

## IL PRINCIPIO DI *NON-REFOULEMENT*: CRITICITÀ APPLICATIVE

di Giulia Baj

### Introduzione

L'odierna situazione geopolitica è caratterizzata da importanti flussi migratori, sia interni che internazionali. La recente edizione del *Global Trends Report: World at War*, presentato annualmente dall'UNHCR, indica che il numero di persone forzatamente sfollate (*forcibly displaced persons*) era, alla fine del 2016, di 65,6 milioni, il più alto mai registrato<sup>1</sup>. Tale termine ricomprende sia la categoria dei c.d. sfollati interni, *internally displaced persons*<sup>2</sup>, sia i rifugiati, sia i richiedenti asilo<sup>3</sup>.

Per quanto riguarda i soggetti che attraversano confini nazionali e si trovano a essere sfollati al di fuori del proprio Stato di cittadinanza<sup>4</sup>, tale fenomeno è caratterizzato da una particolare criticità, che riguarda l'applicazione del principio di *non-refoulement*. La ragione di tale difficoltà risiede nel fatto che la protezione offerta sulla base di tale principio dai principali strumenti in materia non è univoca:

Università degli Studi di Milano Bicocca.

<sup>1</sup> UNHCR, *Global trends – forced displacement in 2016*. Consultabile in <http://www.unhcr.org/globaltrends2016/>

<sup>2</sup> W. KALIN, *Guiding Principles on Internal Displacement*. *Studies in “Transnational Legal Policy”*, n. 38, 2008, p. 2.

<sup>3</sup> Secondo i dati UNHCR, nel 2016 i nuovi sfollati interni sono stati 40.3 milioni, i nuovi rifugiati 22.5 milioni e i nuovi richiedenti asilo 2.8 milioni (UNHCR, *Global trends – forced displacement in 2016*, cit.).

<sup>4</sup> Nonostante il loro elevato numero gli sfollati interni non sono interessati dal principio di cui tratta questo studio, in quanto essi rimangono all'interno del proprio Stato di cittadinanza.

nonostante che il principio venga previsto in numerose convenzioni internazionali, infatti, i dettati normativi non sono esattamente coincidenti, ma differiscono sia nella natura della protezione offerta, sia nelle fattispecie protette. Tali problematiche sono acuite dalla presenza di differenti *status* di migrante internazionale, corrispondenti a situazioni differenti. Tale incertezza, infine, è acuita dalla scarsa disponibilità dei governi ad applicare con rigore il principio, ricorrendo invece a strumenti di dubbia liceità, allo scopo di privilegiare la tutela di interessi nazionali.

## 1. *Terminologia e categorie*

Come si è accennato, la tutela approntata a livello normativo per i soggetti sfollati al di fuori dei propri confini nazionali varia a seconda delle situazioni che hanno spinto l'individuo ad abbandonare il proprio Paese. Tuttavia, talune fattispecie, pur riconosciute a livello dottrinale, non godono di protezione normativa; indagini scrupolose sono quindi necessarie al fine di garantire la prevedibilità nell'applicazione del principio in esame.

### 1.1 *I rifugiati*

Il principale strumento internazionale in materia di rifugiati è la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 (Convenzione del 1951)<sup>5</sup>. L'art. 1, sezione a), co. 2 di tale Convenzione applica la definizione di "rifugiato" a "colui che, a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951<sup>6</sup>, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese: op-

<sup>5</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 22 aprile 1954 e è ad oggi ratificata da 145 Stati. Essa è stata ratificata dall'Italia il 15 novembre 1954 (in applicazione della legge n. 722 del 24 luglio 1954) ed è quindi entrata in vigore il 13 febbraio 1955.

<sup>6</sup> Inciso espunto nel 1967, v. ONU, *Protocollo di New York*, 31.1.1967.

pure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra (...)"<sup>7</sup>. Questa definizione di rifugiato ha l'effetto di complicare l'applicazione concreta dello *status* in questione. Le circostanze necessarie per essere riconosciuto come tale, infatti, comprendono una varietà pressoché illimitata di possibili situazioni e non possono quindi essere ridotte a un elenco definito di casi. Se in tale articolo vengono elencati i motivi che possono dare luogo alla persecuzione (appunto razza, religione, nazionalità, gruppo sociale, opinioni politiche); tuttavia, "l'appartenenza a un determinato gruppo sociale" è stata considerata dall'UNHCR una clausola di chiusura, passibile di un'ampia interpretazione<sup>8</sup>. Inoltre, il termine stesso "persecuzione" si caratterizza per la vaghezza, come evidenziato, fra gli altri, dalla stessa UNHCR<sup>9</sup>. Ulteriori complicazioni a riguardo della definizione dello *status* di rifugiato sono determinate dall'elemento "soggettivo" presente nell'art. 1 della Convenzione del 1951. Secondo l'UNHCR, infatti, il riferimento al "fondato timore" dell'individuo di essere perseguitato comporta una valutazione delle "opinioni e dei sentimenti" dell'interessato stesso<sup>10</sup>, e tale timore può essere causato, sempre secondo l'UNHCR, da un "concorso di motivi", come "misure non persecutorie in sé stesse" a cui si siano aggiunte "altre circostanze avverse (come una generale atmosfera di insicurezza nel Paese di origine)"<sup>11</sup>. Lo *status* di rifugiato, quindi, finisce con il dipendere sia dalla presenza di una determinata situazione psicologica sia da specifici elementi esterni, cioè due fattori inscindibilmente connessi ed estremamente variabili. Tale situazione di incertezza rende complesse le procedure di riconoscimento dello *status*, già dubbie a causa della mancata previsione, nella Convenzione del 1951, di una disciplina uniforme in proposito.

<sup>7</sup> ONU, *Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati*, 28.7.1951, Ginevra, United Nations, in "United Nations Treaty Series" vol. 189, p. 137, art.1 sez. A) co.2.

<sup>8</sup> Intervento in attuazione del mandato UNHCR, stabilito dallo Statuto dell'ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e dall'art. 35 de La Convenzione sullo status dei rifugiati del 1951 e il suo Protocollo di New York del 1967, attraverso le *Linee guida in materia di protezione internazionale*.

<sup>9</sup> UNHCR, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, 1979, par. 51.

<sup>10</sup> UNHCR, *Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati*, cit., par. 52.

<sup>11</sup> UNHCR, *Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati*, cit., par. 53.

