere espulsi in maniera collettiva, laddove collettiva diventi sinonimo di sommaria⁴⁷⁷. Secondo la consueta interpretazione sostanziale dei diritti garantita dalla CEDU, la Corte ha quindi ritenuto che un tale divieto si applicasse anche ai casi di respingimenti in alto mare, avendo questi ultimi un effetto equivalente circa la minaccia ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ «Ciò significa che l'espulsione collettiva non è vietata in sé, ma solo in quanto essa non segue un esame individuale accurato ed oggettivo, il che nella prassi è stato riscontrato quando non è stata allestita, da parte delle autorità, alcuna procedura di identificazione degli stranieri espulsi, o il personale che ha proceduto all'espulsione non aveva la competenza ad eseguire colloqui individuali». CHERUBINI (2012: 128).

⁴⁷⁸ Per un'analisi approfondita del caso dei respingimenti italiani del maggio 2009, nell'ottica della violazione dei principi CEDU, si veda A.TERRASI (2009: 591-607).

1.4 I tre casi: una possibile convergenza?

In questo capitolo abbiamo dapprima analizzato la prassi statunitense di respingimenti in alto mare, legittimata di fatto dalla sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti che si espresse per la non applicabilità del norme disciplinanti il principio di *non-refoulement* (sia interne che internazionali) al di fuori del territorio degli Stati Uniti. Abbiamo poi analizzato un caso di storica importanza per la giurisprudenza del paese, iscritto nella cornice di sospetto e restrizionismo provocati dalla lunga scia degli attentati dell'11 settembre, che ha portato la Corte a prendere al contrario una posizione largamente liberale sull'estensione dei diritti garantiti dalla Costituzione americana (nello specifico la garanzia del *writ of habeas corpus*) a territori al di fuori della sovranità effettiva degli Stati Uniti, ma in ogni caso ricadenti nel suo pieno controllo giurisdizionale. In ultimo, abbiamo analizzato un caso di respingimenti extraterritoriali avvenuti nell'ambito di un ordinamento diverso da quello americano, ossia quello europeo. La domanda a cui dobbiamo adesso rispondere è pertanto: alla luce delle nuove tendenze "estensive" della giurisprudenza americana e internazionale, la Corte suprema sarebbe disposta a superare il precedente del caso *Sale*, per prendere una decisione che, discostandosene apertamente, si allineasse maggiormente alla prassi internazionale in materia? In altre parole, la Corte, trovandosi di fronte a un altro caso simile, applicherebbe una sentenza di *overruling*⁴⁷⁹?

Partiamo dal confronto fra i due casi americani. Come specificato in precedenza, essi sono accomunati principalmente dalla circostanza per cui in entrambi il soggetto principale della controversia è stato rappresentato dalla possibilità o meno di applicare diritti garantiti dall'ordinamento interno statunitense in zone e situazioni nelle quali, almeno teoricamente, il Paese non goda di piena sovranità. Nel primo caso gli eventi si

⁴⁷⁹ L'*overruling*, così come il *distinguishing*, sono strumenti sconosciuti alla tradizione giuridica occidentale di *civil law*. Il primo si basa sulla teoria dichiarativa di Blackstone, la quale sostiene che il compito del giudice sia fondamentalmente quello di *ius dicere*, e non di *ius dare*; in altre parole nel decidere il giudice non crea diritto, bensì si limita a metter in luce ciò che il diritto è in quanto tale. Da ciò ne consegue che, se l'interpretazione del giudice si rifà ad antiche e immutabili consuetudini, questa interpretazione possa essere espressa *ab iniuria*. In questo caso, è possibile, e anzi necessario, che al giudice sia consentito superare il precedente creato dal quell'errata interpretazione per cui il "il diritto non era ciò che si pensava che fosse". Data la sua natura, una sentenza di *overruling* sarebbe provvista di efficacia retroattiva. MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI (2016: 69-71).

verificavano in alto mare. Nel secondo in un territorio giuridicamente sotto la sovranità cubana. Sonia Farber vede nella sentenza resa dalla Corte suprema nel caso *Boumediene* una significativa svolta nello “sguardo giudiziario” nei confronti dei rifugiati che si trovino al di fuori del territorio statale americano⁴⁸⁰. Mark Von Sternberg si trova sostanzialmente d'accordo con l'analisi della studiosa, quando dice

«the court has now effectively abandoned the “legal black hole” theory it had pursued in *Sale* pursuant to which refugees have no extraterritorial rights because there is no substantive law to which they can turn for protection»⁴⁸¹.

Per quanto si condivida l'impressione dei sopracitati autori che la Corte suprema abbia intrapreso con la sentenza in questione una via di maggiore attenzione e tutela dell'estensione extraterritoriale dei diritti, si dubita che essa possa risultare anche un precedente giudiziario rilevante per un eventuale successivo caso di respingimento in acque internazionali. Infatti più che di *overruling*, qualora i due casi venissero accomunati, sarebbe più plausibile ritenere che essi vengano fatti oggetto di *distinguishing*⁴⁸². In effetti al di là della comune dimensione extraterritoriale della questione, le differenze sono molte e rilevanti. Se ne evidenziano almeno due principali⁴⁸³.

In primo luogo è diverso il tipo di fonte e il tipo di precedente. Nel caso *Sale* veniva denunciata l'illiceità dell'ordine esecutivo 12,807 rispetto a una norma di diritto internazionale relativamente recente, implementata nell'ordinamento interno da un atto del Congresso (il *Refugee Act* del 1980) ancora più recente. In quel caso la Corte non ha rinvenuto precedenti rilevanti che avessero potuto ribaltare la ben più antica *presumption against extraterritoriality*, ossia la presunzione che gli atti del Congresso

⁴⁸⁰ FARBER (2010: 989-1022)

⁴⁸¹ VON STERNBERG (2014: 56)

⁴⁸² Il *distinguishing*, è uno strumento giuridico che permette al giudice di negare che un determinato precedente possa applicarsi a un caso apparentemente simile. In questo caso, la Corte non nega, nè supera il precedente in questione (come accade nell'*overruling*), ma si limita semplicemente a non ritenerlo applicabile al nuovo caso sottoposto. Cfr. MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI (2016: 69-71)

⁴⁸³ Una ulteriore motivazione aggiuntiva che impedirebbe di prendere il caso *Boumediene* quale precedente rilevante deriverebbe da due ulteriori ragioni di opportunità: la prima è che in realtà il caso *Boumediene* è un precedente troppo giovane per aver acquisito l'autorità necessaria a negarne uno più antico. In secondo luogo, ricordiamo che la decisione sul caso venne presa con una maggioranza risicata di 5-4, al contrario della decisione sul caso *Sale*, approvata per 8-1. Una scarsa unanimità dei giudici è sicuramente un altro elemento d'ostacolo nell'elezione di un precedente significativo.

non possano applicarsi al di fuori dei confini territoriali statunitensi⁴⁸⁴. Viceversa, nella caso *Boumediene* la violazione contestata dai ricorrenti si riferiva a un'antichissima norma di rango costituzionale⁴⁸⁵ quale il diritto di *habeas corpus* garantita da secoli all'interno degli ordinamenti anglosassoni di common law⁴⁸⁶. In questo senso, è stato molto più agevole per la Corte rinvenire dei precedenti significativi che confermassero⁴⁸⁷ o comunque non negassero⁴⁸⁸ l'applicazione extraterritoriale di un simile diritto.

In secondo luogo è diverso il tipo di extraterritorialità rilevato nei due casi. Come suggerisce un'interessante interpretazione del professor Anthony Colangelo⁴⁸⁹ infatti, benché si possa essere tentati di dire che, a parere della Corte, “sovereignty is not the touchstone of habeas”, quello che la Corte dice piuttosto è che la “*de jure* sovereignty is not the touchstone of habeas”⁴⁹⁰. La stessa maggioranza lo specifica in un passo molto importante della sentenza nel quale, dopo aver trattato diffusamente della differenza fra la sovranità *de jure* di Cuba su Guantánamo, e il tipo di sovranità *de facto* di cui disponevano gli Stati Uniti sul medesimo territorio, afferma:

«we would be required first to accept the Government’s premise that *de jure* sovereignty is the touchstone of habeas corpus jurisdiction. This premise, however, is unfounded.

⁴⁸⁴ «Even if Part V of the Act were not limited to strictly domestic procedures, the presumption that Acts of Congress do not ordinarily apply outside our borders would support an interpretation of § 243(h) as applying only within United States territory». *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S.Ct. 2560 (1993).

⁴⁸⁵ L’ art. 9, sez. 9, cl. 2 della costituzione degli Stati Uniti recita: «The privilege of the writ of *habeas corpus* shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it».

⁴⁸⁶ Sull’origine e l’antichità dell’istituto dell’*habeas corpus* nel common law inglese si veda HALLIDAY (2010).

⁴⁸⁷ Cfr. *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 18-19 (1957).

⁴⁸⁸ Cfr. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

⁴⁸⁹ COLANGELO (2009: 623-676).

⁴⁹⁰ «One might be tempted to read the Court as saying that sovereignty is not the touchstone of habeas. But that is not what the Court said; rather, it said specifically “*de jure* sovereignty” is not the touchstone. This specific choice of terms is difficult to ignore given the entire section is devoted to distinguishing Cuba’s *de jure* sovereignty in the lease from other types of sovereignty—in particular, the sovereignty the United States maintains over Guantanamo. If sovereignty were not important, it would be strange for the Court to go out of its way to develop and distinguish another type of sovereignty from the sovereignty in the lease. The Court, in other words, did not respond to the government by saying sovereignty is not important; instead, it responded by saying the specific type of sovereignty you’re talking about is not pivotal, because there is another type of sovereignty that is relevant». *Ibid.* at 635.

[...]. [T]he history of common-law habeas corpus provides scant support for this proposition; and, for the reasons indicated below, that position would be inconsistent with our precedents and *contrary to fundamental separation-of-powers principles*»⁴⁹¹ (corsivi aggiunti).

Per sovranità *de facto* la Corte ha inteso un «plenary control and jurisdiction» sul territorio della base di Guantánamo in quanto «no law other than the laws of the United States applies at the naval station»⁴⁹². Considerato che essa abbia poi basato la sentenza di estensione dei diritti proprio sulla circostanza di tale sovranità *de facto*, contraddistinta dalle seguenti caratteristiche, ci induce a pensare che essa difficilmente potrebbe risultare un elemento sussistente nel caso di un respingimento in alto mare come quello perpetrato nel caso *Sale*. È evidente infatti che non si possa affermare che gli Stati Uniti godano in acque internazionali, così come a Guantánamo, di un “plenary control and jurisdiction” derivato dal fatto che “no law other than the laws of the United States applies [in the area]”⁴⁹³. In altre parole, in alto mare gli Stati Uniti non solo non posseggono una sovranità *de jure*, ma, per come definita dalla Corte nel caso *Boumediene*, neanche *de facto*⁴⁹⁴.

Riteniamo che la probabilità che la Corte possa decidere di negare il precedente del caso *Sale*, cresca notevolmente invece nel caso prenda a riferimento un diverso tipo di precedente, nonché l’evoluzione della prassi internazionale in materia, sancita da casi quali quello *Hirsi e Regina*⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. at 754.

⁴⁹² *Ibid.* at 751

⁴⁹³ Pieno controllo che, ricordiamo, deriva dal Lease agreement del 1903 con Cuba, che se da un lato conservava la sua sovranità sul territorio, dall’altro concedeva agli Stati Uniti la giurisdizione esclusiva sull’area in questione. È quindi da escludere che gli Stati Uniti possano avere una simile controllo e giurisdizione esclusiva sull’alto mare, in quanto, non essendo l’alto mare territorio di alcuno Stato, nessun accordo potrebbe concedergliela.

⁴⁹⁴ Il basarsi su tale accezione di sovranità *de facto* per applicare estensivamente i diritti di *habeas corpus* nella caso *Boumediene* ha portato Colangelo a negare che una simile estensione sarebbe potuta essere garantita su tali basi a prigionieri detenuti in altre strutture carcerarie al di fuori del territorio statunitense, ad esempio, la Bagram Airfield in Afghanistan. Infatti, in quel territorio, le condizioni della sovranità *de facto* descritta dalla Corte suprema non sarebbero potute essere applicate. Con le sue parole: «if the Court continues to use the jurisdictional aspect of *de facto* sovereignty to inform the constitutional scope of habeas, as it did in *Boumediene*, detainees at places like Bagram likely will not constitutionally have access to the writ». COLANGELO (2009: 667-668)

⁴⁹⁵ In quest’ultimo caso, la House of Lords britannica si è trovata a giudicare sulla legittimità delle azioni di alcuni ufficiali inglesi che, di stanza all’aeroporto di Praga, impedirono a cittadini cechi di etnia Rom, l’accesso ad aeromobili di proprietà del Regno Unito, e, di conseguenza l’accesso alla Gran Bretagna. La Corte si è in quel caso espressa

Per quanto riguarda il diverso tipo di precedente, si allude principalmente alla c.d. dottrina *Charming Betsy*⁴⁹⁶, avviata dal giudice Marshall sin dal 1804 e riconfermata in una pluralità di casi successivi⁴⁹⁷. In breve, essa richiede che «an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations, if any other possible construction remains»⁴⁹⁸, laddove per “*law of nations*”, è naturale si intenda oggi “*international law*”. Una simile dottrina, di così autorevole derivazione⁴⁹⁹, è stata per altro rilevantemente confermata dalla stessa Corte suprema nel caso *Cardoza-Fonzeca*⁵⁰⁰ del 1987 laddove essa ha stabilito che lo standard del “*well founded fear of persecution*” contenuto nella normativa americana alla sezione 208(a), vada appropriatamente interpretato in relazione alle previsioni del Protocollo del 1967⁵⁰¹ in quanto

«if one thing is clear from the legislative history of the new definition of 'refugee,' and indeed the entire 1980 Act, it is that one of Congress primary purposes was to bring United States refugee law into conformance with the Protocol to which the United States acceded in 1968.»⁵⁰²

Simili autorevoli e univoci precedenti ci permettono di concludere che se la Corte si trovasse oggi a giudicare su di un nuovo caso di respingimento

positivamente per quanto riguarda l'estensione extraterritoriale del principio di non refoulement, ma ha tuttavia respinto le richieste dei ricorrenti, in quanto, in quel caso, essi non si trovavano “outside the country of [their] nationality” come vuole l'art.1A(2) della Convenzione di Ginevra. *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, UKHL 55 (2004).

⁴⁹⁶ *Murray v. The Charming Betsey* 6 U.S. 64 (1804).

⁴⁹⁷ Cfr. *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25, 32 (1982); *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 356 F.3d 641,646-47 (5th Cir. 2004) (rev'd on other grounds by *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 545 U.S. 119 (2005)); *United States v. Suerte*, 291 F.3d 366,373-74 (5th Cir. 2002); *Ali v. Ashcroft*, 213 F.R.D. 390,405 (W.D. Wash. 2003)

⁴⁹⁸ *Murray v. The Charming Betsey* 6 U.S. at 81.

