

Interventi

Il Muslim Ban di Trump alla luce del diritto internazionale

Anna Liguori*

1. Introduzione

Il 27 gennaio 2017 il presidente americano Donald Trump ha adottato un *executive order* intitolato *Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*¹, con il quale ha introdotto una serie di misure molto controverse, tra le quali spiccano: il divieto di ingresso per 90 giorni dei cittadini di sette Stati (Iran, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen), con possibilità di eccezioni da parte del *Secretary of State* e del *Secretary of Homeland Security* «on a case-by-case basis, and when in the national interest»; la sospensione per 120 giorni del *U.S. Refugee Admission Programm* per i rifugiati di qualunque provenienza (anche in tal caso è prevista la possibilità di eccezioni, «on a case-by-case basis, and when in the national interest», dando priorità ai rifugiati appartenenti a minoranze religiose); il divieto a tempo indeterminato di ammissione di rifugiati siriani. In un primo momento il bando ha travolto anche i «legal permanent residents (LPRs)»; successivamente una «authoritative guidance» della Casa Bianca avrebbe chiarito che l'*executive order* non si applica ai possessori di *green card*².

Il bando, che era stato anticipato in campagna elettorale (e già aspramente criticato perché ritenuto incostituzionale)³, ha dato luogo a molteplici proteste, negli

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, Largo S. Giovanni Maggiore, 30 – 80134 Napoli, aliguori@unior.it. Il contributo è aggiornato al 18 marzo 2017.

¹ Cfr. Stati Uniti d'America, *The White House, Executive Order: Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States* del 27 gennaio 2017, disponibile su www.whitehouse.gov.

² Cfr. J. GERSTEIN, M. NUSSBAUM, "White House tweaks Trump's travel ban to exempt green card holders", in *Politico*, 2 gennaio 2017, disponibile su www.politico.com. In proposito è stato tuttavia osservato: «How much weight judges will accord these *post hoc* damage control efforts is another question, particularly given the continuing evidence of the order's arbitrary enforcement and Trump's own proven disregard for facts and for the truth» (cfr. J. HAFETZ, "The Important Role of International Law in Legal Challenges to Trump's Anti-Refugee Order", in *Opinio Juris*, 3 febbraio 2017, disponibile su opiniojuris.org).

³ Cfr. S. VLADECK, "What's Missing from Constitutional Analyses of Donald Trump's Muslim Immigration Ban", in *Just Security*, 10 dicembre 2015, disponibile su www.justsecurity.org.

aeroporti e nelle strade di numerose città, americane e non, anche per le modalità con le quali è stato adottato. Se è vero che in materia di immigrazione il Presidente americano gode di ampi poteri, la stampa ha tuttavia evidenziato che, malgrado l'introduzione di rilevanti modifiche normative sia di solito preceduta da consultazioni con «federal agencies and other stakeholders in and outside the government»⁴, nulla di tutto questo sia avvenuto nel caso di specie. Ed infatti, in reazione al bando, vi è stata una rapidissima raccolta di firme per un documento⁵ nel quale più di mille diplomatici USA, esprimendo il dissenso che non avevano avuto modo di manifestare nel corso di consultazioni preventive, sottolineano come il decreto presidenziale «runs counter to core American values of non discrimination, fair play and extending a warm welcome to foreign visitors and immigrants» e non sia idoneo a rendere il Paese più sicuro⁶. In risposta alle critiche, la Casa Bianca, in un comunicato stampa del 29 gennaio 2017, ha affermato che l'*executive order* sarebbe simile a provvedimenti adottati da Barak Obama nel 2011⁷. Tale affermazione è stata tuttavia prontamente sconfessata sia dal portavoce dell'ex Presidente americano⁸, sia dalla stampa⁹. Quest'ultima ha evidenziato come Obama non abbia adottato un divieto generalizzato nei confronti di tutti i cittadini in provenienza da un determinato Paese, ma solo una misura specifica riguardante alcuni rifugiati iracheni implicati in un bombardamento di truppe americane, aggiungendo che, per quanto riguarda i visti per le persone in provenienza da tale Stato, c'è stato un mero rallentamento, in seguito all'introduzione di procedure di *screening* più accurate, ma non un bando generalizzato senza provare l'esistenza di una minaccia specifica. Come è stato evidenziato in un recente studio¹⁰, infatti, i cittadini delle sette nazioni indicate nel bando di Trump «have killed zero people in terrorist attacks on U.S. soil between 1975 and 2015» (e invece non sono inclusi nella