## 1.2 Il diritto d'asilo

Il diritto d'asilo venne definito nel 1950, dall'“Institut de Droit International”, come “*la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*”<sup>12</sup>. Pochi anni prima, l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancì che “Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite”<sup>13</sup>. Successivamente la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale del 1967 ribadì che “l'asilo garantito da uno Stato, nell'esercizio della sua sovranità, alle persone che hanno il diritto di invocare l'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, (...) deve essere rispettato da tutti gli altri Stati”<sup>14</sup> aggiungendo però che “competete allo Stato che garantisce l'asilo la valutazione delle ragioni per il riconoscimento dello stesso”<sup>15</sup>. Sebbene quindi le dichiarazioni internazionali evidenzino lo scopo dello *status* in questione, impegnando gli Stati che riconoscono il diritto d'asilo alla protezione da eventuali ritorsioni da parte di altri Stati anche attraverso il principio di *non-refoulement*, la portata dello *status* dipende dalle singole discipline nazionali. In ossequio al principio della sovranità territoriale, infatti, viene lasciata agli Stati piena libertà di determinare se e sotto quali condizioni concedere l'asilo. Ciò causa, inevitabilmente, ulteriori incertezze applicative. In tale contesto appare tuttavia evidente l'assenza dell'elemento della persecuzione individuale che caratterizza invece la definizione dello *status* di rifugiato, permettendo la separazione tra le due categorie<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *L'asile en droit international public*, 1950, art. 1.

<sup>13</sup> ONU, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Parigi, 1948.

<sup>14</sup> UN GENERAL ASSEMBLY, *Declaration on Territorial Asylum*, 14.12.1967.

<sup>15</sup> UN GENERAL ASSEMBLY, *Declaration on Territorial Asylum*, cit., art. 1 co. 3.

<sup>16</sup> In merito al recepimento e all'applicazione della categoria del diritto d'asilo in Italia si veda, ex multis, P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo* in B. NASCIBENE (a cura), “Diritto degli Stranieri”, Padova, Cedam, 2004; S. FURLAN, *Diritto di asilo in base all'art. 10 Cost. e status di rifugiato*, in “Rivista di diritto internazionale”, n. 4, 2006.

### 1.3 *Displaced persons, rifugiati ambientali, rifugiati economici*

La tutela dei migranti si complica ulteriormente analizzando altre fattispecie elaborate in dottrina: questo per l'emergere di criticità effettive, ma ignorate dalle convenzioni. Il termine “*displaced persons*”, o “sfollati”, indica individui costretti ad allontanarsi dalla propria dimora a causa di guerre o di altre situazioni di diffusa violazione dei diritti umani, che però mancano del requisito di persecuzione individuale. Pertanto, tali individui sono esclusi dalla categoria di “rifugiato” e conseguentemente sono privi della tutela che discende dal principio di *non-refoulement*<sup>17</sup>. Le *displaced persons* sono tuttavia prese in considerazione in altri strumenti internazionali, sebbene di portata locale. L'esempio più importante è senz'altro quello della Convenzione della Organizzazione dell'Unità Africana del 1969 (OUA), che definisce “rifugiato”: “ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza, è obbligata ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori dal Paese di origine o di cittadinanza”, senza riferimento alcuno alla persecuzione individuale. Vengono quindi compresi anche gli sfollati non interni. Questa definizione è stata recepita a livello comunitario nel 1987, attraverso due risoluzioni del Parlamento europeo sulla necessità di una politica di maggiore sostegno nei confronti degli individui in argomento per quanto riguarda l'adozione della definizione di “rifugiato” di cui alla Convenzione OUA<sup>18</sup>. Tale ampliamento dei beneficiari del diritto di *non-refoulement* ha rilevanti ripercussioni in caso di migrazioni di massa, quando non è possibile individuare tempestivamente alla frontiera gli individui tutelati dalla Convenzione del 1951: il principio di *non-refoulement* viene quindi applicato nei confronti di tutti gli individui considerati *displaced persons*. Questa affermazione, riscontra-

<sup>17</sup> Tale osservazione non fa riferimento ai già menzionati sfollati interni, per i quali le problematiche legate al respingimento dallo Stato di accoglienza verso lo Stato di provenienza non sussistono.

<sup>18</sup> Risoluzioni 12 marzo e 18 giugno 1987. Dalla prima: “gli esperti interpellati dalla commissione giuridica e per i diritti dei cittadini hanno espresso all'unanimità il parere che la definizione internazionale più appropriata, aggiornata e precisa di rifugiato è quella adottata nell'art. 1, par. 2, della Convenzione OUA del 10/3/1969 sui problemi dei profughi”.

bile anche in dottrina<sup>19</sup>, è ormai da considerare prassi consolidata, tanto da essere oggi ritenuta, da alcuni autori, una prassi di diritto consuetudinario<sup>20</sup>. Pertanto, è possibile affermare che, benché la Convenzione del 1951 non tuteli le *displaced persons*, la giurisprudenza e la dottrina successive si sono orientate verso un'estensione delle garanzie della Convenzione, garantendo quindi la protezione fornita dal principio di *non-refoulement* anche a questi soggetti.

Altra categoria utilizzata con riferimento ai movimenti migratori è quella di “rifugiato ambientale”. Stando alle parole usate già negli anni Ottanta dal Presidente dell'UNEP, El-Hinnawi, tale termine indica “le persone che hanno dovuto forzatamente abbandonare le loro abitazioni per necessità temporanee o permanenti a causa di grandi sconvolgimenti ambientali i quali hanno messo in pericolo la loro esistenza o danneggiato seriamente la loro qualità della vita”<sup>21</sup>. Sono chiare le differenze rispetto alla Convenzione di Ginevra del 1951: la situazione di degrado ambientale non è infatti ricompresa tra i motivi che possono dare luogo a una persecuzione tale da fare emergere lo *status* di rifugiato, neppure attraverso la “clausola generale” fornita dall'appartenenza a un determinato gruppo sociale. Inoltre, i “rifugiati ambientali” mancano del carattere individuale della persecuzione richiesta dalla Convenzione. Allo stato attuale, pertanto, questo particolare tipo di migranti non rientra nella categoria dei “rifugiati” come descritta dalla Convenzione e non è quindi protetto dalle garanzie stabilite dalle rimanenti disposizioni della stessa.

Da ultimo, il termine “rifugiati economici” viene utilizzato per definire coloro che abbandonano il proprio Paese perché le oggettive, permanenti e generalizzate condizioni di sottosviluppo di quest'ultimo non garantiscono loro la sopravvivenza, comportando quindi una minaccia per i diritti alla vita e ad adeguati mezzi di sussistenza sanciti da diversi strumenti internazionali, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Il pericolo sofferto è però generalizzato, e colpisce indistintamente tutti gli individui in quanto determinato da situazioni di portata generale: questa caratteristica della

<sup>19</sup> G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee International Law*, Oxford University Press, New York, 1996.

<sup>20</sup> In questo senso P. BONETTI, L. NERI, *Lo status di rifugiato*, cit., pp. 1197 sgg.