⁴⁹⁹ Il giudice Marshall è colui che, nella celeberrima sentenza *Marbury v. Madison* (1803), avviò la pratica del controllo di legittimità costituzionale delle leggi negli Stati Uniti (la c.d. *judicial review*), dando sostanzialmente attuazione alle tesi già espresse da Hamilton e Madison nel saggio 78 del *Federalist*. La pratica della *judicial review* si evolvette velocemente negli Stati Uniti, dando vita a un modello diffuso di controllo costituzionale, che si differenziò da quello teorizzato in Europa dall'austriaco Kelsen, per prevedere la partecipazione al giudizio costituzionale di tutti i giudici ordinari, e non solo della Corte suprema. Questi ultimi, qualora si fossero imbattuti in una legge in contrasto con una disposizione costituzionale, avrebbero potuto disapplicarla, facendola permanere nell'ordinamento, ma impedendole di esercitare i suoi effetti *inter partes*. Cfr. MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI (2016: 554 e ss.)

⁵⁰⁰ *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987)

⁵⁰¹ «It is thus appropriate to consider what the phrase “well founded fear” means with relation to the Protocol». *Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. at 437.

⁵⁰² *Ibid.* at 436-37

in alto mare, in luce della dottrina *Charming Betsy* e del suo riconoscimento della necessità di interpretare gli atti del Congresso degli Stati Uniti in conformità con gli impegni assunti attraverso la ratifica del Protocollo del 1967, avrebbe più che ragionevoli motivi per pronunciarsi a favore dell'illegittimità degli stessi, superando e negando il precedente del caso *Sale*. D'altronde, se è necessario interpretare la dizione “*well founded fear of persecution*” e di conseguenza il principio di *non refoulement* contenuto nella sez. 243(h) dell'INA⁵⁰³ in conformità con gli obblighi internazionali scaturenti dal Protocollo⁵⁰⁴, non si vede come possa considerarsi legittima la pratica dei respingimenti in alto mare, laddove, tale interpretazione conforme, rifacendosi alla prassi internazionalmente unanimemente riconosciuta e consolidata, non potrebbe che vertere sull'applicazione extraterritoriale del principio di *non-refoulement*.

La Corte EDU da un lato (caso *Hirsi*), e la House of Lords dall'altra (caso *Regina*) infatti, si sono espresse per un'interpretazione estensiva del principio di non respingimento ai territori al di fuori dei confini dello Stato. Tuttavia, non potendo rilevare nel caso americano la gran parte delle motivazioni che portarono alla condanna dell'Italia, non essendo gli Stati Uniti soggetti né alla CEDU né tanto meno Stati Parte della UNCLOS⁵⁰⁵, l'aspetto che la Corte suprema sarebbe tenuta a prendere in debita

⁵⁰³ La Corte suprema spiega che benché il principio del non respingimento sia contenuto nella Sezione 243(h) dell'INA, quest'ultima prevede infatti che il richiedente debba dimostrare che, se respinto, “he would be threatened”, esponendolo così a uno standard della prova più elevato di quanto inteso dalle intenzioni del Protocollo del 1967. Questo approccio non viene riconosciuto legittimo dalla Corte, che invece si rifà allo standard della “*well founded fear*” contenuto nella Sez. 208(a) dell'INA e che si conforma maggiormente alle previsioni contenute nel suddetto Protocollo. *INA v. Cardoza-Fonseca* 480 U.S. at 430.

⁵⁰⁴ Nella sentenza della Corte sul caso *Cardoza-Fonseca*, da ciò scaturiva proprio l'illegittimità dello standard della prova più elevato (“*a credible fear of persecution*”) fino a quel momento utilizzato dall'Immigration and Naturalization Service per escludere i rifugiati dalla protezione garantita dal principio di *non refoulement*. Infatti: «The 1967 Protocol incorporated the “*well founded fear*” test without modification. The standard, as it has been consistently understood by those who drafted it as well as those drafting the documents that adopted it, certainly does not require an alien to show that it is more likely than not that he will be persecuted in order to be classified as a “*refugee*”». *INS v. Cardoza-Fonseca* 480 U.S. at 438.

⁵⁰⁵ Ricordiamo infatti che l'Italia è stata condannata in base a tre importanti considerazioni: la prima atteneva all'analisi di una prassi internazionale sostanzialmente confermativa dell'estensione extraterritoriale del principio di *non refoulement*. Gli altri due, attenevano uno alla violazione di alcuni articoli della CEDU (art. 3 e art. 4 del protocollo 4), il secondo alla circostanza che, in effetti, secondo l'art. 92 UNCLOS, i respingimenti erano stati compiuti di fatto su territorio italiano, essendo le navi su cui vennero respinti i migranti, battenti bandiera italiana. Cfr. Parte IV, cap. 1, par. 1.3.

considerazione, e che potrebbe quindi citare come causa principale della sentenza di *overruling*, sarebbe proprio la presa d'atto della sostanziale evoluzione della prassi internazionale e dell'*opinio iuris* sull'applicazione extraterritoriale del diritto in questione. Riguardo a quest'ultima, di sicura importanza sono le dichiarazioni della Corte internazionale di giustizia e dell'UNHCR. La prima, nel suo celebre parere sulle Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati ha dichiarato: «while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory»⁵⁰⁶. La seconda ha avuto modo di esprimersi più volte in tal senso⁵⁰⁷ e in particolare l'*ExCom Standing Committee* dell'UNHCR ha osservato:

«*The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all governments agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept person at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligations under international refugee law and human rights law*»⁵⁰⁸ (corsivi aggiunti).

E in effetti, facendo seguire questo commento all'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Corte Suprema dovrebbe far valere la circostanza per la quale i trattati vadano applicati “in buona fede”⁵⁰⁹, elemento del quale, se vogliamo, il sistema di rifugio americano ha sempre teso a mancare.

⁵⁰⁶ Parere della Corte Internazionale di giustizia del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in I. C. J. Reports, 2004, p. 136 e ss, par. 109.

⁵⁰⁷ Si veda in particolare la *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, par. 24 e ss., per cui «[t]he obligations set out in Article 33(1) of the 1951 Convention is subject to a geographic restriction only with regard to the country where a refugee may not be sent to, not the place where he or she is sent from» Nello stesso senso la *Guide to Principles and Practice As Applied to Migrants and Refugees - Rescue at Sea* – redatta nel 2006 in collaborazione tra UNHCR e IMO, il cui punto 8 dispone che «if people rescued at sea make known a claim for asylum, key principles as defined in international refugee law need to be upheld».

⁵⁰⁸ UN doc. EC/50/SC/CRP.17 del 9 giugno 2000, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, punto 23).

⁵⁰⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, art. 26 “*Pacta sunt servanda*”: «Every treaty in force is binding upon the parties to it and *must be performed by them in good faith*» (corsivi aggiunti).

2. Dall' *Evil Empire* alla *War on Terror*: casi e prospettive future

2.1 9/11. La normativa antiterrorismo

Nel 1994 si era consumata una svolta importante. Con il passaggio dall'esclusività dello *status* dei rifugiati cubani⁵¹⁰ alla loro esclusione, al pari dei loro omologhi haitiani, il cambio di paradigma era completato⁵¹¹. Le preoccupazioni radicate nella mentalità della Guerra fredda cedevano adesso il posto a considerazioni dettate dalla politica interna, spesso indotte dai facili umori del corpo elettorale:

«Since the perceptions of the US public are a major influence on immigration and refugee policy in the United States, any attempt to modify legislation or administrative procedures must address those perceptions. [...]. Where US public opinion goes, Congress will often follow»⁵¹²

Ciò che ne seguì a breve termine fu il varo dell'IIRIRA che introduceva un nuovo stretto paradigma fatto di esclusioni, detenzione e espulsioni dirette⁵¹³. In questo senso la via che stavano percorrendo gli Stati Uniti in tema di immigrazione e accoglienza era già ben avviata in una direzione. La dissacrazione di uno dei simboli architettonici più importanti e rappresentativi del potere americano nel mondo da parte di un gruppo terrorista di matrice islamica non poteva che fare esplodere un cannone già pronto a sparare⁵¹⁴. Le conseguenze sul sistema di rifugio americano furono molte e potenzialmente disastrose.

Sebbene il “*material support bar*”, ossia lo sbarramento all'entrata per tutti quei soggetti che avessero apportato un sostegno di una certa rilevanza ad un'organizzazione terroristica, fosse già stato codificato dall' INA del 1990⁵¹⁵, esso subì un'impressionante estensione con i successivi USA

⁵¹⁰ CLINTON (1994: 1477).

⁵¹¹ Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4

⁵¹² McBRIDE (1999: 25). Una notazione quest'ultima, che sembra essere piuttosto valida anche per quanto riguarda le forze che hanno portato al potere il nuovo Presidente americano Donald J. Trump. Cfr. questo capitolo par. 2.4.

⁵¹³ The Illegal Immigrant Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-546 (Sept. 30, 1996). US Statutes at Large 110 (1996): 3009. Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4.

⁵¹⁴ Sulla segnalazione di contributi rilevanti circa gli attentati dell'11 settembre cfr. *supra* nota 401.

⁵¹⁵ Immigration Act of 1990, P.L. 101-649, 1990, Title VI, § 601; 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(iv)(VI) (2005).

Patriot Act del 2001 e Real ID Act del 2005, i quali portarono ad una significativa espansione delle definizioni precedentemente contenute nell'INA.

In primo luogo, le tipologie di organizzazione terroristica vennero ampliate e alle prime due, già precedentemente previste⁵¹⁶, se ne aggiunse una terza di particolare rilevanza. Le c.d. *Tier III organizations* vengono definite come comprendenti «two or more individuals, whether organized or not, which engages in, or has a subgroup which engages in terrorist activities»⁵¹⁷. La definizione, in verità piuttosto vaga (“*an undesigned group*” come lo definisce il Dipartimento di giustizia americano)⁵¹⁸ che permetteva di designare come terroristici anche quei gruppi che non venissero ufficialmente considerati dal governo americano come tali⁵¹⁹, e la circostanza per cui anche solo due persone sarebbero potute essere considerate quali un'organizzazione terroristica, permisero un'applicazione molto estensiva delle limitazioni all'immigrazione che queste norme sottendevano.

In secondo luogo, per “attività terroristica” si intende «any activity which is unlawful under the laws of the place where it is committed (or which, if committed in the United States, would be unlawful under the laws of the United States or any State)». Inoltre viene fornito un dettagliato elenco di attività a titolo esemplificativo della fattispecie⁵²⁰. È evidente come una simile formulazione esponga a un'inevitabile confusione circa la

⁵¹⁶ Si allude alle Tier I e Tier II organizations: le prime definite “as a foreign terrorist organization” (8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(vi) (I)), le seconde “a group otherwise designated in the Federal Register” (8 U.S.C. § 1182 (a)(3)(B)(vi)(II)).

⁵¹⁷ 8 U.S.C. § 1182(a) (3)(B)(vi)(III).

⁵¹⁸ U.S. Department of Justice (2010: 2).

⁵¹⁹ Infatti questi ultimi erano ricompresi nelle prime due categorie, di cui alla nota sopra.

⁵²⁰ «(I) The hijacking or sabotage of any conveyance (including an aircraft, vessel, or vehicle). (II) The seizing or detaining, and threatening to kill, injure, or continue to detain, another individual in order to compel a third person (including a governmental organization) to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the individual seized or detained. (III) A violent attack upon an internationally protected person (as defined in section 1116(b)(4) of Title 18) or upon the liberty of such a person. (IV) An assassination (V) The use of any (a) biological agent, chemical agent, or nuclear weapon or device, or (b) explosive, firearm or other weapon or dangerous device (other than for mere personal monetary gain), with intent to endanger, directly or indirectly, the safety of one or more individuals or to cause substantial damage to property. (VI) A threat, attempt, or conspiracy to do any of the foregoing». INA § 212(a)(3)(B)(iii) (2002); 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(iii) (2000 & 2002 Supp.).

distinzione fra attività di terrorismo e di *freedom fighting*⁵²¹ laddove, entrambe le due rientrano perfettamente nella definizione di attività destabilizzanti contrarie alle leggi del paese dove vengano poste in essere. Come vedremo, questa mancata distinzione sarà alla base di esiti giudiziali alquanto discutibili⁵²².

In terzo luogo, la definizione del “material support to a terrorist organization” viene successivamente definita come la capacità individuale, o di gruppo:

«to commit an act that the actor knows, or reasonably should know, affords material support, including a safe house, transportation, communications, funds, transfer of funds or other material financial benefit, false documentation or identification, weapons (including chemical, biological, or radiological weapons), explosives of training –

(aa) for the commission of a terrorist activity;

(bb) to any individual who the actor knows, or reasonably should know, has committed or plans to commit a terrorist activity»⁵²³.

Notiamo subito come l'unica eccezione concessa al supporto materiale, consista nella comprovata inconsapevolezza da parte del soggetto di stare fornendo un sostegno a un'attività terroristica. Il pesante onere della prova in questo senso, ricade sul migrante, o sul richiedente asilo, che avesse voluto ottenere l'accesso al territorio statunitense. Non solo. Vedremo anche come la definizione di *material support*, sia stata interpretata dal sistema giudiziario americano come potenzialmente onnicomprensiva, creando una vera e propria barriera alla concessione della protezione internazionale. Si passava in quegli anni dal muro di Berlino che divideva gli Stati Uniti da quello che il Presidente Reagan famosamente definì

⁵²¹ Questo in realtà è un problema giuridico di non scarsa rilevanza che ricomprende la più generale questione del diritto di resistenza, di origine settecentesca, oggi espressamente previsto in varie costituzioni tra cui, rilevantemente, quella della Germania (art. 20., c. 4) e del Portogallo (art. 21). Curiosamente, benché esportato in Europa proprio dalle costituzioni settecentesche degli Stati americani, esso non venne poi codificato all'interno della costituzione statunitense del 1787 in quanto un simile istituto *extra ordinem* non venne ritenuto compatibile con la struttura razionalizzata dei poteri e delle garanzie. Tale resistenza, che vede nell'opposizione del popolo a un regime che stia attentando alle garanzie costituzionali di una comunità il suo punto centrale, viene ritenuta lecita sul piano del diritto positivo solo in quanto vittoriosa. Se sconfitta infatti, verrebbe considerata meramente un'attività anti-giuridica e finanche, per l'appunto, terroristica. Al più in futuro, scriveva Fichte, il resistente sconfitto potrà essere inserito tra i martiri. Cfr. MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI (2016: 221-224).

⁵²² Cfr. *In re S-K*- 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006), in questo capitolo par. 2.3.

⁵²³ INA Sec. 212(a)(3)(B)(iv)(VI).

l'“Impero del male”⁵²⁴, a un muro che noi oggi potremmo definire “del terrore”⁵²⁵. Un muro che, col passare degli anni, ha solo aggiunto mattoni alla sua costruzione. Un muro che, tornato nelle ultime settimane di stringente attualità, non divide gli Stati Uniti solo dai suoi nemici, veri o presunti che siano, ma anche dal resto del mondo⁵²⁶.

2.2 Il supporto materiale irrilevante: il caso *Singh-Kaur v. Ashcroft*

Il primo caso di applicazione dell'eccezione di concessione del rifugio negli Stati Uniti in relazione al supporto materiale fornito a un'organizzazione terroristica è stato quello che ha visto la negazione di una simile della protezione internazionale a un cittadino indiano ritenuto colpevole di aver fornito cibo e tende⁵²⁷ a un'organizzazione terroristica. In questo senso il *Board of Immigration Appeal* (BIA) ha negato la concessione dello status di rifugiato, ordinando l'immediato rimpatrio in India del richiedente, proprio sulla base di un'interpretazione particolarmente estensiva del suddetto *material support*. Secondo il BIA dunque il supporto materiale è evidentemente «a legal term of art that means any support, no matter how insignificant»⁵²⁸.