⁴ Cfr. A TAUB, M. FISHER, "Trump's Immigration Order Tests Limits of Law and Executive Power", in *The Interpreter – The New York Times*, 30 gennaio 2017, disponibile su www.nytimes.com.

⁵ Cfr. D. MARTOSKO, F. CHAMBERS, "List of State Department employees upset over Trump's travel ban reaches 1,000 after Spicer said the first 100 should 'get with the program' or quit", in *Daily Mail*, 1 febbraio 2017, disponibile su www.dailymail.co.uk.

⁶ Nella stessa direzione merita di essere segnalata anche una lettera aperta da parte di alcuni *senior officials*, nella quale si sottolinea che al contrario l'*executive order* rischia di provocare «long-term damage to ... national security»: cfr. The Honorable J.F. KELLY, The Honorable S. YATES, The Honorable T.A. SHANNON, "Letter from National Security Leaders on Refugee Executive Order", in *Politico*, 30 gennaio 2017, disponibile su www.politico.com.

⁷ Cfr. Stati Uniti d'America, *The White House, President Donald J. Trump Statement Regarding Recent Executive Order Concerning Extreme Vetting* del 29 gennaio 2017, disponibile su www.whitehouse.gov.

⁸ Cfr. P. Owen, "Barack Obama breaks silence on Trump presidency to condemn migration ban", in *The Guardian*, 30 gennaio 2017, www.theguardian.com.

⁹ Cfr. G. KESSLER, "Trump's facile claim that his refugee policy is similar to Obama's in 2011", in *The Washington Post*, 29 gennaio 2017, disponibile su www.washingtonpost.com.

¹⁰ Cfr. A. NOWRASTEH, "Little National Security Benefit to Trump's Executive Order on Immigration", disponibile su www.cato.org, citato da J.C. HATHAWAY, "Executive (Dis)order and Refugees – The Trump Policy's Blindness to International Law", in *Just Security*, 1 febbraio 2017, disponibile su www.justsecurity.org.

lista Paesi come Arabia Saudita, Pakistan e Egitto, tra i cui cittadini effettivamente ci sono stati autori di attentati su suolo americano).

L'*executive order* ha inoltre dato luogo ad un florido contenzioso giudiziario: decine di ricorsi sono stati presentati, sia da individui direttamente colpiti dal bando, sia da alcuni Stati¹¹. Particolarmente incisiva la decisione, adottata il 3 febbraio 2017 dalla *District Court of Seattle*¹², di sospendere – su tutto il territorio nazionale – l'applicazione dell'*executive order* in via cautelare. Le reazioni su Twitter di Donald Trump sono state furiose: dopo aver apostrofato il giudice estensore «so-called judge»¹³, ne ha stigmatizzato la decisione come «ridiculous» e ha aggiunto: «Just cannot believe a judge would put our country in such peril. If something happens blame him and court system». Ciò ha suscitato non solo critiche durissime da parte dei suoi oppositori politici¹⁴, ma anche la presa di distanza di leader repubblicani¹⁵. Sotto il profilo giudiziario, l'amministrazione Trump ha immediatamente impugnato la decisione della *District Court of Seattle*. A conferma dell'importanza della questione, e nonostante il brevissimo tempo a disposizione per depositare memorie, numerosi Stati, società commerciali e docenti universitari sono intervenuti in qualità di *amicus curiae*¹⁶. Il 9 febbraio la *Court of Appeals for the Ninth Circuit*¹⁷ ha rigettato il ricorso presentato da Trump. Come sottolineato in dottrina¹⁸,

«[l]'essentiel de l'enjeu, était moins d'ordre conventionnel que constitutionnel: quel contrôle judiciaire effectuer sur une telle décision de l'exécutif, au risque de transgresser la séparation des pouvoirs comme ce dernier le défendait devant la Cour?».