<sup>21</sup> E. EL-HINNAWI, *Environmental refugees*. UNEP, 1985.

minaccia colloca pertanto i rifugiati economici al di fuori della categoria di rifugiati protetta dalla Convenzione del 1951. Si deve pertanto escludere la possibilità di fornire ai rifugiati economici le tutele – compreso il principio di *non-refoulement* - garantite da tale convenzione. Inoltre, nessun altro strumento internazionale ha finora fornito a questa categoria di soggetti una disciplina di tutela specifica a causa della difficoltà di tracciare una distinzione chiara tra questa e la categoria costituita dai migranti in cerca di migliori condizioni di lavoro e di occupazioni più remunerative, i quali però non fuggono da un contesto di sostanziale pericolo per il godimento dei propri diritti fondamentali. Di conseguenza, gli Stati tendono a non riconoscere la figura del rifugiato economico, temendo che questa possa essere invocata strategicamente da migranti per ragioni di lavoro, come peraltro già avviene per i rifugiati politici.

Appaiono quindi evidenti le difficoltà che ostacolano la tutela dei migranti, data la molteplicità degli *status* esistenti nonché dei diversi riconoscimenti forniti dalle Convenzioni in materia, molteplicità che si riscontra anche nella definizione delle garanzie apprestate ai migranti, accentuando quindi l'incertezza in materia.

## 2. *Definizioni del principio di non-refoulement*

Il principio di *non-refoulement* consiste essenzialmente nel divieto, in capo agli Stati, di respingere (*refouler*) uno straniero verso uno Stato dove questi può essere oggetto di maltrattamenti. Nel corso degli anni tale principio è stato stabilito da numerose Convenzioni, sia internazionali che locali. La compresenza di diversi strumenti implica inevitabilmente diverse definizioni (quella riportata, infatti, è solo una formulazione generica); questa varietà, sebbene segnali l'interesse degli Stati alla protezione degli stranieri, impedisce tuttavia lo sviluppo di una disciplina coerente in materia. Si può addirittura sostenere che, attualmente, il destino di uno straniero che si appelli al principio di *non-refoulement* varia a seconda dello Stato in cui egli si trova; infatti, la medesima situazione di rischio può essere considerata sufficiente o insufficiente ad attivare la protezione a seconda della portata del principio recepito dallo Stato mediante la ratifica degli strumenti internazionali. Analizzando alcune convenzioni in materia scelte

per l'applicazione *ratione loci*<sup>22</sup>, per la presenza di una consistente giurisprudenza<sup>23</sup>, per lo specifico interesse nei confronti della tutela dei diritti umani<sup>24</sup> e per l'ampiezza della ratifica<sup>25</sup>, sono molte, nonostante la presenza di similarità, le discrepanze quanto alla portata del principio di *non-refoulement*.

Tra gli elementi comuni vi è innanzitutto il carattere pubblicistico dei comportamenti vietati. Secondo la CAT, per poter essere considerato "tortura" – attivando di conseguenza la garanzia di *non-refoulement* – un atto deve essere compiuto "da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito"<sup>26</sup>. Gli atti proibiti non sono quindi *esclusivamente* quelli compiuti direttamente da personale pubblico; l'ipotesi di atto compiuto col "consenso, espresso o tacito" si riferisce infatti agli atti compiuti da privati, che però avrebbero dovuto essere impediti dall'autorità. L'art. 1 co. 2 della Convenzione del 1951 stabilisce infatti (seppure in maniera meno evidente rispetto alla CAT), il requisito dell'ufficialità dell'agente prevedendo che lo *status* di rifugiato sia riconosciuto allo straniero che non possa o non voglia domandare la protezione dello Stato di destinazione. A questo orientamento si è conformata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in diverse sentenze ha ribadito come anche i maltrattamenti compiuti da privati possano giustificare l'attivazione del principio di *non-refoulement*, nel caso in cui le autorità statali si dimostrino conniventi

<sup>22</sup> Poiché questo lavoro affronterà specificamente il recepimento del principio di *non-refoulement* nell'esperienza italiana e statunitense, sono state escluse sia la Convenzione americana sui diritti umani che la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana che disciplina determinati aspetti del problema dei rifugiati in Africa, sebbene quest'ultima presenti molti aspetti interessanti, come l'espressa previsione degli esodi di massa e del diritto d'asilo temporaneo.

<sup>23</sup> È stato in questo senso escluso il Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il Comitato per i diritti umani ha infatti emesso poche decisioni in materia di *non-refoulement*, nonostante l'art. 7 di questa convenzione vieti la tortura in maniera molto simile alla CEDU.

<sup>24</sup> Per esempio la Convenzione contro la tortura (CAT), specificamente destinata alla eliminazione di tale pratica in funzione della tutela dei diritti umani. UN GENERAL ASSEMBLY, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10.12.1984, in "United Nations, Treaty Series", vol. 1465, p. 85.

<sup>25</sup> Per esempio la Convenzione del 1951, ratificata ad oggi da più di 140 Stati e largamente considerata strumento fondamentale in materia di diritti dei rifugiati.

<sup>26</sup> UN GENERAL ASSEMBLY, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit..

o incapaci di porvi efficacemente rimedio<sup>27</sup>. Nessuna delle Convenzioni riguarda i casi di tortura e di maltrattamenti compiuti da privati e concretamente sanzionati dalle autorità statali. Del resto, la protezione del diritto internazionale è una protezione aggiuntiva e superiore, che si attiva esclusivamente nel caso di violazioni dei diritti umani di particolare gravità; in questo caso, la rilevanza internazionale è appunto data dalla dimensione pubblica del maltrattamento.

Un altro aspetto comune alle tre Convenzioni è la tutela di tutti gli stranieri, si trovino essi legalmente o illegalmente nel territorio dello Stato. I termini utilizzati dalla CAT e dalla Convenzione del 1951 sono infatti “espulsione” e “respingimento”, termini che si riferiscono sia agli stranieri regolari che irregolari (a differenza del termine “deportazione”, che riguarda unicamente gli stranieri legalmente residenti). Conformemente ai dettati convenzionali, anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo tutela con il principio di *non-refoulement* tutti gli stranieri, anche quelli entrati illegalmente nello Stato<sup>28</sup>.