La *United States Court of Appeals for the Third Circuit*, investita del ricorso di *Singh-Kaur*⁵²⁹, confermò sostanzialmente l'interpretazione fornita dal BIA. Nello specifico, dopo aver fornito le definizioni generali di attività terroristica e supporto materiale avvalendosi degli articoli dell'INA⁵³⁰, la Corte, pur riconoscendo l'evidente errore compiuto dal BIA

⁵²⁴ Ronald Reagan “Evil Empire” Speech, March 8, 1983, available at www.millercenter.org

⁵²⁵ Ci si riferisce in particolare all'espressione “War on terror) utilizzata dal Presidente George W. Bush per la prima volta il 20 settembre 2001, a pochi giorni dagli attentati delle Torri gemelle. *Text of George Bush's speech*, The Guardian, September 21, 2001.

⁵²⁶ Cfr. par. 2.4 di questo capitolo.

⁵²⁷ A una *hearing* del 22 gennaio 1997 tenuta dal giudice di immigrazione *Singh-Kaur* disse: “We – I used to help by putting that tent and organize the mondo [sic] or the tent. I never kept any weapons. Those Sikhs who were baptized, they used to come and they knew that I am also baptized and I just help them with the – giving them food.”

Hearing on January 22, 1997, *Singh-Kaur v. Ashcroft* 385 F.3d 293 at 4.

⁵²⁸ Georgetown University Law Center (2006: 10).

⁵²⁹ *Singh-Kaur v. Ashcroft* 385 F.3d 293 (2004).

⁵³⁰ Sulle definizioni in questioni, vedi *supra* par. 2.1.

nel considerare le organizzazioni a cui il ricorrente era affiliato⁵³¹ quali gruppi di matrice terroristica al tempo dei fatti⁵³², essa rilevò che

«[The Court] need[s] not, however, determine whether the BIA erred in retroactively applying the SDGT designations to the organizations with which Singh interacted in India prior to 1989. Nor do we need to consider whether Babbar Khalsa, Sant Jarnail Singh, the International Sikh Youth Federation or any other group was a terrorist organization within the meaning of INA § 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(cc) or (dd), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(iv)(VI)(cc) or (dd)».

Al contrario, il ruolo della Corte era un altro:

«our task tracks the narrow compass of determining whether Singh’s conduct in providing food and setting up tents constituted “material support” either “for the commission of terrorist activity or “to any individual who the actor knows, or reasonably should know, has committed or plans to commit a terrorist activity.” INA § 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(aa) and (bb); 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(iv)(VI)(aa) and (bb) [...]».

We must first determine whether the type of activity in which Singh engaged comes within the statutory definition of “material support” as a matter of law. If we conclude that it does, we must then decide whether Singh’s conduct constituted “material support” as a matter of fact»⁵³³.

Alla manifesta assurdità dell’asserzione per la quale, secondo la Corte, non importasse al fine del giudizio finale il fatto che le organizzazioni a cui Singh-Kaur era legato, fossero in effetti terroristiche o meno⁵³⁴, si aggiunge la susseguente opinione secondo la quale il supporto “materiale”, non dovesse necessariamente essere materiale (ossia “significativo, “essenziale”) per determinare l’esclusione⁵³⁵. Infatti la lista di mezzi e

⁵³¹ Esse erano Babbar Khalsa, Sant Jarnail Singh, e l’International Sikh Youth Federation. La Corte sul punto riassume come segue: «He [Singh-Kaur] claimed membership in the “Babbar Khalsa Group,” whose purpose, he said, was “to protect and promote the Sikh faith,” and the “Sant Jarnail Sing Bhindrawala Militant Group,” whose purpose was “to fight for and protect the religious and political cause of Sikh community.” Singh stated that he had participated in demonstrations and other activities of these two groups. He further claimed to be “on the military and police wanted list because of known and suspected activities against the government” of India». *Ibid.* at 2.

⁵³² Esse infatti, all’epoca del giudizio del BIA, non erano ancora state classificate dagli Stati Uniti come tali. Solo il 27 giugno 2002 Babbar Khalsa and the International Sikh Youth Federation, furono nominate dal Dipartimento del Tesoro quali Specially Designated Global Terrorist (“SDGT”) organizations a seguito di quanto disposto da un ordine esecutivo del Presidente (Executive Order 13,224). Cfr. CRONIN (2003: 15).

⁵³³ *Singh-Kaur v. Ashcroft* 385 F.3d 293 at 7.

⁵³⁴ E vale giusto la pena ricordare che Singh-Kaur era in procinto di essere espulso dagli Stati Uniti proprio per favoreggiamento a organizzazioni di matrice terroristica.

⁵³⁵ Laddove per materiale la stessa Corte propone di usare il significato ordinario del termine. «The word “material” means “[h]aving some logical connection with the

attività considerate dall'INA quali supporto materiale, non sarebbero dovuti essere interpretate quali una “*exhaustive list*”, ma solo come un'enumerazione esemplificativa di fattispecie⁵³⁶. In pratica, il *material support* poteva voler significare pressoché qualsiasi cosa.

Così, al di là dell'effettiva natura terroristica dell'organizzazione supportata, al di là dell'effettiva rilevanza dell'aiuto, ciò che veramente contava secondo la Corte era il solo fatto che il soggetto fosse a conoscenza degli intenti e della natura terroristica dell'organizzazione, laddove, per l'INA, solo una comprovata ignoranza di tal sorta avrebbe potuto escludere l'imputato dall'accusa di supporto al terrorismo⁵³⁷. Accertato senza alcun dubbio che Singh-Kaur fosse a conoscenza di tali attività⁵³⁸, la Corte concluse che:

«Although Singh himself denied participating directly in any violence, substantial evidence supports the BIA's determination that he knew or should have known the militant Sikhs to whom he provided food and shelter had committed or planned to commit terrorist activities within the meaning of the statute. That is sufficient to render Singh inadmissible under INA § 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(bb)»⁵³⁹.

In conclusione, possiamo far notare come, nonostante la rilevante *dissenting opinion* del giudice Fisher che fece rilevare l'evidente absurdità di non porre alcun limite alla definizione di *material support*⁵⁴⁰,

consequential facts.” Black's Law Dictionary 991 (7th ed. 1999). It also means “significant” or “essential”». *Ibid.*

⁵³⁶ «No language in the statute limits “material support” to the enumerated examples. Use of the term “including” suggests that Congress intended to illustrate a broad concept rather than narrowly circumscribe a term with exclusive categories». *Ibid.* at 8.

⁵³⁷ INA Sec. 212(a)(3)(B)(iv)(VI).

⁵³⁸ «The evidence is clear that at the time of Singh's participation with them, the members of the various militant Sikh organizations opposed to the Indian government had committed or planned to commit terrorist activity». *Singh-Kaur v. Ashcroft* 385 F.3d 293 at 10.

⁵³⁹ *Ibid.* at 11

⁵⁴⁰ Egli notò che non solo la decisione del BIA aveva errato nel considerare terroristiche quei gruppi che all'epoca dei fatti non lo erano, ma di come nessuno avesse mai messo in discussione gli argomenti di Singh-Kaur per i quali gli incontri nei quali lui aveva portato assistenza fornendo cibo e tende erano a puro scopo religioso. Egli concluse quindi la sua disamina rilevando che: «“Material support,” by its plain language, means that the act affording support must be of a kind and degree that has relevance and importance to terrorist activity, terrorists, or terrorist organizations. Put another way, an act “affording material support” must move the ball down the field for terrorism [...].

I have no doubt that under the right facts, the provision of a single glass of water to a terrorist could be material support. If bin Laden were dying of thirst and asked for a cup of water to permit him to walk another half mile and detonate a weapon of mass destruction, such support would be “material” to terrorism. But those facts are not before

l'interpretazione fornita dalla Corte d'appello nel caso *Singh-Kaur*, continuò ad essere utilizzata nei giudizi successivi, non prevedendo alcuna eccezione ad essa, neanche, paradossalmente, per coloro che avevano fornito un supporto rivelatosi essere, non solo irrilevante, ma anche ottenuto dall'organizzazione terroristica attraverso la coercizione del soggetto⁵⁴¹.

2.3. Evoluzione della rilevanza. Il caso *In re S.K.* e l'ordinanza del 2014

Nel 2006, due anni dopo il caso *Singh-Kaur*, il BIA si è ritrovato a giudicare su un caso simile. Il giudice di immigrazione infatti, nonostante avesse riconosciuto il ben fondato timore di persecuzione del richiedente, una cittadina di Burma di etnia *Chin*, aveva lei negato lo status di rifugiato proprio in relazione alla questione del supporto materiale. La donna infatti aveva aderito alla causa del Chin National Front (CNF), un movimento di difesa etnica contro le azioni del regime repressivo burmese che in quel periodo commetteva regolari violazioni di diritti umani e abusi nei confronti dei cittadini appartenenti alla minoranza Chin. A prova di ciò, la donna dichiara che il governo aveva arrestato e detenuto sia il fratello che il compagno, il secondo dei quali, era rimasto ucciso per mano dell'esercito. Informata da un confidente appartenente al movimento che il governo aveva intenzione di torturare tutti coloro che fossero stati ritenuti affiliati al CNF, trovandosi lei momentaneamente a Singapore, decise di non tornare in patria e cercare asilo negli Stati Uniti⁵⁴².

us, and permitting a mere cup of water, without more, to be "material support" reads "material" out of the statute». Justice Fisher dissenting, *Singh-Kaur v. Ashcroft* 385 F.3d 293 at 12-27.

⁵⁴¹ Si allude principalmente al celebre caso *In the Matter of R.K.* e a quello di una donna liberiana rapita dal gruppo ribelle LURD e costretta con la forza a fornire aiuto "sostanziale", quale lavare i vestiti dei ribelli. «In the asylum case *In the Matter of R.K.*, Immigration Judge Tadal declined to recognize a defense of involuntariness where a Sri Lankan refugee was kidnapped by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) and forced to pay 50,000 rupees for his release.⁷³ In the resettlement case of a Liberian woman attacked by rebels from the Liberians United for Reconciliation and Democracy (LURD) who killed her father, gang-raped her, abducted her, and held her against her will, DHS deferred her case on material support grounds.⁷⁴ DHS claimed that she provided material support while she was held hostage by LURD rebels for several weeks and forced to perform tasks such as washing the rebels' clothing.⁷⁵ DHS's failure to apply a duress exception has prevented the resettlement of thousands of victims of terrorism». Georgetown University Law Center (2006: 11).

⁵⁴² *In re S-K*- 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006).

La donna (di nome Ma San Kywe) aveva fornito un regolare supporto al CNF attraverso donazioni volontarie di circa 100 S\$ (dollari di Singapore) al mese, per un periodo di undici mesi. Nel corso della sua difesa di fronte al BIA ella fece notare in primo luogo come gli stessi Stati Uniti non riconoscessero la legittimità delle leggi del governo burmese e che, di conseguenza, il CNF non potesse essere considerato coinvolto in attività terroristiche, così come definite dall'INA⁵⁴³; esso piuttosto, sarebbe dovuto essere più opportunamente inquadrato come un movimento simile a quelli che in Afghanistan si opponevano ai Talebani o che in Iraq combattevano contro il regime di Saddam⁵⁴⁴. In secondo luogo il CNF era alleato della *National League of Democracy*, che gli stessi Stati Uniti, col varo del *Burmese Freedom and Democracy Act* del 2003 avevano riconosciuto come «legitimate representative of the Burmese people»⁵⁴⁵.

Nonostante queste valide obiezioni, il BIA, citando più volte il precedente del caso *Singh-Kaur* nel corso delle sue motivazioni, seguì proprio l'impostazione che alla questione venne data dai giudici di quel caso. Infatti, al di là della natura terroristica o meno dell'organizzazione in questione, al di là della rilevanza o meno della supporto apportato, ciò che realmente contava era la consapevolezza o meno da parte del richiedente delle azioni terroristiche perpetrate dall'organizzazione. Secondo il BIA infatti:

«[the INA] is clearly drafted in this respect to require only that the provider afford material support to a terrorist organization, *with the sole exception being a showing by clear and convincing evidence that the actor did not know, and should not reasonably have known, that the organization was of that character.* Section 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(dd) of the Act. *We thus reject the respondent's assertion that there must be a link between the provision of material support to a terrorist organization and the intended use by that recipient organization of the assistance to further a terrorist activity*»⁵⁴⁶ (corsivi aggiunti).

⁵⁴³ Ricordiamo che l'INA classifica un'attività terroristica come «any activity which is unlawful under the laws of the place where it is committed». INA § 212(a)(3)(B)(iii) (2002).

⁵⁴⁴ *In re S-K- 23* I&N Dec. at 938.

⁵⁴⁵ Pub. L. No. 108-61, 117 Stat. 864.

⁵⁴⁶ *In re S-K- 23* I&N Dec. at 943-44. A seguire, il BIA cita apertamente il precedente del caso *Singh-Kaur*. «In *Singh-Kaur v. Ashcroft*, supra, the Third Circuit found that the provision of very modest amounts of food and shelter to individuals who the alien reasonably should have known had committed or planned to commit terrorist activity did constitute material support. The court also found that the listed examples in section 212(a)(3)(B)(iv)(VI) of the Act were not exhaustive but were “intended to illustrate a

Il BIA, ancora una volta, respingeva una richiesta d'asilo a motivo di un supporto materiale irrilevante a una organizzazione terroristica, la cui stessa natura terroristica veniva considerata sostanzialmente irrilevante ai fini della decisione. Ma San Kywe non venne tuttavia sottoposta a espulsione immediata, in quanto considerata dal *Department of Homeland Security* (DHS) eleggibile per il “deferral to removal” sancito dalla Convenzione contro la tortura⁵⁴⁷.

Per quanto la sentenza del BIA si dimostrò tutt'altro che innovativa in materia, nel giro di due anni si segnalò un'importante evoluzione che portò a un ribaltamento dell'esito di tale decisione. A seguito anche di un importante parere fornito dall'UNHCR sul caso Ma San Kywe in qualità di *amicus curiae*, volto fondamentalmente a sottolineare la necessità che le disposizioni dell'INA si conformassero agli obblighi derivanti dal Protocollo del 1967⁵⁴⁸, il segretario Chertoff del DHS⁵⁴⁹ esercitò l'autorità fornitagli dalla c.d. *exemption provision*⁵⁵⁰, per determinare che il “*material support bar*” non sarebbe più stato applicato al *Chin National Front*⁵⁵¹. A questo ordine, fece seguito un atto del Congresso che

broad concept rather than narrowly circumscribe a term with exclusive categories». *Ibid.* at 944.

⁵⁴⁷ «However, during oral argument, the DHS conceded that the respondent is eligible for deferral of removal under the Convention against Torture. We agree and will therefore sustain the respondent's appeal and vacate the Immigration Judge's decision in that regard. The record will be remanded for the appropriate background checks to be updated». *Ibid.* at 946.

⁵⁴⁸ «In sum, Congress plainly intended for courts to construe the “material Support” bar consistently with United States obligations under international law. The absence of a clear statement to the contrary, coupled with the legislative history, compels the conclusion that any interpretation of the bar that fails to honour United States obligations under international law is incorrect». *Ma San Kywe v. Gonzales*, Case No. 06-60629 (2007), H. E. DALLAM, Brief For the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of Petitioner, United States Court of Appeal for the Fifth Circuit, Washington, D.C., 2007, p. 11. Disponibile online.