La risposta della Corte in proposito è stata netta, affermando che la pretesa, avanzata dall'esecutivo, di completa «unreviewability» dell'*executive order* è con-

¹¹ Un elenco di tutti i ricorsi pendenti è reperibile sul sito della *Civil Rights Litigation Clearinghouse*, “Civil Rights Challenges to President Trump’s Executive Orders on Immigration and Refugees” (*Featured Cases*), disponibile su www.clearinghouse.net.

¹² Stati Uniti d’America, *District Court for the Western District of Washington at Seattle, State of Washington et al. v. Donald J. Trump et al.*, causa n. C17-0141JLR, *Temporary Restraining Order* del 3 febbraio 2017.

¹³ Scatenando veementi reazioni sui social networks dove è stato a sua volta denominato «so-called President».

¹⁴ Cfr. in particolare Bernie Sanders, che ha espresso preoccupazione per la deriva autoritaria di Trump (v. A. YUHAS, “Furious Trump says judge who defied him has put US ‘in peril’”, in *The Guardian*, 6 febbraio 2017, disponibile su www.theguardian.com).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. E. PILKINGTON, “Amicus briefs against Trump’s travel ban: the strongest arguments”, in *The Guardian*, 6 febbraio 2017, disponibile su www.theguardian.com.

¹⁷ Stati Uniti d’America, *Court of Appeals for the Ninth Circuit, State of Washington and State of Minnesota v. Donald J. Trump et al.*, causa n. 17-35105, *Order* del 9 febbraio 2017.

¹⁸ Cfr. H. LABAYLE, “Terrorisme et droit des réfugiés, des liaisons dangereuses ? Libres propos sur le «Muslim Ban» et la jurisprudence Lounani de la Cour de justice”, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy* 13 febbraio 2017, disponibile su eumigrationlawblog.eu.

traria alla «fundamental structure of our constitutional democracy». La Corte dichiara infatti che

«although our jurisprudence has long counseled deference to the political branches on matters of immigration and national security, neither the Supreme Court nor our court has ever held that courts lack the authority to review executive action in those arenas for compliance with the Constitution. To the contrary, the Supreme Court has repeatedly and explicitly rejected the notion that the political branches have unreviewable authority over immigration or are not subject to the Constitution when policymaking in that context».

Per quanto riguarda specificamente la parte del decreto riguardante «[t]he Balance of Hardships and the Public Interest», la Corte d'appello afferma:

«the Government has not shown that a stay is necessary to avoid irreparable injury [...] Although we agree that 'the Government's interest in combating terrorism is an urgent objective of the highest order' [...], the Government has done little more than reiterate that fact. Despite the district court's and our own repeated invitations to explain the urgent need for the Executive Order to be placed immediately into effect, the Government submitted no evidence to rebut the States' argument that the district court's order merely returned the nation temporarily to the position it has occupied for many previous years».

concludendo che

«the Government has pointed to no evidence that any alien from any of the countries named in the Order has perpetrated a terrorist attack in the United States. Rather than present evidence to explain the need for the Executive Order, the Government has taken the position that we must not review its decision at all. We disagree, as explained above».

Il giorno successivo, la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* ha ordinato¹⁹ alle parti (su richiesta di un giudice non identificato) di presentare entro il 16 febbraio 2017 ulteriori memorie circa l'opportunità di un riesame *en banc* (in una composizione più ampia). Alla scadenza indicata, su richiesta dell'amministrazione Trump, la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* ha sospeso²⁰ tale procedura per l'annuncio dell'imminente adozione di un nuovo *executive order*. Nel frattempo il bando del 27 gennaio è rimasto sospeso.

L'*executive order* del 27 gennaio 2017 solleva molteplici dubbi di legittimità costituzionale, come rilevato da numerosi commentatori²¹. Il presente contributo

¹⁹ Stati Uniti d'America, *Court of Appeals for the Ninth Circuit, State of Washington and State of Minnesota v. Donald J. Trump et al.*, causa n. 17-35105, *Order* del 10 febbraio 2017.