Venendo agli aspetti di difformità, innanzitutto le tre Convenzioni non garantiscono la protezione del principio di *non-refoulement* negli

<sup>27</sup> Si vedano in proposito le sentenze Ahmed contro Austria e HLR contro Francia. Ahmed godeva dello status di rifugiato in Austria a causa del serio rischio di persecuzioni che correva in Somalia, suo Paese d’origine, per motivi di affiliazione a un clan. Dopo aver commesso alcuni reati, però, le autorità austriache ne disposero l’espulsione. Queste difesero il provvedimento davanti alla Corte di Strasburgo osservando come la persecuzione temuta non derivava da un clan e non dalle autorità statali, che erano anzi pressoché inesistenti in Somalia in quel momento storico. La Corte non accolse questa osservazione e dichiarò la violazione dell’art. 3 CEDU, puntualizzando che ai fini dell’applicazione del principio di *non-refoulement* è sufficiente che le autorità statali non siano in grado di porre fine al pericolo (“*The country was still in a state of civil war and fighting was going on between a number of clans vying with each other for control of the country. There was no indication that the dangers to which the applicant would have been exposed in 1992 had ceased to exist or that any public authority would be able to protect him*”) (Ahmed contro Austria, 1996). La Corte espresse la medesima posizione in *HLR contro Francia*. La protezione del *non-refoulement* fu accordata a un informatore che in Colombia correva un serio rischio di rappresaglie da parte di gruppi di narcotrafficienti, perché le autorità colombiane non erano in grado di proteggerlo adeguatamente (“*Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention (art. 3) may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection*”) (HLR contro Francia, 1994).

<sup>28</sup> Si veda *Chahal contro Regno Unito*, 1996.

stessi casi. Infatti, l'art. 3 CAT vieta il respingimento solo nel caso in cui l'individuo corra il pericolo di essere sottoposto a tortura. Al contrario, l'art. 33 della Convenzione del 1951 si applica a ogni forma di persecuzione basata su uno dei motivi elencati all'art. 1 co. 2, sia essa tortura o trattamento inumano o crudele. Anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 3 CEDU come un divieto di *refoulement* sia nel caso di tortura sia in quello di trattamenti inumani o degradanti. Sotto questo aspetto, quindi, la CAT è lo strumento che offre la tutela più ristretta; ciò è giustificato dal fatto che la CAT offre nei confronti del respingimento una protezione molto estesa, che può quindi essere ragionevolmente compensata dalla sua limitata applicazione. Essa, infatti, richiede semplicemente che il soggetto corra il "pericolo" (*danger*) di essere torturato; questa condizione è più semplice da accertare sia rispetto al "giustificato timore" dell'art. 1 co. 2 della Convenzione del 1951 sia al "rischio effettivo" (*real risk*) richiesto dalla Corte di Strasburgo. Venendo ai beneficiari della protezione, è invece la Convenzione del 1951 a offrire la tutela più ristretta. Essa, infatti, si applica solo nei confronti di coloro che possono essere definiti "rifugiati" secondo la previsione dell'art. 1 co. 2<sup>29</sup>. La CAT e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al contrario, tutelano chiunque rischi di essere sottoposto a tortura, senza richiedere alcuna qualifica personale o alcun motivo per il quale si corra il rischio di essere torturato (o, nel caso della CEDU, di essere sottoposto a trattamento inumano o crudele). Questa diversità tra previsioni non è per nulla irrilevante; infatti ha come conseguenza l'applicazione o non applicazione del principio di *non-refoulement* semplicemente in ragione della Convenzione applicata<sup>30</sup>. La tutela of-

<sup>29</sup> Vale la pena ricordare, però, che l'interpretazione maggiormente condivisa considera il motivo "appartenenza a un determinato gruppo sociale" come una valvola di chiusura del sistema, suscettibile di una interpretazione estensiva. (v. *supra*, par. 1.1).

<sup>30</sup> Si veda *Canada contro Ward*, 1993. Ward era membro dell'Esercito irlandese di liberazione nazionale; dopo che ebbe disobbedito a degli ordini impartiti dai vertici del gruppo, fu da quest'ultimo imprigionato e torturato. Riuscito a scappare, presentò richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato in Canada. Le autorità canadesi, però, rifiutarono la richiesta, poiché il suo timore di essere sottoposto a tortura in Irlanda non era dovuto a nessuno dei motivi indicati all'art. 1 (2), ma a delle azioni che aveva compiuto individualmente. Questo caso ben esplica i risvolti concreti delle differenze tra Convenzione del 1951 e CAT; secondo quest'ultima, infatti, egli avrebbe ricevuto protezione dal respingimento indipendentemente dal motivo per il quale rischiava di essere torturato.

ferta dalla Convenzione del 1951 si dimostra più circoscritta anche rispetto al tipo di respingimento considerato; infatti applica il principio di *non-refoulement* ai soli casi in cui il soggetto tema di essere perseguitato nel Paese di cui ha la cittadinanza o in cui ha il domicilio<sup>31</sup>. La CAT e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, invece, proteggono dal respingimento verso un qualsiasi Stato dove il soggetto sia in pericolo, sia esso lo Stato d'origine del soggetto coinvolto o un altro.

Le tre Convenzioni non concordano neppure sulla natura del principio di *non-refoulement* e, anche in questo caso, è la Convenzione del 1951 a risultare più limitata. Innanzitutto, l'art. 1 lett. f) prevede una serie di circostanze che impediscono il riconoscimento dello *status* di rifugiato, necessario per godere della protezione dal respingimento; inoltre, l'art. 33 co. 2 stabilisce ulteriori ipotesi in cui il divieto di espulsione non si applica. La CAT e la CEDU, invece, riconoscono una protezione assoluta contro la tortura: l'art. 3 CAT non ha eccezioni e l'art. 15 CEDU, che prevede la possibilità di derogare alle previsioni della Convenzione in caso di urgenza, "non autorizza alcuna deroga [...] agli artt. 3, 4 § 1 e 7"<sup>32</sup>. Di conseguenza, il principio di *non-refoulement* come inteso da queste due Convenzioni ha natura assoluta; infatti, la proibizione assoluta della tortura verrebbe inficiata nella sua effettività se il suo corollario non fosse ugualmente assoluto.

Alla luce di questo confronto, si pone il problema di quale definizione debba essere applicata nel caso in cui uno Stato sia parte di più Convenzioni. La questione è tutt'altro che pacifica. Secondo alcuni autori, infatti, il conflitto tra norme andrebbe risolto secondo i classici principi *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generalis*: altri, invece, ritengono che il conflitto debba essere risolto applicando la norma che garantisce la protezione più vasta dei diritti umani, coerentemente con lo scopo umanitario di queste Convenzioni<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, cit., art.1 sez. A) co.2.

<sup>32</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, come emendata dai Protocolli 11 e 14, 4.11.1950.

<sup>33</sup> D. WEISSBRODT, I. HÖRTREITER, *The Principle on Non Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in "Buffalo Human Rights Law Review", n. 5, 1999.