⁵⁴⁹ Rilevantemente il 20 febbraio 2007 il Segretario Chertoff determinò anche che la previsione contenuta nell'«INA § 212(a)(3)(B)(iv) (VI) *does not apply with respect to material support provided under duress to terrorist organizations* described in INA § 212(a)(3)(B)(vi)(III) (“Tier III” organizations), if warranted by the totality of the circumstances. He delegated his exemption authority to USCIS, in consultation with ICE, to make determinations in individual cases» (corsivi aggiunti). Department of Justice (2010: 3).

⁵⁵⁰ L'Exemption Provision è fondamentalmente un'eccezione al “*material support bar*” che permette al Segretario del DHS o al Segretario di Stato, a loro insindacabile discrezione e in consultazione con il Procuratore generale, di esentare uno straniero o un gruppo terroristico dalle previsioni “*material support bar*”. INA § 212(d)(3)(B)(i).

⁵⁵¹ U.S. Department of Justice (2010: 3).

determinava che «[the CNF] shall not be considered to be a terrorist organization on the basis of any act or event occurring before the [December 26, 2007] date of enactment of this section»⁵⁵². Infine, alla luce dei nuovi avvenimenti, il BIA riconobbe che non sussisteva più alcun motivo per ritenere Ma San Kywe ineleggibile per lo status di rifugiato, cosicché, l'11 marzo 2008, esso concesse l'asilo e ritirò conseguentemente l'ordine di espulsione⁵⁵³.

In questo modo il caso *Ma San Kywe*, a dispetto di un'iniziale convergenza negativa con il caso *Singh-Kaur*, se ne distaccò, giungendo infine a un lieto fine per la ricorrente. C'è da notare tuttavia che, il segretario del DHS, nell'applicare la suddetta *exemption provision*, rilevò che una tale eccezione «did not affect the precedential nature of the Board's conclusions in Matter of S-K-, supra, regarding the applicability and interpretation of the material support provisions»⁵⁵⁴. Insomma, egli si limitava a rilevare che il CNF non era classificabile quale organizzazione terrorista, ma non negava il valore dell'interpretazione data dal BIA nella sentenza resa sul caso nel 2006. Insomma, il paradosso della validità di un supporto materiale irrilevante a un'organizzazione che non poteva neanche classificarsi terroristica, permaneva, e anzi, diveniva ancora più stridente tramite l'effettiva ammissione della natura non terroristica del CNF.

Il 5 febbraio del 2014 il Segretario del DHS e il Segretario di Stato, in consultazione con il Procuratore generale, hanno ancora una volta esercitato il potere concessogli dall'*exemption provision* al fine di non applicare «the material support inadmissibility ground to certain aliens who provided *insignificant material support* to an undesignated terrorist organization, or to a member of such an organization»⁵⁵⁵. Questa sembrerebbe dunque una svolta fondamentale al fine della definitiva eliminazione della barriera costituita dal supporto materiale irrilevante negli Stati Uniti. Tuttavia, rileviamo come, in realtà, l'atto in questione, non solo preveda un mastodontico elenco di c.d. *thresholds requirements* al fine di ottenere l'eleggibilità per una simile eccezione⁵⁵⁶, ma richieda

⁵⁵² CAA § 691(b), 121 Stat. at 2365

⁵⁵³ Matter of S-K-, 24 I. & N. Dec. 475 (BIA 2008).

⁵⁵⁴ *In re S-K-*, 24 I. & N. Dec. 289, 291 (A.G. 2007).

⁵⁵⁵ Implementation of the Discretionary Exemption Authority under Section 212(d)(3)(B)(i) of the Immigration and Nationality Act for the Provision of Insignificant Material Support, 79 Fed. Reg. 6914-01 at 1.

⁵⁵⁶ «Establish that he or she is otherwise eligible for the immigration benefit or protection being sought; undergo and pass all relevant background and security checks; fully

allo stesso tempo agli stranieri che vogliono rientrare in questa eccezione di soddisfare simultaneamente ulteriori tre *qualifying criteria*: il primo è naturalmente quello di aver fornito un supporto materiale “insignificante”, laddove esso possa essere considerato come tale solo se «1) it is minimal in amount; 2) the applicant reasonably believed that it would be inconsequential in effect»⁵⁵⁷. In secondo luogo «[t]he applicant must establish that he or she did not intend to further an organization’s violent or terrorist activities»⁵⁵⁸. Infine, viene mantenuto e rafforzato il vecchio criterio della “*knowledge*”, ossia: «[t]he applicant must establish that he or she did not know and reasonably should not have known that the support he or she provided could be directly used to engage in violent or terrorist activity»⁵⁵⁹.

Risulta quindi evidente come un provvedimento del genere sia ascrivibile molto più a una rinnovamento cosmetico del regime del *material support*, che a una significativa riforma sostanziale. Anche senza prendere in considerazione l’enorme elenco di requisiti da soddisfare, la mantenuta

disclose, in all relevant applications and/or interviews with U.S. Government representatives and agents, the nature and circumstances of any material support provided and any other activity or association falling within the scope of section 212(a)(3)(B) of the INA, as well as all contact with a terrorist organization and its members; establish that he or she has not provided material support to any individual who the alien knew or reasonably should have known committed or planned to commit a terrorist activity on behalf of a designated (Tier I or II) terrorist organization, as described in section 212(a)(3)(B)(vi)(I) or (II) of the INA, for which no other exemption applies; Establish that he or she has not provided material support to terrorist activities that he or she knew or reasonably should have known targeted noncombatant persons, U.S. citizens, or U.S. interests; establish that he or she has not provided material support that the alien knew or reasonably should have known involved providing weapons, ammunition, explosives, or components thereof, or the transportation or concealment of such items; establish that he or she has not provided material support in the form of military-type training [as defined in Title 18, United States Code, section 2339D(c)(1)], for which no other exemption applies; establish that he or she has not engaged in any other terrorist activity, including but not limited to providing material support to a designated (Tier I or II) terrorist organization, as described in section 212(a)(3)(B)(vi)(I) or (II) of the INA, for which no other exemption applies; and establish that he or she poses no danger to the safety and security of the United States». *Ibid.* at 3.

⁵⁵⁷ *Ibid.* at 4

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Inoltre: «Some support—such as providing any quantity of weapons, explosives, or ammunition, or any similar military-type equipment or material—is specifically excluded from consideration under this exemption. Additionally, any material support the applicant knew or should have known could be used directly to engage in violent or terrorist activity is also excluded from consideration under this exemption. Some support—for example, providing food, water, or shelter—will generally not disqualify an applicant unless circumstances warrant otherwise». *Ibid.*

previsione della consapevolezza come elemento atto a far scattare automaticamente la rilevanza del supporto al terrorismo, anche quando manifestamente irrilevante, non solo fa sì che paradossalmente, tutti i casi precedentemente analizzati non sarebbero potuti comunque rientrare nell'eccezione in questione, ma che tutti coloro che in futuro avranno consapevolmente offerto una birra a un membro di un'associazione terroristica (o supposta tale) continuino a non poter essere ammessi sul territorio statunitense.

Conclusioni. L'assalto al tempo.

Nel corso di questo lavoro abbiamo visto come gli Stati Uniti non abbiano seguito una politica di rifugio coerente, almeno fino al 1980. Tuttavia, anche dopo quella data, la prassi reale seguita dall'amministrazione americana ha deviato sensibilmente da quanto previsto nel testo del nuovo *Refugee Act*. In sintesi, potremmo dire che il Paese abbia attraversato complessivamente tre diverse macro-fasi di politiche di accoglienza. La prima la si è chiamata l'“era della migrazione”⁵⁶⁰: questa, partendo dalle origini dello Stato americano, spesso definito quale *Nation of Immigrants* da una celebre espressione utilizzata da J. F. Kennedy, arriva fondamentalmente fino al *Refugee Relief Act* del 1953, il primo strumento normativo nel quale venisse contemplata una nozione di rifugiato anche se, fortemente ideologica e politicizzata.

Si passava così, dall'era della migrazione, a quella del rifugio, e, più precisamente, del rifugio strategico (o competitivo)⁵⁶¹. Con questa espressione abbiamo inteso raffigurare una politica di accoglienza fortemente radicata nel cemento della politica estera americana. A partire dal *Refugee-Escapee Act* del 1957, sono infatti proprio i soggetti in fuga da paesi comunisti i più titolati a trovare ristoro dalle persecuzioni sul territorio statunitense. La discrezionale *parole authority* del Presidente, è stata utilizzata per decenni proprio a tale scopo: un potere *ad hoc*, volto ad affrontare particolari situazioni di emergenza, non sottoposto al parere del Congresso. In questo periodo, l'emergenza migratoria, negli Stati Uniti diventa la norma.

Il Paese sarebbe dovuto infine entrare in una nuova fase già a partire dal 1968, quando venne ratificato il Protocollo alla Convenzione di Ginevra⁵⁶²; eppure si dovette attendere fino al 1980, l'anno del *Refugee Act*, per assistere a una sistematizzazione della normativa. Nasceva così “il tempio del rifugio americano”⁵⁶³, il sistema il cui compito, da quel momento in poi, sarebbe stato quello di attuare al meglio le previsioni umanitarie della Convenzione di Ginevra nell'ordinamento interno degli Stati Uniti. Come abbiamo visto tuttavia, la pratica si rivelò

⁵⁶⁰ Cfr. Parte II, cap. 1.

⁵⁶¹ Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.3.

⁵⁶² Cfr. Parte III, cap. 1, par. 1.1.

⁵⁶³ Cfr. Parte III, cap. 2.

significativamente diversa dalla teoria. Di fatto, l'era del rifugio strategico, proseguì fino alla metà degli anni '90, epoca in cui, con la minaccia dell'Unione Sovietica ormai spentasi da qualche anno, le problematiche di politica interna iniziarono a prendere il posto delle relazioni internazionali nella formazione delle *policies* migratorie americane⁵⁶⁴.

La terza fase, che stiamo ancora vivendo, potremmo definirla figurativamente come "l'era dell'assalto". A partire dagli indiscriminati respingimenti degli haitiani degli anni '90 e dal susseguente varo dell'IIRIRA nel 1996 (le cui previsioni sono valide ancora oggi), le tendenze migratorie restrizioniste non si sono di fatto più fermate⁵⁶⁵. 9/11 è una formula numerica tanto celebre da essere una delle poche a poter essere riconosciuta senza bisogno di ulteriori specificazioni. Dal 2001 l'"impero del male" sovietico viene definitivamente sostituito nell'immaginario americano dal "regno del terrore islamico". La sicurezza schizza al primo posto dell'agenda politica di Washington, e viene anteposta ad ogni altra considerazione relativa ai diritti, umani e civili. Sono questi gli anni in cui le ammissioni di rifugiati nel Paese crollano a picco, supportate dalle nuove barriere anti-terrorismo. L'assalto al tempio del rifugio americano, eretto con fatica da uomini dalla profonda fede umanitaria, era iniziato⁵⁶⁶.

In effetti l'assalto, così brutale e violento come raffigurato, ha trovato un significativo periodo di tregua in tempi più recenti. Come possiamo notare dalle tendenze di lungo periodo delle ammissioni sotto il *Refugee Resettlement Program*, il più significativo strumento di rifugio statunitense⁵⁶⁷, a partire dal periodo successivo al 2007, se le c.d. *refugee admission ceilings* sono rimaste sostanzialmente stabili a partire dal 2004⁵⁶⁸, le ammissioni effettive hanno preso tendenzialmente ad aumentare, raggiungendo quasi sempre, negli ultimissimi anni, la soglia

⁵⁶⁴ Cfr. Parte III, cap. 3

⁵⁶⁵ Cfr. Parte III, cap. 3, par. 3.4

⁵⁶⁶ Cfr. Parte IV, cap. 2, par. 2.1.

⁵⁶⁷ «The United States is the world's top resettlement country for refugees». J. ZONG, J. BATALOVA, *Refugees and Asylees in the United States*, October 28, 2016, Migration Policy Institute, disponibile online. «In recent years the United States has been the world's top resettlement country, with Canada, Australia and the Nordic countries also providing a sizeable number of places annually». UNHCR, *Resettlement 2016*, disponibile online.

⁵⁶⁸ Cfr BRUNO (2015: 3, Table I)

convenuta da Presidente e Congresso all'inizio dell'anno fiscale⁵⁶⁹. Ultimamente, l'amministrazione Obama aveva stabilito una soglia complessiva di 85,000 ingressi nel 2016, di cui 10,000 di essi riservati ai rifugiati Siriani. Entrambi i propositi sono stati raggiunti dall'amministrazione, che ha proposto una soglia per il 2017 di 110,000 ingressi, con una quota riservata ai rifugiati siriani non ancora meglio definita, ma sicuramente significativamente aumentata rispetto ai precedenti 10,000⁵⁷⁰.

Figure 1. U.S. Annual Refugee Resettlement Ceiling, FY 1980 - 2016

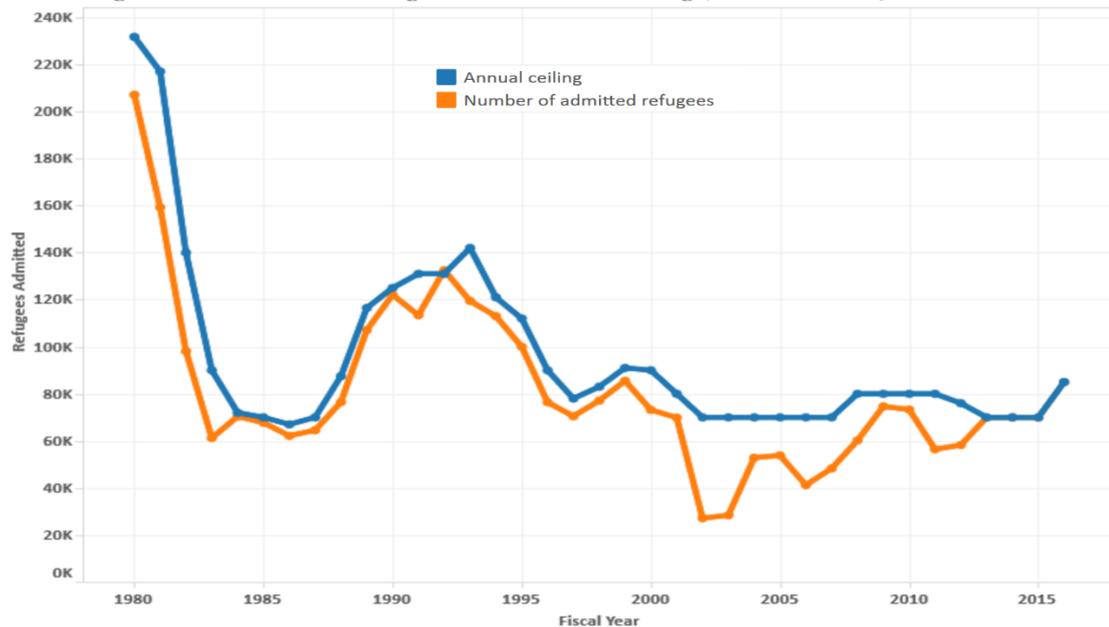


Source: Migration Policy Institute (MPI), data from U.S. Department of State, 2016

⁵⁶⁹ Cfr. J. ZONG, J. BATALOVA, *Refugees and Asylees in the United States*, October 28, 2016, Migration Policy Institute. Disponibile online.