²⁰ Stati Uniti d'America, *Court of Appeals for the Ninth Circuit, State of Washington and State of Minnesota v. Donald J. Trump et al.*, causa n. 17-35105, *Order* del 16 febbraio 2017.

²¹ Cfr. A. COX, "Why a Muslim Ban is Likely to be Held Unconstitutional: The Myth of Unconstrained Immigration Power", *Just Security*, 30 gennaio 2017, disponibile su

intende tuttavia limitarsi all'analisi dei profili di incompatibilità con il diritto internazionale. Ciò anche al fine di valutare eventuali rimedi internazionali, esperibili contro gli Stati Uniti e/o eventuali Stati terzi, per complicità o ad altro titolo.

2. Profili di incompatibilità con il diritto internazionale

L'incompatibilità dell'ordine con il diritto internazionale è stata fin da subito evidenziata sia dalla dottrina²², sia da alcuni Paesi²³, sia da numerose istituzioni internazionali. L'Alto Commissario per i diritti umani Zeid bin Ra'ad Zeid al-Husseini il 30 gennaio 2017 ha dichiarato su Twitter che «discrimination on nationality alone is forbidden under human rights law»²⁴, aggiungendo che «[t]he US ban is also mean-spirited, and wastes resources needed for proper counter-terrorism». Più «timida»²⁵ la reazione dell'UNHCR. In un comunicato congiunto con l'*International Organization for Migration* (IOM) del 28 gennaio 2017²⁶, le due organizzazioni si limitano infatti ad esprimere la speranza che gli Stati Uniti non vengano meno all'impegno di accogliere i rifugiati, aggiungendo che «refugees should²⁷ receive equal treatment for protection and assistance, and opportunities for resettlement», senza nessun riferimento ai precisi obblighi incombenti sugli Stati, primo tra tutti quello di *non refoulement*. Il rischio di violazione di tale principio è invece esplicitamente richiamato in un documento del 1° febbraio 2017 firmato dagli *UN Special Rapporteurs on migrants, on racism, on human rights and counter-terrorism, on torture, on freedom of religion* (rispettivamente François Crépeau, Mutuma Ruteere, Ben Emmerson, Nils Melzer, Ahmed Shaheed), nel quale si legge che

«The US recent policy on immigration [...] risks people being returned, without proper individual assessments and asylum procedures, to places in which they risk being subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, in direct

www.justsecurity.org; D. COLE, “We’ll See You in Court: Why Trump’s Executive Order on Refugees Violates the Establishment Clause”, *ivi*, 28 gennaio 2017; D. DE LUNGO, “Il bando di Trump al vaglio del costituzionalista”, in *AffarInternazionali*, 8 febbraio 2017, disponibile su www.affarinternazionali.it.

²² Cfr. J. HAFETZ, *op. cit.*; J. C. HATHAWAY, *op. cit.*; A. ALEINIKOFF, “Trump’s Executive Order Banning Immigration and Refugee Admissions”, in *Public Seminar*, 29 gennaio 2017, disponibile su www.publicseminar.org; J. SHOOSTER, “Trump’s Immigration Policy Risks Violating International Law – alienates US allies”, *Just Security*, 27 gennaio 2017, disponibile su www.justsecurity.org; M. SATTERTHWAITTE, A. ZETES, “Explainer on the Legal Obligation Not to Return Refugees and How Trump’s Exec Order Breaks It”, *ivi*, 4 febbraio 2017.

²³ Cfr. A. ANSARI, N. ROBERTSON, A. DEWAN, “World leaders react to Trump’s travel ban”, in *CNN Politics*, 31 gennaio 2017, disponibile su edition.cnn.com.

²⁴ Cfr. Alto Commissariato per i diritti umani, “Discrimination on nationality alone is forbidden under humanrights law”, 30 gennaio 2017, disponibile su www.twitter.com.