### 3. *Il principio di non-refoulement come norma di jus cogens*

La natura di *jus cogens* del principio in questione è ancora dibattuta. L'inderogabilità del principio di *non-refoulement* non trova infatti una-nime conferma nei testi convenzionali. Per di più, l'opinione a sostegno della relatività del principio è andata rafforzandosi negli ultimi decenni, specialmente a causa della minaccia terroristica. Ad esempio la *Risoluzione sulle misure per eliminare il terrorismo internazionale*<sup>34</sup> dell'Assemblea Generale dell'ONU del 1994 stabilisce che gli atti di terrorismo sono contrari ai principi delle Nazioni Unite. Si noti come questa locuzione sia la stessa dell'eccezione all'art. 1 lett. f) della Convenzione del 1951: l'intento della risoluzione era infatti quello di ricomprendere nell'eccezione convenzionale i casi riguardanti terroristi. Il pericolo di attentati ha pertanto rinnovato l'interesse nei confronti delle limitazioni al principio di *non-refoulement* utilizzate dai Governi per proteggere la sicurezza nazionale. Questa dichiarazione non è tuttavia stata accolta senza riserve dalla dottrina: è stata infatti messa in dubbio la capacità di un atto non vincolante (come appunto una risoluzione) di modificare gli standard convenzionali della protezione dei rifugiati. In aggiunta, è stata criticata la scelta di negare lo *status* di rifugiato sulla base di attività terroristiche quando, a oggi, non esiste una definizione comunemente accettata del termine "terrorismo". Neppure gli strumenti di *soft law* permettono di fugare definitivamente i dubbi riguardanti l'interpretazione del principio di *non-refoulement* come *jus cogens*. La cogenza del principio in discussione è stata ribadita dalle Nazioni Unite, ma con modalità non sempre coerenti: per esempio la Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967 proibì il *refoulement*, ma con delle eccezioni<sup>35</sup>. Nessuna delle risoluzioni successive dell'Assemblea Generale ONU, inoltre, ha mai messo in discussione la validità dell'art. 33 co. 2 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Il riconoscimento del carattere di *jus cogens* del principio di *non-refoulement* è tutt'altro che pacifico anche in dottrina. Lauterpacht, ad esempio, sottolinea come impellenti ragioni di sicurezza nazionale pos-

<sup>34</sup> Risoluzione 1994 dicembre 9, A/RES/49/60.

<sup>35</sup> "Exception may be made to the foregoing principle only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons", ASSEMBLEA GENERALE ONU, 1967, art. 3 co. 2.

sano permettere a uno Stato di derogare al principio di *non-refoulement*. Schabas, dal canto suo, sostiene che le argomentazioni volte a dimostrare che il principio di *non-refoulement* sarebbe una norma di *jus cogens* non sono particolarmente convincenti<sup>36</sup>. Duffy, infine, sottolinea la presenza di eccezioni già a livello convenzionale, inconciliabili con una norma di *jus cogens*<sup>37</sup>.

Il fatto che convenzioni locali, come la CEDU (così come coerentemente interpretata dalla Corte di Strasburgo) e la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana, sanciscano il divieto di *refoulement* in modo assoluto è poi di scarso conforto: si tratta infatti di strumenti regionali, che nella migliore delle ipotesi possono solo influenzare le decisioni assunte (in modo imprevedibile) da altre giurisdizioni<sup>38</sup>.

In tale situazione di incertezza non è quindi possibile esprimersi definitivamente sul punto in questione. Il riconoscimento universale dello stato di *jus cogens* del principio di *non-refoulement* è, del resto, sempre più ostacolato dall'attenzione dei governi alla sicurezza pubblica, che ha avuto spesso come effetto una minore tutela dei diritti individuali.

Nel 1982, il Comitato esecutivo dell'UNHCR affermò che il divieto di *refoulement* stava "progressivamente acquisendo il carattere di una norma obbligatoria di diritto internazionale"; a distanza di più di 30 anni, tuttavia, questa profezia non può ritenersi avverata.

### 3.1 Il principio di *non-refoulement* e i respingimenti alla frontiera

Un ulteriore aspetto di criticità del principio di *non-refoulement* concerne l'ambito spaziale della sua applicazione, soprattutto della sua validità in caso di individui richiedenti la sua applicazione e che si trovino al confine. Le rivendicazioni della sovranità statale al fine della tutela dell'ordine e della sicurezza interni costituiscono infatti un osta-

<sup>36</sup> W. A. SCHABAS, *Non-Refoulement, Background paper prepared for the Technical Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 2006.

<sup>37</sup> A. DUFFY, *Expulsion to face torture? Non-refoulement in international law* in "International Journal of Refugee Law", n. 20(3), (2008) pp. 373-390.

<sup>38</sup> Talvolta concretizzandosi nell'emanazione di provvedimenti di espulsione anche in casi di effettivo rischio di tortura, v. *Agiza contro Sweden*, 2003.

colo all'espansione territoriale dell'applicabilità del principio. Il riconoscimento del divieto di respingimento alla frontiera comporta infatti un diritto di ingresso per i richiedenti asilo, diritto che gli Stati sono chiamati a riconoscere e a rispettare, con conseguenze sui "fondamentali interessi di sovranità" statale<sup>39</sup>. Non stupisce, quindi, la riluttanza a riconoscere il divieto di *refoulement* al caso di migranti che si presentino alla frontiera. Questo comportamento è reso possibile da lacune convenzionali. La Convenzione del 1951 e la CAT nulla dicono, infatti, circa l'ambito territoriale di applicazione del principio, mentre la CEDU non lo prevede neppure. Un'analisi più approfondita delle disposizioni convenzionali permette tuttavia di individuare elementi a favore della tesi della validità del principio anche ai confini. Il testo originale dell'art. 33 della Convenzione del 1951 utilizza, accanto al termine inglese "return", anche il francese "refouler". Quest'ultimo è un termine utilizzato nel lessico legale francese per indicare "le azioni di polizia che sono compiute senza formalità nei confronti di stranieri che si trovano nel paese irregolarmente o che sono respinti alla frontiera"<sup>40</sup>. La presenza di questo termine, di per sé ridondante in un testo in lingua inglese, denota chiaramente l'intenzione dei redattori della Convenzione di ricomprendere il caso di stranieri alla frontiera nel novero delle fattispecie tutelate dall'art. 33. In questo articolo, inoltre, viene utilizzata la locuzione "*in any manner whatsoever*", con riferimento ai tipi di trasferimento vietati. La presenza di un termine così ampio non può che essere interpretata come un ulteriore elemento a favore dell'applicazione del principio anche nel caso in cui i migranti si trovino alla frontiera. Ciò, del resto, è conforme all'interpretazione teleologica di tutta la Convenzione del 1951; questa, infatti, mira "alla protezione dei rifugiati e alla garanzia più ampia possibile dei loro diritti e libertà fondamentali"<sup>41</sup>. Ulteriore conforto convenzionale circa la validità del principio di *non-refoulement* ai confini è dato dalla CEDU, in particolare dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 3. Il primo delinea l'ambito geografico di applicazione della Convenzione, stabilendo che "Le Alte Parti contraenti

<sup>39</sup> J. FITZPATRICK, *Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime* in "American Journal of International Law", n. 94(2), 2000, pp. 279-306.