⁵⁷⁰ Bureau of Population, Refugees, and Migration: Proposed Refugee Admissions FY 2017. U.S. Department of State, disponibile online.

U.S. Refugee Admissions and Refugee Resettlement Ceilings, Fiscal Years 1980-2016



Source: Migration Policy Institute (MPI), data from the State Department Bureau Population, 2016.

La tregua è durata tuttavia poco. Con l'insediamento del neo eletto Presidente Donald J. Trump alla casa Bianca, avvenuto il 20 gennaio 2017, ben pochi propositi dell'amministrazione Obama sono stati mantenuti in vita⁵⁷¹. Tra di essi, platealmente, quelli concernenti l'ammissione di rifugiati per i mesi successivi. Attraverso un ordine esecutivo divenuto ben presto tristemente noto a tutto il mondo⁵⁷², egli ha spinto indietro l'orologio del rifugio americano di quasi 100 anni, ritornando ai discrezionali e razzisti sbarramenti decretati nel 1924 dal *National Origins Quota Act*⁵⁷³. L'ordine in questione ha sostanzialmente decapitato l'*annual ceiling* proposta dall'amministrazione Obama per il 2017, portandola da

⁵⁷¹ Si allude principalmente alle misure volte a smantellare il c.d. *Obama Care*, gli accordi sul clima e i regolamenti finanziari approvati dall'amministrazione Obama. Cfr. C. McCLANAHAN, Trump's Executive Order on Obama Care: The Dismantling Begins, *Forbes*, January 20, 2017; C. DAVENPORT, What Trump Can and Can't do to Dismantle Obama's Climate Rules, *The New York Times*, January 26, 2017; M. EGAN, Trump begins dismantling Obama Financial Regulations, *CNNnews*, February 3, 2017. Disponibili online.

⁵⁷² The White House, Office of the Press Secretary, Executive Order: Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, January 27, 2017, available at www.whitehouse.com

⁵⁷³ Cfr. Parte II, cap.1, par. 1.2.

110,000 a 50,000, bloccando il *resettlement program* statunitense per i successivi 120 giorni. Non solo. Esso presenta una lista nera di sette nazionalità a maggioranza musulmana⁵⁷⁴ a cui sarà negato qualsiasi tipo di accesso sul suolo americano per almeno 90 giorni a partire dalla data di emissione del decreto, anche qualora costoro avessero già in precedenza ottenuto una c.d. *green card* utile a consentirgli la permanenza legale nel Paese. I siriani fanno eccezione, nel senso che per loro il blocco viene prolungato a tempo indeterminato.⁵⁷⁵

Come accennato, non solo il decreto si ricollega apertamente a quella tradizione restrizionista americana post 2001 fondata su una indiscriminata lotta al terrorismo che portò le ammissioni di rifugiati a precipitare negli anni immediatamente successivi, ma, ancora più spaventosamente, a quella tradizione razzista e restrittiva risalente agli anni '20 che creò per decenni quella che infine il Presidente Kennedy definì come una pratica apertamente lesiva dello «spirit expressed in the Declaration of Independence that “all man are created equal”»⁵⁷⁶. In effetti, il Johnson e il Johnson-Reed Act a cui si fa qui riferimento, apportavano modifiche alla precedente politica migratoria, non affatto dissimili da quelle elaborate da Trump nel suo decreto del 27 gennaio: anch'esse, allo stesso modo, stabilivano una soglia di ammissione estremamente bassa e prevedevano accurate liste di esclusione per determinate nazionalità ritenute indesiderate⁵⁷⁷. Allora gli indesiderati erano gli asiatici e i cittadini dell'Europa meridionale, generalmente considerati «criminally inclined, less skilled, more ignorant and content with a minor standard of living»⁵⁷⁸. Adesso sono i musulmani, neanche tutti, ma solo quelli che provengano da determinati paesi discrezionalmente selezionati⁵⁷⁹. L'assalto al tempio del rifugio, non sarebbe potuto riprendere più vigoroso.

⁵⁷⁴ I paesi sono Iran, Iraq, Syria, Yemen, Sudan, Libya and Somalia. Molti fanno per altro notare con gli Stati Uniti abbiano regolarmente bombardato cinque dei sette paesi da cui adesso si impedisce ai rifugiati di fuggire. Cfr. tra gli altri C. MENAHAN, *Obama bombed 5 of 7 countries Trump Banned*, InfoWars, January 30, 2017. Disponibile online.

⁵⁷⁵ Cfr. fra i tanti P. OWEN, S. SIDDIQUI, H. STEWART, *US refugee ban: Trump decried for “stomping on” American values*, The Guardian, January 27, 2017; D. MERICA, *Trump signs executive order to keep out “radical Islamic terrorists”*, CNNnews, January 30, 2017. Disponibili online.

⁵⁷⁶ Riportato in (MARTIN 2010: 183).

⁵⁷⁷ Cfr. Parte II, cap. 1, par. 1.2.

⁵⁷⁸ ZUCKER & ZUCKER (1996: 14).

⁵⁷⁹ Cfr. A. NEIER, *Saudi Arabia and Egypt are excluded from Trump's Ban. Why?*, The Guardian, January 30, 2017. Disponibile online.

La politica del neo-Presidente Trump, a differenza di quanto accadeva negli anni '20, è tuttavia fortemente avversata, sia da larga parte dell'opinione pubblica⁵⁸⁰, che dalla stampa⁵⁸¹, che dalla comunità internazionale⁵⁸². Ancora più significativamente, essa è avversata dal ramo giudiziario. Il 28 gennaio 2017, giorno della memoria, e primo giorno di applicazione di una disposizione apertamente razzista, il giudice federale Ann M. Donnelly ha decretato il blocco dell'esecuzione del decreto per tutti coloro in possesso di un visto riconosciuto dalle autorità di immigrazione americane, accogliendo la richiesta portata avanti da un'azione legale collettiva sostenuta dall'*American Civil Liberties Union* (ACLU)⁵⁸³. Nello specifico, il giudice del Distretto di Brooklyn ha ordinato agli agenti dell'esecutivo di astenersi

«from, in any manner or in any means, removing individual with refugee applications, approved by U.S. Citizen and Immigration Services as part of the Refugee Admission Program, holders of valid immigrant or non-immigrant visas, and others individual from Iraq, Syria, Iran, Sudan, Lybia, Somalia, and Yemen, legally authorized to stay in the United States»⁵⁸⁴.

Il giudice Donnelly, nelle motivazioni che l'hanno condotta a questa decisione ha rilevato che «the removal of the petitioner and others similarly situated violates their right to Due Process and Equal Protection guaranteed by the United States Constitution»⁵⁸⁵, e che inoltre

«[t]here is an imminent danger that, absent the stay to removal, there will be substantial and irreparable injury to refugees, visa holders, and other individual of nations subject to subject to the January 27, 2017 executive order»⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ L. GAMBINO, S. SIDDIQUI, P. OWEN, E. HELMORE, *Thousands protest against Trump travel ban in cities and airports nationwide*, The Guardian, January 30, 2017. Disponibile online.

⁵⁸¹ Cfr. P. OWEN, S. SIDDIQUI, H. STEWART, *US refugee ban: Trump decried for "stomping on" American values*, The Guardian, January 27, 2017; D. MERICA, *Trump signs executive order to keep out "radical Islamic terrorists"*, CNNnews, January 30, 2017. Disponibile online.

⁵⁸² J. WILLIAMS, *From "shameful" to "well done": World Leaders Speak Out on Trump's Immigration Ban*, Vox, January 29, 2017; T. McGRATH, *From Malala to Nike, here's how the world is reacting to Trump's Immigration Ban*, Public Radio International, January 30, 2017. Disponibili online.

⁵⁸³ *Darweesh v. Trump*, Petition For Writ of Habeas Corpus and Complaint For Declaratory and Injunctive Relief, American Civil Liberty Union, January 28, 2017. Disponibile online.

⁵⁸⁴ *Darweesh v. Trump* 17 Civ 480 (AMD) at 2.

⁵⁸⁵ *Ibid.* at 1

⁵⁸⁶ *Ibid.* at 2

La sentenza quindi, oltre che ai ricorrenti in giudizio, si è estesa anche a tutti coloro che all'interno del paese si fossero trovati in condizioni simili (“and others similarly situated”), quindi parimenti bloccati negli aeroporti, o altrimenti impediti di accedere sul suolo americano. Com'è stato fatto notare dal presidente dell'ACLU Anthony Romero, la sentenza sarebbe potuta essere estesa a circa altre 200 persone, tutte già presenti su suolo americano⁵⁸⁷. Ma a distanza di pochi giorni, c'è chi è andato oltre.

Il 3 febbraio il giudice federale del distretto di Seattle James L. Robart ha garantito un c.d. *Temporary Restraining Order* (TRO) che ha momentaneamente bloccato a livello nazionale l'implementazione dell'ordine esecutivo del 27 gennaio⁵⁸⁸. A differenza della precedente, la sentenza del giudice Robart estende adesso i suoi effetti a decine di migliaia di persone, comprendendo tutti coloro che, provenendo da uno dei sette paesi colpiti dal bando, non sarebbero più potuti entrare negli Stati Uniti nonostante possedessero validi documenti d'ingresso⁵⁸⁹. Nelle sue motivazioni, il giudice chiarisce le ragioni per le quali il rilascio del TRO si sia dimostrato indispensabile:

«they [the plaintiffs] have shown that they are likely to succeed on the merits of the claim that could entitle them to relief; the States are likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief; the balance of the equities favour the States; and a TRO is in the public interest. [...].

As the Court noted for the Winter test, *the States have also established a likelihood of irreparable injury and that a TRO is in the public interest*»⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ «However, it would only impact those who were “on American soil” – ie those who had been mid-flight or had landed while the executive order was being signed by the president, Romero said. He estimated that there were at least 100-200 people currently being held in airports across the country, however he said the number could be higher. Asked by the judge to confirm the number, government lawyers were unable to respond with confidence». R. JALABI, A. YUHAS, *Federal judge stays deportations under Trump Muslim country travel ban*, The Guardian, January 29, 2017.

⁵⁸⁸ *State of Washington v. Trump* 17 CV 00141 JLR, United States District Court Western District of Washington at Seattle.

⁵⁸⁹ «Airlines including Air France and Deutsche Lufthansa AG responded to the ruling Saturday, saying all passengers with valid travel document including from the seven countries included in the ban would be allowed to travel to the U.S.». D.BARRETT, D. FROSH, *Federal Judge Temporarily Halts Trump Order on Immigration, Refugees*, The Wall Street Journal, February 4, 2017.

⁵⁹⁰ *State of Washington v. Trump* at 4.

Il Presidente Trump, dopo aver sostanzialmente insultato pubblicamente il giudice Robart e il suo giudizio⁵⁹¹, ha espresso l'intenzione di portare il caso fino alla Corte suprema se necessario⁵⁹². Tuttavia, per adesso, il ricorso in appello portato avanti dal Dipartimento di Giustizia americano (il quale aveva inizialmente definito "oltraggioso" il giudizio espresso dal giudice Robart⁵⁹³) al fine di reintegrare immediatamente l'efficacia dell'ordine esecutivo di Trump, è stato respinto dalla *United States Court of Appeal for the Ninth Circuit* in data 4 febbraio⁵⁹⁴. Lo scontro è ancora apertissimo, e le risposte dell'esecutivo sono attese per il 6 febbraio. Nel frattempo il Dipartimento di Stato Americano è stato costretto a sospendere l'implementazione dell'ordine, pur avendolo definito "lawful and appropriate"⁵⁹⁵.

Sembra dunque che questo lavoro debba terminare nel bel mezzo di una rinnovata battaglia giuridica fra un esecutivo ancora una volta accecato dallo spettro onnipotente del terrorismo islamico, e un giudiziario ertosi nuovamente a difesa delle libertà garantite dalla costituzione americana. Già nel 1978 il giudice King si era esposto in questo senso, denunciando l'inappropriatezza e l'inumanità dei programmi di respingimento governativi⁵⁹⁶; a partire dal 2004 si ricorda poi come si sia perpetrata una simile battaglia giuridica fra l'amministrazione Bush e il sistema giudiziario americano, conclusasi infine definitivamente di fronte alla Corte suprema con la celebre sentenza sul caso *Boumediene* che decretò la fine delle restrizioni dei diritti di *habeas corpus* ai danni dei prigionieri di

⁵⁹¹ Sulla sua pagina twitter ufficiale il Presidente Americano si è espresso come segue: «The opinion of this so called judge, which essentially takes law-enforcement away from our country, is ridiculous and will be overturned!». Cfr. T. FULLER, "So-Called" Judge criticized by Trump is Known as a Mainstream Republican, *The New York Times*, February 4, 2017.

⁵⁹² L. JARRET, R. MARSH, L. KORAN, *Homeland Security Suspend Travel Ban*, CNNnews, February 4, 2017.

⁵⁹³ Cfr. M. LANDER, *Appeals Court Rejects Request to Immediately Restore Travel Ban*, *The New York Times*, February 4, 2017.

⁵⁹⁴ «The court has received appellants' emergency motion (Docket Entry No. 14). Appellants request for an immediate administrative stay pending full consideration of the emergency motion for a stay pending appeal is denied». *State of Washington & State of Minnesota v. Trump*, 2:17 CV 00141, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit.

⁵⁹⁵ Cfr. M. LANDER, *Appeals Court Rejects Request to Immediately Restore Travel Ban*, *The New York Times*, February 4, 2017.

⁵⁹⁶ *Haitian Refugee Center v. Civiletti*, Vol. 503, p. 422, Federal Supplement (Southern District Florida 1980). Affirmed Vol. 676, p. 1023, Federal Reporter, 2nd Series [11th Circuit Court of Appeals 1982]. Cfr. Parte II, cap. 2, par. 2.4.

Guantanamo⁵⁹⁷. La rinnovata sfida tra l'esecutivo e il giudiziario è stata da ultimo ben presentata dalle parole conclusive del giudice Robart:

«Fundamental to the work of this court is a vigilant recognition that it is but one of three equal branches of our federal government. The work of the court is no to create policy or judge the wisdom of any particular policy promoted by the other two branches. [...]. The work of the Judiciary, and this court, is limited to ensuring that the actions taken by the other two branches comport with our country's law, and more importantly, our Constitution. [...]. Although the question is narrow the Court is mindful of the considerable impact its order may have on the parties before it, the executive branch of our government, and the country's citizens and residents. The court concludes that the circumstances brought before it today are such that it must intervene to fulfil its constitutional role in our tripart government. Accordingly, the court concludes that entry of the above described TRO is necessary, and States' motion (Dkt.##2,19) is therefore GRANTED». (corsivi aggiunti)⁵⁹⁸.

Il ruolo del giudiziario quale custode ultimo della Costituzione degli Stati Uniti si rileverà di fondamentale importanza nello sviluppo di questa vicenda. Il tempio del rifugio americano, sotto assedio, ha bisogno di un custode. Questo lavoro si conclude con la speranza che il giudiziario statunitense, incarnato in ultima istanza dalla massima autorevolezza della Corte suprema, possa vestire questo ruolo, confermando le ultime tendenze espresse nelle lunghe battaglie legali a difesa dei diritti civili. Ma ciò non basta. L'intero popolo americano è tenuto a fare sentire la propria voce perché in gioco, in questo caso, c'è qualcosa di persino più importante della Costituzione degli Stati Uniti: l'umanità di un Paese, di fronte alle lacrime di un mondo ferito.