²⁵ Cfr. J. C. HATHAWAY, *op. cit.*

²⁶ Cfr. IOM, UNHCR, *Joint IOM-UNHCR Statement on President Trump’s Refugee Order* del 28 gennaio 2017, disponibile su www.unhcr.org.

²⁷ Il corsivo è aggiunto.

contravention of international humanitarian and human rights laws which uphold the principle of non-refoulement»²⁸.

Altrettanto chiara la presa di posizione della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, che, facendo altresì riferimento agli altri due decreti presidenziali in materia di immigrazione, adottati il 25 gennaio 2017, intitolati *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*²⁹ e *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*³⁰, afferma che «The implementation of these executive orders puts migrants and refugees at grave risk of violation of their rights to non-discrimination, personal liberty, due process, judicial protection, special protection for families and children, the right to seek and receive asylum, the principle of *non-refoulement*, the prohibition of cruel, inhuman and degrading treatment, and the right to freedom of movement, among others»³¹.

Come riportato dai *media* nei giorni immediatamente successivi all'emanazione del bando, vi sono stati infatti rinvii di centinaia di persone, senza assicurare «credible fear interviews»; come ammesso da un funzionario dell'immigrazione intervistato in un aeroporto statunitense, nonostante la legislazione in materia di asilo preveda la necessità che le guardie di frontiera chiedano esplicitamente ai destinatari di un provvedimento di respingimento se temono di subire persecuzioni, nei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore del bando le persone sono state semplicemente costrette a risalire sugli aerei «without going into formal removal proceedings», in flagrante violazione degli obblighi che discendono dalla Convenzione di Ginevra³².

L'obbligo di *non refoulement* è oramai secondo la dottrina prevalente assunto a rango di norma consuetudinaria³³ ed è contenuto implicitamente o esplicitamente in numerosi trattati ratificati dagli Stati Uniti, *in primis* la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato³⁴. È vero che l'art. 33(2) di tale trattato

²⁸ Cfr. Alto Commissariato per i diritti umani, *US travel ban: "New policy breaches Washington's human rights obligations" – UN experts* del 1 febbraio 2017, disponibile su www.ohchr.org.

²⁹ Cfr. Stati Uniti d'America, *The White House, Executive Order: Border Security and Immigration Enforcement Improvements* del 25 gennaio 2017, disponibile su www.whitehouse.gov.

³⁰ Cfr. Stati Uniti d'America, *The White House, Executive Order: Enhancing Public Safety in the Interior of the United States* del 25 gennaio 2017, disponibile su www.whitehouse.gov (per la normativa di attuazione di tale *executive order*, cfr. *U.S. Department of Homeland Security, Memorandum of the Secretary of Homeland Security John Kelly: Enforcement of the Immigration Laws to Serve the National Interest* del 20 febbraio 2017, disponibile su www.dhs.gov).

³¹ Cfr. Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *IACHR Expresses Concern over Executive Orders on Immigration and Refugees in the United States, Press Release* del 1 febbraio 2017, disponibile su www.oas.org.

³² Cfr. R. DEVEREAUX, M. HUSSAIN, A. SPERI, "Trump's Muslim Ban Triggers Chaos, Heartbreak and Resistance", in *The Intercept*, 29 gennaio 2017, disponibile su theintercept.com.

³³ Cfr. *ex multis* F. SALERNO, "L'obbligo internazionale di *non-refoulement* dei richiedenti asilo", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2010, p. 487 ss.

³⁴ Più precisamente, gli Stati Uniti hanno ratificato il Protocollo addizionale alla Convenzione del 1967, che è stato incorporato nella legislazione interna.