<sup>40</sup> N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation – A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1953.

<sup>41</sup> G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee International Law* cit..

riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”<sup>42</sup>. Il concetto di giurisdizione è stato variamente interpretato nel corso degli anni, compiendo un’evoluzione che ne ha esteso sempre più la portata. A oggi, esso ricomprende non solo lo spazio giuridico di uno Stato contraente, ma anche il territorio di un Paese terzo sul quale uno Stato parte eserciti un controllo effettivo<sup>43</sup>. Gli obblighi degli Stati contraenti, pertanto, non si fermano al territorio nazionale. Secondo la CEDU, quindi, i soggetti stranieri che si trovino al confine rientrano già sotto l’autorità dello Stato parte. Da ultimo, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha stabilito che il trasferimento di un individuo può costituire una violazione dell’art. 3 CEDU anche qualora questi sia entrato illegalmente nello Stato<sup>44</sup>. Alla luce di ciò sarebbe quindi incoerente non tutelare col principio in parola coloro che richiedono di essere ospitati alla frontiera (senza quindi entrare illegalmente nel Paese) e offrire invece tale protezione a chi risieda illegalmente nel territorio dello Stato. È lo scopo stesso della CEDU, del resto, a esigere un’interpretazione che ricomprenda i casi di richiesta alla frontiera. Ogni trasferimento di un individuo verso uno Stato dove questi corra il rischio di essere vittima di tortura o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti costituisce una violazione dell’art. 3 CEDU; pertanto “la sottile distinzione tra il trasferire qualcuno che ha già messo piede nel territorio del desiderato Stato ospite e l’impedire che una persona compia questo atto simbolico diventa immateriale”<sup>45</sup>. Tale osservazione, fondata su motivazioni umanitarie, è applicabile anche alla CAT e alla Convenzione di Ginevra del 1951, condividendo il medesimo fine, appunto quello umanitario. Tale tesi è stata sostenuta anche da alcuni organismi internazionali, ad esempio il Comitato Esecutivo dell’UNHCR<sup>46</sup>. Eppure, come già evidenziato, nessun testo stabilisce con chiarezza che la protezione offerta dal prin-

<sup>42</sup> *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)*, nota 33 art. 1.

<sup>43</sup> Si veda *Al Skeini contro United Kingdom*, 2011.

<sup>44</sup> Si veda. *Chahal contro United Kingdom*, cit..

<sup>45</sup> C. TOMUSCHAT, *A Right to Asylum in Europe*, in “Human Rights Journal”, n. 13, 1992.

<sup>46</sup> Si veda la Conclusione del Comitato n. 99, con cui il Comitato “chiama gli Stati [...] ad assicurare il pieno rispetto del fondamentale principio di *non-refoulement*, compreso il divieto di rigetto alle frontiere senza accesso a procedure giuste ed effettive per determinare lo stato e la necessità di protezione” (UNHCR C. E., Conclusione n. 99 (LV), 2004).

cipio di *non refoulement* valga anche per coloro che si presentino alla frontiera. La ragione alla base di tale lacuna può essere individuata nella volontà dei Governi di proteggere la sovranità statale. Al divieto di respingimento alla frontiera corrisponde infatti un diritto di ingresso per i richiedenti asilo, diritto che gli Stati sono chiamati a riconoscere e a rispettare, ma che tocca i “fondamentali interessi di sovranità” statale<sup>47</sup>. Non stupisce, quindi, la riluttanza a includere espressamente i casi di respingimento al confine nei testi convenzionali. Nonostante questa lacuna, e alla luce di quanto detto, è possibile affermare che il principio di *non refoulement* protegge anche gli stranieri che non sono entrati nel territorio dello Stato, ma che si trovano ancora alla frontiera.

### 3.2 *Il principio e le migrazioni di massa*

Una ulteriore situazione di incertezza è determinata dall’assenza di disposizioni circa l’applicabilità del principio di *non-refoulement* alle migrazioni di massa nelle convenzioni internazionali richiamate. Nel caso della Convenzione del 1951 tale lacuna è dovuta alla mancanza di accordo tra i redattori della Convenzione, come risulta dai lavori preparatori<sup>48</sup>. Neppure la CAT, il cui scopo non è d’altra parte la tutela dei migranti, si esprime chiaramente a questo proposito, sancendo semplicemente il divieto assoluto di *refoulement*. Queste carenze portano alcuni autori a ritenere che le migrazioni di massa costituiscano una deroga al principio di *non-refoulement*<sup>49</sup>.

Tali lacune, inoltre, favoriscono le politiche statali di tutela della sicurezza pubblica a scapito della garanzia dell’applicazione del principio di *non-refoulement*.

<sup>47</sup> UNHCR C. E., Conclusione n. 40

<sup>48</sup> Analizzando i passaggi dei lavori preparatori a questo proposito, Fitzpatrick parla appunto di “passaggi confusi”; J., FITZPATRICK, *The Refugee Convention, 1951: the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, Paul Weis (editor), New York, Cambridge University Press, 1996.

<sup>49</sup> Si veda per esempio Coleman, il quale ritiene che l’unico metodo per garantire il rispetto del principio di non-refoulement nel contesto attuale sia quello di prevederne la deroga in caso di flussi migratori massicci: N. COLEMAN, *Non-Refoulement Revised - Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in “European Journal of Migration and Law”, n. 5, 2003.

Questa tesi non è tuttavia condivisa dal Comitato Esecutivo dell'UNHCR, il quale supporta infatti da più di 30 anni la tesi dell'applicabilità del principio ai flussi migratori massicci. È infatti del 1981 la Conclusione nella quale dichiara "imperativo assicurare che i richiedenti asilo siano completamente protetti in situazioni di flussi su larga scala e riaffermare degli standard minimi per il loro trattamento" e ribadisce che "il fondamentale principio di *non-refoulement* – compreso il non-rigetto alle frontiere – deve essere scrupolosamente osservato in tutti i casi"<sup>50</sup>. Il Comitato Esecutivo ha poi confermato questa posizione nel corso negli anni successivi, riaffermando la validità del divieto di *non-refoulement* anche ai casi di migrazioni di massa<sup>51</sup>. Queste affermazioni, tuttavia, rimangono spesso prive di conseguenze pratiche, dato che l'accoglimento non è sempre privo di difficoltà, soprattutto a causa della difficoltà pratica di fronteggiare massicci afflussi di migranti.