⁵⁹⁷ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 792 (2008). Cfr. Parte IV, cap. 1, par. 1.2.

⁵⁹⁸ *State of Washington v. Trump* at 7.

Riassunto

Parte I

Il rifugio è antico quanto il bisogno dell'uomo di sottrarsi al conflitto e alle persecuzioni. Sin dalle epoche più remote, percorrendo le lande più desolate della terra, possiamo rinvenire una qualche nozione di ospitalità e rifugio. Essa nasce nel deserto, fra le popolazioni arabe senza fissa dimora, che con il nome di *Ijara* cominciano a estendere l'ospitalità della propria tenda a chi la richieda. Con l'avvento dell'Islam questa ospitalità diviene un vero e proprio precetto religioso, che obbliga ogni buon musulmano a "salvaguardare" (*Amam*) ogni cittadino non-musulmano che ne abbia bisogno e lo richieda. Da un'epoca a un'altra, dal Medioriente all'Impero di Roma, l'espressione del rifugio cambia religione, ma non la sua funzione di salvaguardia per gli oppressi. Questi ultimi in verità, a differenza di quanto non accada per la moderna concezione di rifugiato, vengono considerati nella tradizione cattolica codificata per la prima volta nel codice di Teodosio del 392 principalmente soggetti in fuga da persecuzioni conseguenti a un qualche tipo di crimine commesso. Vediamo come, in questo caso la solidarietà laica, si tinga di misericordia religiosa.

La storia del rifugio moderno nasce in seguito alla travolgente crisi umanitaria provocata dalla prima grande guerra di massa, con l'elezione di Fridtjof Nansen alla carica di primo Alto commissario per i rifugiati. In questa fase la protezione garantita ai rifugiati si caratterizza per una sostanziale automaticità del rilascio dello *status*: i soggetti della protezione sono difatti ben specifici gruppi e categorie di persone costrette ad abbandonare i propri paesi a causa di eventi primariamente di natura politica. Ne costituiscono un esempio la protezione garantita agli esuli causati dalla Rivoluzione d'ottobre in Russia, e i successivi rifugiati in fuga dal regime sovietico. La svolta qualitativa si ebbe con la sconfitta del regime nazista e il ritorno alla pace fra le nazioni.

L'umanità del secondo dopo guerra venne caratterizzata dal proliferare delle organizzazioni internazionali volte a favorire i buoni rapporti e il coordinamento internazionale fra gli Stati. Questo coordinamento, riguardò anche le politiche del rifugio. Prima con la creazione dell'IRO, e poi con l'avvento dell'UNHCR, l'evoluzione umanitaria della definizione di rifugiato portò ben presto alla firma della celebre Convenzione di Ginevra del 1951, ancora oggi lo strumento internazionale per eccellenza

di protezione del rifugiato. Approvata all'unanimità dai 26 paesi che parteciparono alla Conferenza che si prolungò dal 2 al 25 luglio, il suo testo divenne la base di ogni tentativo futuro di garantire protezione alla vittime di persecuzione.

Famosamente, la Convenzione di Ginevra ha due cuori. Il primo è rappresentato dalla definizione di rifugiato, contenuta nell'art. 1A(2) che identifica il soggetto a cui debba essere garantita l'accoglienza in base alle norme della Convenzione. Gli elementi costitutivi della definizione sono primariamente quattro: 1) un "ben fondato timore di persecuzione"; 2) questo timore deve scaturire per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica, appartenenza a un determinato gruppo sociale; 3) trovarsi al di fuori dei confini nazionali dello Stato di propria nazionalità o residenza abituale, avendo quindi attraversato una frontiera internazionale; 4) l'impossibilità pratica di potersi avvalere della protezione del proprio Stato. Se soddisfatti questi quattro criteri, lo Stato in questione sarebbe tenuto a concedere la protezione al richiedente, anche se non è obbligato a farlo, in quanto, l'asilo è considerato pur sempre un atto di grazia dello Stato ospitante.

Ciò che, a norma di legge, lo Stato non può proprio fare, è invece respingere o espellere un richiedente asilo verso un paese dove possa subire persecuzione, senza aver prima analizzato e, eventualmente negato, la sua domanda d'asilo. Il c.d. principio di *non-refoulement* rappresenta un po' il braccio armato della Convenzione di Ginevra, ciò che rende effettiva la protezione del rifugiato. Benché la dizione "Contracting State" contenuta all'interno dell'art. 33 della Convenzione suggerisca che i plenipotenziari della Conferenza non prevedessero che un simile principio sarebbe potuto applicarsi al di fuori degli Stati Parti della Convenzione stessa, esso divenne ben presto oggetto di un'interpretazione estensiva, fino ad esser stato riconosciuto dall'*ExCom* persino quale norma di diritto cogente.

Sulla base del testo della Convenzione, la comunità internazionale ha elaborato le proprie normative per attuare i precetti umanitari stabiliti dai suoi articoli all'interno dei propri ordinamenti giuridici. Il nocciolo umanitario della protezione del rifugiato entra nel lessico di molti Stati e si crea una convergenza di obiettivi in materia. L'umanità dell'accoglienza viene in qualche modo istituzionalizzata. Ciononostante, la gelosia degli Stati per una materia che, invero, è stata intaccata meno di molte altre dalla cessione di competenze sovrane a livello internazionale, portò le Nazioni presenti alla conferenza a cercare comunque un maggiore grado di tutela

per i propri confini. Da questa ricerca di tutela, iscritta in una per certi versi incompatibile cornice di solidarietà, è inizialmente emersa una definizione gravata da due seri limiti strutturali: uno temporale, l'altro geografico. Il primo limitava l'applicazione della Convenzione agli eventi occorsi prima del 1° gennaio 1951; il secondo ne limitava l'applicazione alla sola Europa. Questi limiti impedivano fattivamente alla Convenzione di affrontare adeguatamente alcune gravi crisi del rifugio, come quella esplosa in seguito ai fatti di Ungheria del 1956.

Le due gravi catene che di fatto condannavano la Convenzione a ignorare più rifugiati di quanti ne aiutasse, vennero finalmente spezzate in seguito al Protocollo approvato nel 1967. Ciò però non significa che la Convenzione sia adesso priva di limiti. Ne esistono almeno altri due rilevanti: il primo è di natura omissiva; il secondo di natura interpretativa. Quest'ultimo si riferisce a una protezione del rifugiato ancora intimamente basata per gruppi e categorie, a motivo di un fondamentale bisogno di certezza della ragionevolezza della concessione dello *status*. Il fatto però che il rifugiato sia garantito solo se perseguitato per cinque ragioni fondamentali, che lo portano ad essere individuato in questa o quella categoria apertamente perseguitata in un determinato paese (solitamente minoranze razziali, etniche, linguistiche, politiche, sessuali, ecc.), impedisce a tutti coloro che vengano perseguitati a causa di una generalizzata condizione di violenza (caso estremamente frequente in gran parte dei paesi d'origine dei rifugiati) di poter dimostrare un timore di persecuzione individuale. Preso atto di una tale manchevolezza, alcuni importanti strumenti regionali (la Convenzione dell'OUA in Africa e la Conferenza di Cartagena nelle Americhe), hanno elaborato definizioni più estensive, volte proprio a proteggere coloro che scappano da guerre, carestie condizioni generalizzate di violenza, a cui normalmente non sarebbe concesso lo *status* di rifugiato, ma al più, una qualche forma di protezione sussidiaria (strumento che sia in Europa, che negli Stati Uniti è stato previsto non prima degli anni '90).

Il secondo limite della definizione di rifugiato della Convenzione è di natura omissiva: potremmo definirlo un "limite fantasma". Infatti, benché la definizione in questione sia stata pedissequamente ripresa da quella contenuta nello statuto dell'UNHCR, sette parole sono state volutamente eliminate dagli Stati presenti alla Conferenza del 1951. Queste parole si iscrivevano proprio nei motivi che avrebbero potuto giustificare la concessione dello status di rifugiato e aggiungevano alle cinque ben note cinque motivazioni l'espressione: «or for reasons other than personal convenience». Un'espressione in verità alquanto generica che avrebbe

legittimato la concessione della protezione a tutti coloro che non avessero abbandonato il proprio Stato per una mera “personal convenience”, laddove per un’espressione tanto generica, sarebbe con tutta probabilità dovuto intendersi ragioni puramente economiche. È opinione pacifica infatti che i c.d. migranti economici non possano e non debbano essere considerati quali rifugiati. Così, continuando a non includere quest’ultima categoria di soggetti, una simile espressione avrebbe viceversa incluso tutti coloro che si fossero trovati a fuggire da guerre e altre violenze generalizzate. La discrezionale eliminazione di una simile formula, l’unica non pedissequamente riportata dalla definizione dell’UNHCR, appare come il frutto di una scelta politica precisa.

Ai limiti inespressi della definizione, si accompagnano le eccezioni esplicitamente contemplate nella Convenzione e talune discutibili prassi degli Stati. Per quanto riguarda queste ultime ci si riferisce alla pratica dei respingimenti in alto mare, perpetrate storicamente al fine di operare in una zona d’ombra giuridica nella quale il principio di non respingimento avrebbe potuto non valere in ragione della mancata sovranità dello Stato sulla zona in questione. Nel corso del lavoro vengono analizzati sia quelli statunitensi ai danni degli haitiani, sia il caso italiano dei respingimenti attuati nei confronti dei richiedenti provenienti dalla Libia.

Infine, per quel che concerne le eccezioni al non respingimento esplicitamente contemplate dalla Convenzione, si fa riferimento all’art. 1(F) e 33 c. 2. Il primo prevede infatti che il richiedente possa essere legittimamente respinto anche verso un Paese in cui rischi di subire persecuzione se egli si sia precedentemente macchiato di un crimine di guerra o contro l’umanità o ancora abbia commesso un “serious non-political crime”. Il secondo si riferisce all’eccezione derivante dalla condanna definitiva di un soggetto per un crimine di una certa gravità che possa far risultare il richiedente «a danger to the security of the country in which he is». Vedremo come, questi limiti apparentemente pacifici contemplati nella Convenzione di Ginevra, siano poi di fatto stati utilizzati dagli Stati Uniti per escludere indebitamente molti rifugiati in ragione delle eccezioni ivi espresse.

Parte II

Gli Stati Uniti iniziarono il loro cammino come *Nation of Immigrants*, secondo la dizione resa celebre dal Presidente J. F. K. Gli immigrati ebbero infatti un ruolo chiave nei primi anni di formazione della Repubblica federale americana, andando a costituire il sostrato dei più intimi valori statunitensi. Era il periodo in cui Thomas Paine chiamava gli Stati Uniti a rappresentare un “asylum for mankind”. Da quel momento le politiche migratorie statunitensi si indirizzarono verso vasi alterne di accoglienza e restrizione, seguendo dei modelli più o meno codificati dall’esempio fornito da alcuni Stati della federazione. Susan Martin ne individua principalmente tre: il modello Pennsylvania, incentrato sull’integrazione positiva del migrante all’interno della comunità; il modello Virginia volto allo sfruttamento dei migranti come lavoratori a basso costo; e il modello Massachusetts di ammissione su basi ideologiche. Almeno fino alla caduta del muro di Berlino si può dire che gli Stati Uniti abbiano utilizzato in modo prevalente uno di questi tre fondamentali modelli nelle loro politiche migratorie.

Dal 1875 in poi, una serie di leggi restrittive dell’immigrazione furono approvate per lenire le paure di politici e comuni cittadini che in quel periodo andavano a formare associazioni apertamente xenofobe, come la *American Restriction League*, che giocò un ruolo cruciale nelle pressioni che portarono all’approvazione (avvenuta con l’*Immigration Act* del 1917), del c.d. *literacy test*, un test di lingua inglese per i nuovi immigrati che avrebbe consentito di limitare le migrazioni ai paesi anglosassoni. È d’altronde proprio in questo periodo che si impone una visione smaccatamente razzista e eugenetica della specie, che vede la razza anglosassone come “scientificamente” superiore rispetto a tutte le altre.

Simili tendenze e inclinazioni portarono ai due *Quota Act* del 1921 e del 1924, che non solo limitarono l’immigrazione annuale complessiva dall’Europa al 2% del numero della popolazione straniera presente negli Stati Uniti nel 1890, ma mantennero anche il *literacy test* e le liste di esclusione approvate con le legislazioni precedenti. Così, nei medesimi anni in cui l’Europa affidava a Fridtjof Nansen il compito di garantire ai rifugiati in fuga dal neonato regime sovietico una giusta protezione, gli Stati Uniti approvavano la legislazione più restrittiva di sempre, non

contemplando neanche lontanamente una seppur parva nozione di rifugiato internazionale.

La crisi dei rifugiati ebrei conseguente agli orrori perpetrati dalla Germania di Hitler non venne appropriatamente affrontata dagli Stati Uniti. Dal 1933 al 1938 le porte d'ingresso americano rimasero inequivocabilmente chiuse. Un comune sentimento anti-semita provato dall'amministrazione americana impedì che sforzi significativi venissero compiuti nella direzione di un qualsivoglia programma di rifugio per i richiedenti ebrei, che difatti, fino almeno al 1941, entrarono negli Stati Uniti tramite regolari procedure di immigrazione. Per una svolta in tal senso si dovette attendere il 1947 quando, in seguito a ingenti pressioni delle *lobbies* ebraiche negli Stati Uniti, il Congresso approvò il c.d. *Stratton Bill* che, oltre a garantire l'ingresso a circa 100,000 profughi l'anno, incluse per la prima volta la definizione di *displaced persons*. Il successivo *Displaced Persons Act* del 1948 tuttavia, modificò la normativa in modo da favorire in maniera sostanziale l'ammissione dei soggetti in fuga dal dominio sovietico. Una tendenza quest'ultima, che avrebbe costituito il filo rosso della politica del rifugio americano fino alla metà degli anni '90.

Non è un caso che la prima definizione di rifugiato della storia degli Stati Uniti sia più legata alle contemporanee difficili relazioni con l'Unione Sovietica che alla lunga tradizione di accoglienza che caratterizzò il Paese sin dalle sue origini. Il *Refugee Relief Act* del 1953 definì un rifugiato come in primo luogo non proveniente da un Paese sotto regime o influenza sovietica. Negli ambienti dell'amministrazione americana del Presidente Eisenhower ci si rese però ben presto conto di come una simile impostazione non servisse propriamente agli scopi della politica estera americana. Fu così che nacque la dottrina che abbiamo definito del "rifugio strategico". A partire dal *Refugee-Escapee Act* del 1957 infatti la politica di rifugio americana, non solo aprì le porte ai soggetti in fuga dai paesi comunisti, ma li preferì sistematicamente a tutti gli altri. Questa svolta strategica utilizzava essenzialmente i rifugiati per delegittimare le politiche dell'avversario, autoritari e repressive, che costringevano molti a cercare rifugio nella terra delle libertà americane.