Neppure la CEDU prevede l'applicazione del principio ai casi di migrazioni di massa. A questa assenza di indicazioni sopperisce tuttavia il Protocollo addizionale n. 4, che stabilisce che "le espulsioni collettive di stranieri sono vietate" (Protocollo n° 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali, che riconosce diritti e libertà fondamentali ulteriori rispetto a quelli già garantiti dalla Convenzione e dal primo Protocollo addizionale del 1963)<sup>52</sup>.

Nonostante alcune conferme dell'applicabilità del principio ai casi di migrazioni di massa, diverse sono le modalità utilizzate dai governi per sottrarsi all'obbligo. La ritrosia degli Stati è dovuta all'ingente nu-

<sup>50</sup> UNHCR C. E., Conclusione n. 22 (XXXII), 1981.

<sup>51</sup> Per esempio, la Conclusione n. 81 del 1997 ribadisce l'importanza di rispettare il principio di *non-refoulement*, sia in caso di migrazioni individuali che di flussi massicci; la Conclusione n. 85 dell'anno successivo sottolinea come l'accoglimento di rifugiati, giunti individualmente o in occasione di migrazioni di massa, sia consistente con il diritto internazionale e con i principi e gli standard stabiliti a livello internazionale. La Conclusione n. 100 del 2004, infine, sottolinea la necessità di organizzare dei piani d'azione per affrontare situazioni di flussi massicci nel rispetto degli standard fissati dal diritto internazionale, "incluso in particolare il fondamentale principio di *non-refoulement*" (UNHCR C. E., Conclusione n. 100 (LV), 2004).

<sup>52</sup> Il Protocollo n. 4 non è l'unico strumento internazionale a proibire le espulsioni collettive. Il medesimo divieto è presente, infatti, anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella Convenzione americana dei diritti umani, nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

mero di richieste di rifugio e asilo: spesso, infatti, gli Stati di destinazione non dispongono di risorse e di sistemi adeguati per analizzare compiutamente tutte le domande in tempi rapidi e offrire quindi un riparo adeguato ai richiedenti in attesa della decisione finale<sup>53</sup>. A ciò si aggiunge il generale sentimento di paura successivo agli eventi dell'11 settembre 2001, mantenuto vivo dalle minacce e dagli atti terroristici compiuti anche da altri gruppi, fra tutti l'ISIS.

#### 4. *Prassi statali*

Osservando le prassi statali, appare evidente come i fattori citati spingono a contravvenire al principio di *non-refoulement* o a restringerne la portata, sfruttando lacune normative o difformità tra previsioni diverse, anche a scapito dell'effettiva tutela di rifugiati e richiedenti asilo.

Le cosiddette “assicurazioni diplomatiche” sono uno dei principali strumenti utilizzati a tale scopo. Si tratta di assicurazioni formali fornite dai governi degli Stati verso i quali vengono inviati i migranti al momento del respingimento, con le quali si garantisce che i soggetti non saranno sottoposti a tortura una volta arrivati: ottenendo da parte degli Stati “di ritorno” la promessa che i soggetti non saranno sottoposti a tortura una volta rientrati, si raggiunge, almeno teoricamente, l'obiettivo del divieto di *non-refoulement*, ossia la prevenzione di tortura o trattamenti inumani e degradanti. L'efficacia di queste assicurazioni è tuttavia tutt'altro che comprovata: queste, infatti, sono spesso fornite da Stati caratterizzati da un sistematico (o quantomeno diffuso) utilizzo della tortura. Fornendo tali garanzie, i governi di questi Paesi si impegnano sì a rispettare il divieto assoluto di tortura, rendendo il principio di *non-refoulement* una tutela ridondante, ma in concreto le pratiche vietate sono spesso così frequenti da rendere le assicurazioni diplomatiche una protezione del tutto inadeguata. In alcuni Paesi, infatti, la tutela dei diritti umani è talmente scarsa che “nessuna assicurazione sarebbe in pratica sufficiente”<sup>54</sup>. In alcuni casi le assicurazioni diplo-

<sup>53</sup> Per il dettaglio dei dati si rimanda a Rapporto sulla Protezione Internazionale in Italia 2017, SPRAR – Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati.

<sup>54</sup> A. IZUMO, *Diplomatic Assurances Against Torture and Ill Treatment: European*

matiche sono state addirittura utilizzate allo scopo di aggirare il principio di *non-refoulement*, e permettere la tortura degli individui sottoposti alla procedura di rientro<sup>55</sup>. Nonostante le linee-guida approntate in proposito da diversi organi internazionali<sup>56</sup>, forti dubbi permangono quindi quanto all'efficacia della garanzia fornita da tali assicurazioni, e il recepimento delle stesse è molto variegato<sup>57</sup>.

*Court of Human Rights Jurisprudence* in "Columbia Human Rights Law Review", 42, 2010, p. 233.

<sup>55</sup> Si vedano per esempio, i casi Agiza, cit., e Alzery contro Svezia, 2005. I due erano stati trasferiti in Egitto in forza della partecipazione svedese al programma di trasferimenti della CIA. Una volta entrati in Egitto, essi furono arrestati, detenuti in condizioni estremamente dure, picchiati e sottoposti a elettroshock. Chiamato a valutare il caso di Agiza, il Comitato contro la tortura stabilì che "l'acquisizione di assicurazioni diplomatiche, che, per di più, non prevedevano nessun meccanismo per la loro applicazione, non erano sufficienti a proteggere contro un rischio manifesto" (Agiza, cit.). Secondo il Comitato, infatti, la diffusa prassi del governo egiziano di torturare i detenuti politici era ben nota, e di conseguenza le autorità svedesi avrebbero dovuto sapere che il soggetto rischiava di essere torturato se trasferito in Egitto. Alle stesse conclusioni arrivò il Comitato per i diritti umani, adito da Alzery per la valutazione del suo caso.

<sup>56</sup> Per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha definito gli elementi da considerare per verificare la bontà delle assicurazioni diplomatiche con la sentenza Saadi contro Italia. L'approccio della Corte, peraltro, denota un certo sospetto rispetto all'utilizzo di questi strumenti: dal testo della sentenza citiamo: "l'esistenza di testi interni e l'accettazione di trattati internazionali che garantiscono, in linea di principio, il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficienti, essi soli, ad assicurare una protezione adeguata contro il rischio di maltrattamenti", e soprattutto "l'importanza da attribuire alle assicurazioni provenienti dallo Stato di destinazione dipende in effetti, in ciascun caso, dalle circostanze risultanti all'epoca considerata dalla Corte" (Saadi contro Italia, 2008).

<sup>57</sup> Per esempio, mentre il Commissario per i diritti umani nel 2004, Alvaro Gil-Robles, ammette le assicurazioni diplomatiche, in presenza di alcuni requisiti minimi ("*[A]ssurances must be unequivocal and a system to monitor such assurances must be in place. When assessing the reliability of diplomatic assurances, an essential criterion must be that the receiving state does not practice or condone torture or ill-treatment, and that it exercises effective control over the acts of non-state agents. In all other circumstances it is highly questionable whether assurances can be regarded as providing indisputable safeguards against torture and ill-treatment*") (Gil-Robles, 2004), il successivo Commissario, Thomas Hammarberg, le rifiuta in toto ("*Diplomatic assurances' [. . . ] are not credible and have also turned out to be ineffective in well-documented cases. The governments concerned have already violated binding international norms and it is plain wrong to subject anyone to the risk of torture on the basis of an even less solemn undertaking to make an exception in an individual case. In short, the principle of non-refoulement should not be undermined by convenient, non-binding promises of such kinds*") (Hammarberg, 2006). Ovviamente, i più favorevoli alle assicurazioni diplomatiche sono i governi, che attraverso esse possono trasferire soggetti ritenuti pericolosi senza incorrere in una violazione del divieto di *refoulement*.

Un altro sistema spesso utilizzato dai governi per risolvere i problemi posti dall'afflusso massiccio di migranti rispettando (almeno teoricamente) il principio di *non-refoulement* è quello di utilizzare procedure semplificate per valutare le richieste di asilo e di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ciò dà la possibilità agli Stati di respingere i migranti che hanno presentato domanda alle autorità senza eccessivi dispendi di tempo e denaro; queste procedure, tuttavia, sono spesso incomplete e superficiali. Per questo motivo, spesso non costituiscono una protezione sufficiente, comportando quindi una violazione del principio di *non-refoulement*. La “semplificazione” che caratterizza queste procedure può essere dovuta a diversi fattori, dando quindi origine a tipologie diverse, come le espulsioni collettive: queste consistono nell’espulsione simultanea di più stranieri, senza un esame individuale della situazione dei singoli. Ciò spesso comporta un’erronea o superficiale valutazione dell’effettivo rischio a cui verrebbe esposto il migrante in caso di rientro; talvolta questa valutazione è del tutto assente. La condanna di queste procedure da parte di diverse organizzazioni (ad esempio i già menzionati art. 4 Protocollo addizionale n. 4, art. 22 co. 9 Convenzione americana dei diritti umani, art. 12 co. 5 Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, art. 22 co. 1 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie) non è però stata seguita da un netto rifiuto del loro utilizzo da parte degli Stati.

È quindi evidente che né le assicurazioni diplomatiche né le procedure semplificate sono garanzie sufficienti contro il rischio di tortura. Si può affermare, anzi, che entrambi gli strumenti permettono di proteggere interessi diversi (la sicurezza dello Stato e la rapidità dei procedimenti) a scapito del diritto a non essere vittima di torture e di trattamenti crudeli e inumani.

### *Conclusioni*

Molteplici sono le problematiche legate alla protezione dei migranti mediante il principio di *non-refoulement*. Innanzitutto, non tutte le categorie di migranti vengono tutelate da tale garanzia: ad esempio i migranti ambientali non godono di protezione alcuna, mentre oggi sarebbe necessario fornire tutele a questi soggetti trattandoli al pari dei rifugiati, in considerazione dei cambiamenti climatici che investono drammati-

camente diverse aree del mondo. In secondo luogo, il principio di *non-refoulement* non è sancito negli stessi termini dalle principali convenzioni in materia, ossia la Convenzione di Ginevra del 1951, la Convenzione contro la tortura e – a livello europeo – la Convenzione dei diritti dell’uomo, accompagnata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ciò comporta che la stessa situazione può ricevere una protezione differente, o non riceverne alcuna, a seconda del luogo in cui si verifica. Ulteriori problematiche sono legate alle esigenze di pubblica sicurezza, oggi particolarmente avvertite in molti Stati meta di movimenti migratori per la minaccia rappresentata dai gruppi terroristici. Il pericolo “percepito” di attentati terroristici compiuti da “stranieri” – siano essi rifugiati, soggetti che godono di diritto di asilo o di altra protezione internazionale – unitamente alle scarse risorse investite e a strutture inadatte a far fronte ad afflussi numerosi di migranti (come è riscontrabile nell’esperienza italiana), ostacolano infatti l’applicazione in senso umanitario di tale principio da parte degli Stati. Questi, anzi, hanno elaborato numerosi strumenti che permettono il trasferimento di migranti in violazione di quel principio. A seguito delle condanne delle pratiche utilizzate da Stati Uniti e Italia è tuttavia ravvisabile una corrente giurisprudenziale garantista sia in Europa sia negli Stati Uniti, opposta alle politiche statali più attente alla sicurezza pubblica. Tale contrasto non sembra tuttavia destinato a colmarsi in tempi brevi, proprio per le sempre più diffuse rivendicazioni di sovranità statale a tutela dell’ordine e della sicurezza.

**Abstract** - The principle of *non-refoulement* is one of the most relevant instruments of international law for the protection of migrants. This principle prohibits the transfer of migrants to their country of origin in case these persons are afraid of being tortured or persecuted there. To understand the width of its application and the problems linked to the principle of *non-refoulement*, though, it is appropriate to analyze the various categories of migrants, in order to understand who can receive this protection. This process of analysis of the categories, moreover, highlights the presence of other difficulties in the generalized implementation of the guarantees for migrants. In fact, not all treaties apply to all

types of migrants. Even the Geneva Convention to the Status of Refugees, as the name says, only refers to refugees. Specifically, article 1 of the Convention defines as “refugee” the person who “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”; therefore, its protections – including the one given by the principle of *non-refoulement*, established in article 33 – only guarantee this specific category of migrants; category linked to – as already mentioned - a closed list of pos-

sible causes of persecution. Other obstacles towards a harmonized implementation of the principle of *non-refoulement* can be found also in the differences among the treaties which define the principle. In its first definition, in the Geneva Convention to the Status of Refugees of 1951, the principle forbids the member States to “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 race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion” (Geneva Convention to the Status of Refugees, art. 33).

The existence of various definitions and their inadequacy to actual migration patterns create difficulties in the implementation of the principle itself. In this sense, one of the biggest problems in the current scenario is the one given by the application of the principle to mass influxes. This term refers to

those migrations characterized by the arrival over an international border of a large number of persons with a rapid rate and by the incapacity of the receiving State to respond adequately to the arrival of migrants (in particular, individual asylum procedures are not sufficient to deal with the high number of migrants). Different international instruments provide a different width of the range of application of the principle; the monitoring organs controlling the implementation of the principle have different levels of efficacy. The uncertainty is even wider in consideration of new migratory movements, such as the mass influxes; hence, States take advantage of this situation in order not to apply the principle of *non-refoulement* and the other protection for migrants. Having said that, it is impellent to reach a more shared doctrinal view on this topic, in order to cooperate with jurisprudence in order to stimulate the States towards a stronger protection of migrants.