La natura "competitiva" del rifugio americano divenne ancora più evidente a seguito della crisi dei rifugiati cubani iniziata a partire dal 1959, data della presa del potere da parte di Fidel Castro, leader ben presto rivelatosi fieramente anti-statunitense. Così, per tutti gli anni '60 e '70 i rifugiati cubani godettero di una sistematica preferenza rispetto a tutti quegli altri

richiedenti che, provenienti parimenti da uno Stato dell'America centrale, non potevano vantare il blasone di essere in fuga dalle persecuzioni comuniste. Ne rappresenta un fulgido esempio la travagliata storia dei rifugiati Haitiani, accolti più o meno generosamente nel corso degli anni '60, ma poi fatti oggetto di svariati programmi di detenzione e respingimento che impedirono loro qualsiasi garanzia di protezione. Se all'arbitrarietà degli ingressi in senso ideologico, aggiungiamo poi anche la natura ad hoc del sistema migratorio americano, basato almeno fino alla riforma del 1980 su un utilizzo indiscriminato della *parole authority* da parte del Presidente degli Stati Uniti (l'autorità di consentire l'ingresso a determinate categorie di persone in condizioni di emergenza), si capisce come non per gli Stati Uniti non si potesse parlare di un vero e proprio sistema organico di rifugio.

L'approvazione della riforma dell'INA nel 1965 consentì la storica eliminazione delle quote e delle liste di esclusione di determinati paesi d'origine dalla garanzia del rifugio, tuttavia non modificò la sistematica preferenza per il rifugio strategico. Né la coeva ratifica del Protocollo del 1967 valse a tale scopo: gli Stati Uniti infatti non attuarono le sue disposizioni nella propria normativa interna fino al 1980. Nondimeno, il devastante impegno degli Stati Uniti nella guerra del Vietnam durato fino al 1975 portò il paese sull'orlo di una crisi di coscienza, istillando nelle menti di eminenti uomini e donne del Congresso la necessità di un cambio di paradigma, che non solo avrebbe potuto permettere agli Stati Uniti di affrontare le future crisi con un approccio più razionale e sistematico, ma che avrebbe potuto rifondare l'intero sistema di rifugio americano su basi più propriamente umanitarie. La strada per la riforma era aperta.

Parte III

Il senatore Edward Kennedy e il deputato Liz Holtzman furono gli indiscussi protagonisti della battaglia parlamentare che portò infine all'approvazione del *Refugee Act* del 1980. Già durante la seconda metà degli anni '70 Holtzman si era battuta vigorosamente per il graduale passaggio della normativa americana verso standard maggiormente umanitari. Nel 1979 Kennedy chiese esplicitamente al Congresso che venisse approvata una nuova definizione di rifugiato che non fosse «limited ideologically, to aliens who have fled communism, or geographically, to aliens who have fled from Middle East», ma che incorporasse piuttosto la definizione contenuta nella Convenzione di Ginevra. Vi era in realtà un consenso talmente consolidato all'interno delle

due camere del Congresso americano che persino il fronte dell'opposizione non negava la necessità di un approccio più umanitario e meno politicizzato alla materia del rifugio, ma continuava nondimeno ad avversare la proposta sulla base di alcune previsioni specifiche, come ad esempio il mantenimento, sotto altra veste, della *parole authority*. Simili preoccupazioni spiegano il risicato margine con cui il *bill* ottenne il passaggio alla Camera.

Il *Refugee Act* assunse la funzione e la struttura di un vero e proprio "tempio del rifugio". Non solo infatti esso arrivò vestito di un'aurea quasi sacrale in relazione alla maturazione decennale che esso aveva richiesto nelle coscienze politiche dei rappresentanti del popolo americano, ma il suo testo venne strutturato per legare alla definizione di rifugiato (la base del tempio), le tre colonne portanti dell'intera struttura della nuova normativa di accoglienza americana. La prima colonna è rappresentata dal c.d. *Overseas Refugee Admission Program* (o *Refugee Resettlement Program*) che previde inizialmente una soglia di ammissione di 50,000 rifugiati per i primi anni di attuazione dell'atto e che, a partire dal 1982, sarebbe stata concertata dal Presidente in consultazione col Congresso all'inizio di ogni anno fiscale. Come accennato, essa mantenne poi la *parole authority* del Presidente di aumentare tale soglia nel corso dell'anno fiscale qualora egli consideri che sussista una «unforeseen emergency refugee situation».

La seconda colonna consiste nella c.d. *Asylum Procedure*, il quale si riferisce a tutti coloro che, a differenza dei c.d. *refugees*, si trovino già alle frontiere o all'interno del territorio statunitense. La procedura prevista per l'asilo non prevede soglie limite di ammissione, quindi un numero indeterminato di *asylees* può essere teoricamente ammesso. Tuttavia, vengono inserite altre rilevanti limitazioni, quali ad esempio il ristrettissimo limite numerico di 5,000 aggiustamenti l'anno al *Legal Permanent Status* (LPR). Inoltre quest'ultimo non può essere ottenuto se non prima di un anno dall'ottenimento dello *status* di *asylee*.

La terza colonna consiste nella previsione del principio di *non-refoulement*, codificato nella sezione 243(h) del *Refugee Act*. Esso si limita sostanzialmente a recepire quanto previsto dal suo omologo internazionale, impedendo alle autorità americane di respingere quei soggetti che vengano identificati quali rifugiati. Anche le eccezioni previste al non respingimento si adeguano alle previsioni internazionali contenute nella Convenzione di Ginevra, ma esse verranno in realtà interpretate dalle autorità di immigrazione americana, nonché dalla stessa

Corte suprema, in maniera abbastanza restrittiva, imponendo uno *standard of proof* particolarmente alto per ottenere la c.d. *restriction on removal*.

Così, quantunque il nuovo atto del 1980 forniva gli strumenti per conformare la prassi del rifugio americano a quanto previsto dalla normativa internazionale umanitaria, esso non venne poi messo in grado di funzionare correttamente dalle successive amministrazioni americane, che perseguirono la vecchia politica del rifugio strategico. Questo è vero in special modo per l'amministrazione Reagan, la quale per gli otto anni del suo mandato accolse una percentuale di rifugiati in fuga da regimi comunisti infinitamente superiore rispetto a quelli provenienti da altri Paesi. Nel grande scontro fra "humanitarian concern" e "national interest", due termini entrambi codificati nel testo per giustificare le ragioni che sarebbero dovute essere alla base dell'ammissione, fu sicuramente quest'ultimo a prevalere, portando a una nuova scia di discriminazioni nei confronti dei rifugiati provenienti dai paesi dell'America centrale (specialmente haitiani, guatemalesi e salvadoregni). In quegli anni, Guantánamo cominciò a diventare la prigione ai limiti della legalità che tutti conosciamo.

La svolta nel paradigma del rifugio strategico si ebbe all'inizio degli anni '90. Nel 1992 il Presidente Bush emanò un decreto legislativo che permetteva alle autorità americane di interdire e respingere in alto mare le imbarcazioni haitiane senza che venisse garantita loro qualsivoglia possibilità di presentare la propria domanda d'asilo. Ma non solo. Raggiuntosi nel 1994 un nuovo picco delle immigrazioni cubane dall'ultima crisi del porto di Mariel del 1980, il Presidente Clinton, con una decisione a sorpresa, dichiarò che gli Stati Uniti non avrebbero più consentito ai Cubani di sbarcare sulle sponde statunitensi. I rifugiati in fuga dal regime di Castro, da esclusivi, per la prima volta, divennero anch'essi esclusi. Un paradigma di esclusione che si concluse infine con la dura legislazione approvata nel 1996, valida ancora oggi, e che prevede la detenzione e l'espulsione immediata di qualunque straniero venisse ritrovato in prossimità del suolo americano privo di documenti validi.

Parte IV

Come anticipato nel primo capitolo la Convenzione di Ginevra consentiva diverse eccezioni all'applicazione delle sue disposizioni, alcune esplicite, altre meno. Gli Stati Uniti furono un paese che riuscì a sfruttare a pieno pressoché tutte le possibili "vie di fuga" offertegli dal regime internazionale di tutela del rifugiato. Il primo modo con cui ci riuscì fu il precedentemente citato programma di interdizione degli haitiani. I respingimenti venivano perpetrati in alto mare, dove la sovranità statunitense risultava essere sbiadita. Così, in una celebre sentenza resa dalla Corte suprema nel 1994, quest'ultima legittimò una tale pratica proprio sulla base che gli atti del Congresso non potessero applicarsi al di fuori del territorio statunitense.

Il problema giuridico della extraterritorialità venne poi affrontato dalla stessa Corte suprema quattordici anni dopo (caso *Boumediene*), in relazione alla contestata pratica, consentita a livello legale dalla sezione 7 del *Military Commission Act* del 2006, che spogliava i giudici federali della giurisdizione sugli "enemy combatants" detenuti nella prigione di Guantánamo, situata formalmente in territorio cubano, quindi al di fuori della sovranità statunitense. In verità un accordo siglato tra Cuba e Stati Uniti nel 1903 forniva a questi ultimi il controllo effettivo e la piena giurisdizione sul territorio, di fatto governato da più di un secolo secondo le sole leggi americane. Proprio su questa sovranità *de facto* si basa la Corte suprema per negare la legittimità costituzionale della pratica del c.d. *habeas stripping*, ossia della negazione ai prigionieri di Guantánamo di richiedere il c.d. *writ di habeas corpus* ai giudici federali statunitensi, affinché essi potessero revisionare il loro caso.

Infine la problematica dei respingimenti in alto mare è stata parimenti affrontata in ambito europeo dalla Corte EDU che, nella sentenza sul caso *Hirsi* ha avuto modo di condannare le discutibili pratiche italiane di interdizione e respingimenti di richiedenti asilo verso le coste libiche a seguito di un accordo di amicizia e partenariato con il Paese africano. A differenza che nel caso *Sale* statunitense precedentemente analizzato, la Corte ha riconosciuto l'Italia responsabile per le azioni compiute in acque internazionali in nome di un controllo effettivo delle azioni compiute e di un'interpretazione estensiva dell'art. 3 della CEDU, il quale impedisce i trattamenti inumani e degradanti. Trattamenti che l'Italia ha inflitto di riflesso (*par ricochet*) ai richiedenti respinti, nel momento in cui li ha sottoposti illegittimamente al pericolo di subirli.

Benché sia stata avanzata l'ipotesi che il caso *Boumediene*, avendo legittimato l'estensione extraterritoriale di diritti costituzionalmente garantiti a cittadini non americani, possa aver fornito le basi giuridiche alla Corte per rinnegare la sentenza resa nel caso *Sale*, si ritiene che in realtà esso possa solo fornire un'utile indicatore della volontà della Corte stessa di espandere i diritti civili garantiti sul suolo americano, ma non necessariamente anche al di fuori di esso. O almeno, se volesse farlo, La Corte dovrebbe rivolgersi ad altri tipi di precedenti, come ad esempio la c.d. autorevole dottrina *Charming Betsy* del giudice Marshall che venne confermata in tempi più recenti dalla stessa Corte nel caso *Cardoza-Fonseca*. Questa prevede che gli atti del Congresso debbano fondamentalmente conformarsi al diritto internazionale: in questo senso è evidente che la prassi e l'interpretazione maggioritaria del principio di *non refoulement* si rivolgano proprio verso l'applicazione extraterritoriale del principio in questione, come dimostrato dalle autorevoli opinioni della CIG e dell'UNHCR.

Si rileva in ultimo come gli Stati Uniti abbiano sfruttato le eccezioni previste dall'art. 1F per varare una rigidissima normativa antiterrorismo che ha fatto del "supporto materiale" al terrorismo internazionale uno dei più estensivi mezzi di esclusione mai utilizzati. La disposizione dell'INA che vieta l'ingresso a chiunque abbia fornito determinati mezzi di sostentamento o aiuto a un gruppo di natura terroristica è stata interpretata molto estensivamente dalle corti statunitensi che hanno più volte considerato (ad es. nel caso *Singh-Kaur*) che qualsiasi tipo di supporto, anche se irrilevante, sia atto a far scattare l'ineleggibilità per lo status di rifugiato, quindi l'espulsione. Fino almeno al 2007 nessuna eccezione è stata accordata, neanche a quei richiedenti che fossero stati costretti con la forza a concedere il supporto in questione (caso *In the Matter of R.K.*). Il sistema giudiziario non è in effetti stato neanche in grado di distinguere fra un gruppo terroristico e un gruppo di *freedom fighters*, condannando anche chi, come nel caso *In re S-K-*, avesse aiutato un'organizzazione (il CNF) ufficialmente riconosciuta dagli Stati Uniti come alleata del maggiore gruppo di liberazione nazionale di Burma.

Gli ultimi provvedimenti in materia come l'applicazione dell' *Exemption Provision* approvata dal Segretario del DHS e dal Segretario di Stato al fine di rendere più flessibile il c.d. *material support bar*, sono in realtà sembrati più piccoli provvedimenti cosmetici che riforme sostanziali. Così, dopo l'insediamento di Trump alla Casa Bianca avvenuto il 20 gennaio 2017, la situazione è potuta solo peggiorare. Il decreto esecutivo firmato dal neoeletto Presidente americano il 27 gennaio costituisce un

durissimo colpo ai valori dell'accoglienza americana, e il ritorno a un sistema discrezionale e intollerante di liste di esclusione. Il giudice di Seattle James Robart, insieme a molti altri rappresentanti del sistema giudiziario americano, si è tuttavia schierato a sostegno delle tradizioni costituzionali americane, bloccando temporaneamente l'ordine esecutivo a livello nazionale. Il tempio del rifugio americano, sotto assedio, necessita adesso più che mai di un custode, e per adesso, sembra averlo trovato in un giudiziario vigile sulla Costituzione americana e in un popolo attento alla sua perdurante umanità.

Bibliografia

- S. AGA KHAN, *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons*, Recueil des cours, 1976, vol. 1, p. 287 e ss.
- D. ANKER, *The Development of U.S. Refugee Legislation*, in *Defense of the Alien*, Vol. 6, 1983, pp. 159-166
- D. ANKER & M. POSNER, *The Forty Year Crisis: A Legislative History of the Refugee Act of 1980*, 19 San Diego L. Rev. 9, 1981.
- J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, IJ Refugee L, 2001, p. 546
- E. ARBOLEDA, *The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OUA Convention – A comparative Perspective*, IJ Refugee L, *Special Issue*, 1995, p. 93.
- G. M. ARNAOUT, *Asylum in the Arab-Islamic Tradition*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, pp. 14-21, 1987.
- R. BACH, *The New Cuban Immigrants: Their Background and Prospects*, in *Monthly Labour Review*, October 1980, p. 40.
- I. BAU, *This Ground is Holy: Church Sanctuary and Central American Refugees*, Paulist Press, 1985, pp. 124-133.
- C. BERGERON, *Temporary Protected Status after 25 Years: Addressing the Challenge of Long-Term “Temporary” Residents and Strengthening a Centerpiece of US Humanitarian Protection*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 2, No. 1, 2014, pp. 103-124.
- W. S. BERNARD, *A History of US Immigration Policy*, in R. EASTERLIN, D. WARM, W. S. BERNARD, and R. UEDA, eds., *Immigration*, Cambridge MA: Harvard University Press, 1982, p. 102.
- C. BILLET, *EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU’s Fight Against Irregular Immigration. An Assessment After Ten Years of Practice*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2, 2010.
- P. BOBBITT, *Terror and Consent: The Wars for the Twenty-First Century*, Anchor Books, New York, 2008, p. 268.

A. T. BOUSCAREN, *International Migration since 1945*, Praeger, New York, 1963, p. 52.

S. BREITENMOSEER & G. E. WILMS, Human Rights v. Extradition: The Soaring Case, in *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 845 e ss.

I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 5th edn, 1998, p. 632.

A. BRUNO, *Refugee Admissions and Resettlement Policy*, in *Congressional Research Service*, February 18, 2015.

J. A. CABOT, *Problems Faced by Mexican Asylum Seekers in the United States*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 2, No. 4, 2014, p. 213 e ss.

J. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN, C. P. GALIANO, *Who is a Refugee?*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2012.

N. CHOMSKY, *9/11*, Seven Stories Press, 2001

W. J. CLINTON, *Public Papers of the President of the United States: August 1 to December 31, 1994*, p. 1477.

V. G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européen des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Paris, 1989, p. 84.

N. COHODAS, *Refugee Entries up in 1984-1985*, in *Congressional Quarterly weekly Report*, Vol. 42, December 8, 1984, p. 3077.

A. J. COLANGELO, "De facto Sovereignty": Boumediene and Beyond, in *The George Washington Law Review*, Vol. 77, No. 3, 2009, pp. 623-676.

M. COX, *Paradigm Shifts and 9/11: International Relations After the Twin Towers*, in *Security Dialogue*, Vol. 33, No. 2, 2002.

W. CORSON, *The Armies of Ignorance: The Rise of the American Intelligence Empire*, Dial Press, New York, 1977, p. 343.

- A. K. CRONIN, *The 'FTO List' and Congress: Sanctioning Designated Foreign Terrorist Organizations*, CRS Report for Congress, Oct. 21, 2003.
- R. DANIELS, *Guarding the Golden Door: American Immigration Policy and Immigrants Since 1982*, Farrar, Straus and Giroux, 2005.
- P. DERIAN, *Admission of Refugees into the United States, Part II*, House Hearings, 1977-1978, pp. 269-272.
- S. DÍAZ-BRIQUETS, *Relationships between US Foreign Policies and US Immigration Policies*, in MICHAEL S. TEITELBAUM AND MYRON WEINER (eds.). *Threatened Peoples, Threatened Borders: World Migration Policy*. New York: The American Assembly, Columbia University, 1995, pp. 160-89.
- B. DIEDERICH & A. BURT, *Papa Doc: The Truth about Haiti Today*, McGraw-Hill, New York, 1969.
- R. A. DIVINE, *American Immigration Policy, 1924-1952*, New Haven, CT: Yale University Press, 1957, p. 4.
- A. DOWTY, *Closed Borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, Yale University Press, 1989, p. 92.
- A. W. ELLSWORTH, *Refugee Act of 1979*, House Hearings, 1979, pp. 168-172.
- S. FARBER, *Forgotten at Guantánamo: The Boumediene Decision and Its Implications for Refugees at the Base Under the Obama Administration*, in *California Law Review*, No. 98, 2010, pp. 989-1022.
- M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1789*, Vol. II, Yale University Press, 1911, pp. 268-269.
- H. L. FEINGOLD, *The Politics of Rescue: The Roosevelt Administration and the Holocaust, 1938-1945*, Rutgers University Press, New Brunswick, NJ, 1970, p. 149
- E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (a cura di) *Refuge Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations in International Law*, Cambridge, 2003, p.38; p. 87 e s ; p. 110 e ss.

E. FERRIS, *The Politics of Asylum: Mexico and the Central American Refugees*, in *Journal of InterAmerican Studies and World Affairs*, Vol. 26, No. 3, 1984, pp. 368-370.

A. FIORINI, *Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – Sentenza Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 2012, disponibile online su www.meltingpot.org.

M. FLYNN, *There and Back Again: On the Diffusion of Immigration Detention*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 2, No. 3, 2014, pp. 179-180.

S. FORBES [MARTIN] and P. LEMOS, *A History of American Language Policy*, in Select Commission on Immigration and Refugee Policy. *Appendix A of the Staff Report, Supplement to the Final Report and Recommendations of the Select Commission on Immigration and Refugees Policy*, 1981, pp. 9-194

M. FRANKOWSKA, *The Vienna Convention on the Law of Treaties Before United States Courts*, in *Virginia Journal of International Law*, 28, 1988, p. 305.

B. FRELICK *Haitian Boat Interdiction and Return: First Asylum and First Principles of Refugee Protection*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, 1993, p. 680.

B. FRELICK & B. KOHNEN. *Filling the Gap: Temporary Protected Status*, in *Journal of Refugee Studies* 8(4), 1995, pp. 339-63.

M. FULLERTON, *A Tale of Two Decades: War Refugees and Asylum Policy in the European Union*. Washington University Global Studies Law Review, 2011, p. 10.

- *The Intersection of Statelessness and Refugee Protection in US Asylum Policy*, in *Journal of Migration and Human Security*, Vol. 2, No. 3, 2014, pp. 159-160.

M. GAFNEY, *Boumediene v. Bush: Legal Realism and the War on Terror*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 44, 2009.

M. GIBNEY & M. STOHL, *Human rights and U.S. Refugee Policy*, in M. GIBNEY, ed., *Open Borders? Closed Societies? The Ethnical and Political Issues*, Greenwood Press, New York, 1988, p. 163.

- A. GIOIA, *Terrorismo Internazionale, crimini di Guerra e crimini contro l'umanità*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 38 e ss
- M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto Internazionale II, Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*, Milano, 1983, p. 162.
- Georgetown University Law Center, *Unintended Consequences: Refugee Victims of the War on Terror*, 2006, reperibile in: http://scholarship.law.georgetown.edu/hri_papers/1
- G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3°ed., Oxford, 2007, p. 244 e ss.
- A. GRAHL-MADSEN, *The status of Refugees in International Law*, vol.1, Leiden, 1966, p.123-125.
- D. HAINES, *Refugees in America in the 1990s: a reference handbook*, Greenwood Press, New York, 1996.
- P. D. HALLIDAY, *Habeas Corpus: From England to Empire*, Harvard University Press, 2010.
- J. C. HATHAWAY, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, Harvard ILJ, 1990, pp.129 e ss.
- *The Development of Refugee Definition in International Law – The law of Refugee Status*, Butterworths Canada, 1991.
- *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 344 e ss.
- A. C. HELTON, *The Refugee Act of 1980: Ten Years After*, in *Defense of the Alien*, Vol. 13, Center for Migration Studies of New York, 1990, pp. 70-73.
- R. HEIL & N. HEIL, *Written in Blood: The Story of the Haitian People*, Houghton Mifflin, Boston, 1978
- E.P. HUTCHINSON, *Legislative History of American Immigration Policy: 1798-1965*, University of Pennsylvania Press, 1981, pp. 297-313.
- E. HULL, *Without Justice for All: The Constitutional Rights for Aliens*, Praeger, 1985, p. 11
- T. JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, 1993, p. 211, disponibile in <http://www.virginia.edu>

W. KALIN, M. CARONI, L. HEIM, *Article 33, para. 1: Prohibition of Expulsion or Return ('Refoulement')/Défense d'Expulsion et de Refoulement*, in A. ZIMMERMAN (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, Oxford, 2010, pp. 1327 e ss.

E. KENNEDY, *Refugee Act of 1980*, in *International Migration Review*, Vol. 15, No. 1/2, Refugees Today, 1981, pp. 141-156.

D. KERWIN, *The Faltering US Refugee Protection System: Legal and Policy Responses to Refugees, Asylum-Seekers, and Others in Need of Protection*, in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 31, No. 1, 2012, pp. 1–33.

- *The US Refugee Protection System on the 35th Anniversary of the Refugee Act of 1980*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 3, No. 2, 2015, pp. 24 e ss.

T. KESSNER, *History of Repatriation*, in Select Commission on Immigration and Refugee Policies. *Appendix A of the Staff Report, Supplement to the Final Report and Recommendations of the Select Commission on Immigration and Refugees Policy*, 1981, pp. 63 e 315.

E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 110 e ss.

M. P. LEFFLER & J. W. LEGRO, *In Uncertain Time: American Foreign Policy after Berlin Wall and 9/11*, Cornell University Press, 2011.

A. H. LEIBOWITZ, *The Refugee Act of 1980: Problems and Congressional Concerns*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 467, *The Global Refugee Problem: U. S. and World Response*, May, 1983, pp. 163-171

G. LOESCHER, *The UNHCR and World Politics, A Perilous Path*, Oxford, 2002, pp. 44 e ss.

M. LUNDAHL, *Peasants and Poverty: A Study of Haiti*, Croom-Helm, London, 1979.

M. J. McBRIDE, *The Evolution of U.S. immigration and Refugees Policy: Public Opinion, Domestic Politics and UNHCR*, New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 3, Whittier College, California, 1999.

- L. MANIGAT, *Haiti of the Sixties*, Center of Foreign Policy Research, Washington D.C., 1964.
- S. MARTIN, *A Nation of Immigrants*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- J. MAYER, *The Dark Side: The Inside Story of How the War on Terror Turned into a War on American Ideals*, DoubleDay, 2008, p. 183.
- J.A. MITCHENER, *The Bridge at Andau*, Random House, New York, 1957, pp. 229-230.
- MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI, *Diritto Pubblico Comparato*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 554-557.
- K. MUSALO, J. MOORE, R.A. BOSWELL, *Refugee Law and Policy – A Comparative and International Approach*, Second Edition, Carolina Academic Press, 2002.
- National Immigrant Justice Center, Human Rights First and Penn State Law, *The One-Year Asylum Deadline and the BIA: no Protection, no Process. An Analysis of Board of Immigration Appeals Decisions 2005-2008*, 2010, p. 2, reperibile on-line.
- P. H. ODE, *Section 243(h) of the Immigration and Nationality Act of 1952 as Amended by the Refugee Act of 1980: A Prognosis and a Proposal*, in *Cornell International Law Journal*: Vol. 13: Iss. 2, Article 6, 1981 Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol13/iss2/6>
- Open Society Institute, Special Report, *A Proposal to Establish a Temporary Refugee Scheme in the Caribbean Region for Refugees and Migration Emergencies*, December 1995, p. 3
- T. PAINE, E. LARKIN, *Common Sense*, Broadview Press, 2004, p. 33.
- S. PEDRAZA-BAILEY, *Cuba's Exile: Portrait of a Refugee Migration*, 1985, pp. 4-34
- M. PHELAN, J. GILLESPIE, *Immigration Law Handbook*, 4a ed., Oxford, 2005, pp. 1076 e ss.
- C. PHUONG, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, 2004, p. 3

N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, in *Istituto di Affari Internazionali (IAI)*, Contributi di Istituti di ricerca specializzati, n. 108, 2009, p. 8.

R. ROTBERG, *Haiti: The Politics of Squalor*, Houghton Mifflin, Boston, 1971.

S. S. RUSSELL, *Migration Patterns of US Foreign Policy Interest*, in M. S. TEITELBAUM & M. WEINER (eds.), *Threatened Peoples, Threatened Borders: World Migration and US Policy*, W. W. Norton, New York, 1995, p. 51.

S. R. SHAPIRO, *Human Rights Violations in the United States: A Report of U.S. Compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights*, Human Rights Watch, American Civil Liberties Union, 1993, pp. 74-97.

M. SILVERMAN, L. JOAQUIN, AND L. KLAPPEL, *Temporary Protected Status*, Immigrant Legal Resource Center, 2010, p.137 disponibile on-line.

C. S. SMITH, *Eight O'Clock Ferry to the Windward Side: Seeking Justice in Guantánamo Bay*, Nation Books, New York, 2007, p 152.

J. A. SPINTHOURAKIS, S. J. MOORE, C. M. DUNCAN, *Florida's Refugee Fact Book: 1994*, Tallahassee, FL: Florida Department of Health Rehabilitative Services, September 29, 1994, p. 59.

A. STEPICK, A. PORTES, C. TRUELOVE, *Making sense of diversity: Recent research on Hispanic minorities in the United States*, in *Annual Review of Sociology*, Annual Reviews, 1987, pp. 146 e 359-385.

J. G. STOESSINGER, *The Refugee and the World Community*, University of Minnesota Press, 1956, p.167.

R. SWIERENGA, *The Settlement on the Old Northwest: Ethnic Pluralism in a Futureless Plain*, *Journal of the Early Republic* 9, I: 73-105, 1989.

J. SZTUCKI, *Who is a refugee? The Convention definition: universal or obsolete?*, in F. NICHOLSON and P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International concepts and regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 57.

J. V. TAFT, D. S. NORTH and D. A. FORD, *Refugee Resettlement in the U.S.: Time for a New Focus*, New TransCentury Foundation, Washington, D.C., 1979, p. 51.

A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 3, 2009, pp. 591-607.

J. F. THOMAS, *Cuban Refugees in the United States*, 1965, p.14, Table 2.

D. J. TICHENOR, *Dividing Lines: The Politics of Immigration Control in America*, Princeton University Press, 2002, p. 78.

S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 3, 2009, pp. 609-620.

- *Immigrazione irregolare via mare, Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Jovene Editore, Napoli, 2012.

UNHCR, *Comments on Interim Rule on Inspection and Expedited Removal of Aliens; Detention and Removal of Aliens; Conduct of Removal Proceedings; and Asylum Procedures*. Washington, D.C., July 7, 1997a.

UNHCR, *The Asylum Dilemma in UNHCR, State of the World's Refugees: A Humanitarian Agenda*. Oxford: Oxford University Press, 1997b, pp. 183-223.

UNHCR, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, P.O. Box 2500, 1211 Geneva 2 Switzerland, September 2011.

United Nations, *Constitution of the International Refugee Organization*, 15 December 1946, United Nations, Treaty Series, vol. 18, p. 3, available at <http://www.refworld.org>

US Committee for Refugees, Issue Paper, *Running the Gauntlet: The Central American Journey through Mexico*, Washington, D.C., 1991, p. 4.

U. S. Department of Justice, *Immigration Litigation Bulletin*, Vol. 14, No. 8, Washington D.C., August 2010, p. 2

Z. M. VAUGHAN, *The Reach of the Writ: Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 99, No. 869, 2011, pp. 869-900.

J. VAN SELM-THORBURN, *Refugee Protection in Europe, Lessons of the Yugoslav Crisis*, The Hague, 1998, p. 23, p. 29 e ss.

M. R. VON STERNBERG, *Reconfiguring the Law of Non-Refoulement: Procedural and Substantive Barriers for Those Seeking to Access Surrogate International Human Rights Protection*, in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 2, No. 4, 2014, pp. 51-82.

A. WORTHINGTON, *The Guantánamo Files: The Stories of the 774 Detainees in America's Illegal Prison*, Pluto Press, London, 2007, pp. 264-265.

D. E. WASITIS, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.: Closing the Golden Door*, in *Akron Law Review*, Vol. 27, No. 2, 1993, pp. 237-252.

C. WEIZMANN, *The Letters and Papers of Chaim Weizmann: series B.*, Barnet Litvinoff Editor, 1983, p. 102

General Assembly Resolution, 428 (V) of 14 December 1950, Statute of the Office of the United Nation High Commissioner for Refugees, Chapter I, par. 1, available at <http://www.unhcr.org>

A. ZIMMERMAN (a cura di), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 595.

A. R. ZOLBERG, *From Invitation to Interdiction: US Foreign Policy and Immigration since 1945* in M. S. TEITELBAUM and M. WEINER (eds.) *Threatened Peoples, Threatened Borders: World Migration Policy*. New York: The American Assembly, Columbia University, 1995, p. 139.

N. L. ZUCKER and N. F. ZUCKER, *The Guarded Gate: The Reality of American Refugee Policy*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1987.

- *Desperate Crossings: Seeking Refuge in America*, M.E. Sharpe, New York, 1996.