prevede che tale obbligo «non può tuttavia essere fatto valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese». Tuttavia, tale eccezione deve essere interpretata restrittivamente³⁵ e i rifugiati potranno essere espulsi «solo a seguito di decisione raggiunta in conformità a una corretta procedura giudiziaria che verifichi il caso individuale secondo il criterio generale di garanzia posto dall'art. 32.2 per quanto concerne l'espulsione»³⁶. Il decreto Trump prevede invece una presunzione di pericolosità (non confutabile, ma solo discrezionalmente superabile dal *Secretary of State* e dal *Secretary of Homeland Security*) per tutti i cittadini in provenienza di determinati Paesi, con ciò violando al tempo stesso sia il principio di non discriminazione³⁷, sancito all'art. 3 della Convenzione di Ginevra, in base al quale «Gli Stati Contraenti applicano le disposizioni della presente Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni quanto alla razza, alla religione o al paese d'origine», sia gli obblighi procedurali³⁸ inerenti il principio di *non refoulement*. E se anche, dopo un esame individuale, fosse possibile dimostrare nel caso di specie un rischio per la sicurezza del Paese,

«individuals retain the protection against *refoulement* to other risks, including the risk of torture and cruel treatment under international human rights law, which contains no exceptions»³⁹.

Come è noto, il principio di *non refoulement*, quale previsto esplicitamente o implicitamente nella Convenzione contro la tortura e nel Patto sui diritti civili e politici, è garantito in maniera assoluta, non ammettendo eccezioni di nessun tipo, neppure per esigenze di lotta al terrorismo⁴⁰.

Inoltre, come è stato osservato, alla luce della mancanza di dati rilevanti idonei a collegare i rifugiati alla minaccia terroristica⁴¹,

³⁵ Cfr., *ex multis*, P. BENVENUTI, «La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati», in *La tutela internazionale dei diritti umani*, L. PINESCHI (a cura di), Milano, 2006, p. 169.

³⁶ *Ibidem*. L'art. 32 par. 2 prevede che l'espulsione di un rifugiato «può essere eseguita soltanto in base a una decisione presa conformemente alla procedura prevista dalla legge. Il rifugiato deve, se motivi impellenti di sicurezza nazionale non vi si oppongono, essere ammesso a giustificarsi, a presentare ricorso e a farsi rappresentare a questo scopo davanti a un'autorità competente o davanti a una o più persone specialmente designate dall'autorità competente».

³⁷ Cfr. sul punto J. HAFETZ, *op. cit.*; J. C. HATHAWAY, *op. cit.*; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*; M. SATTERTHWAITE, A. ZETES, *op. cit.*

³⁸ M. SATTERTHWAITE, A. ZETES, *op. cit.*

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr., *ex multis*, A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016 e bibliografia ivi indicata.

⁴¹ Cfr. J. C. HATHAWAY, *op. cit.*, che cita lo studio di A. NOWRASTEH (richiamato *supra* nella nota 10), secondo il quale negli ultimi quarant'anni solo tre Americani sono morti in attentati commessi da rifugiati (che tra l'altro non erano cittadini degli Stati interessati dal bando).

«there is a gross mismatch between the risk asserted and the persons banned – of precisely the kind that is at odds with the ‘objective and reasonable’ test that a policy must satisfy to avoid characterization under international law as illegal discrimination»⁴².

Sia il Patto sui diritti civili e politici, sia la Convenzione contro ogni forma di discriminazione razziale, infatti, vietano leggi che abbiano effetti discriminatori e, come sottolineato, nel caso del decreto Trump vi è rischio di discriminazioni sia per motivi di origine nazionale sia su base religiosa⁴³. Per quanto riguarda quest’ultimo aspetto, esso traspare sia dall’indicazione contenuta ai punti (c) e (e) della Sec. 5, che accordano un’esplicita preferenza ai «refugee claims made by individuals on the basis of religious-based persecution, provided that the religion of the individual is a minority religion in the individual’s country of nationality» (quindi non la religione musulmana), sia dalle molteplici dichiarazioni di Trump rivelatrici dell’intenzione di introdurre «a Muslim Ban»⁴⁴.

Per quanto riguarda il Patto, una particolare attenzione merita il *General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, adottato dal Comitato dei diritti umani l’11 aprile 1986, in base al quale

«The Covenant does not recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to *entry* or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise»⁴⁵.

Rilevante anche la Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Come osservato⁴⁶, «Article 1 (3) explicitly contemplates that some forms of discrimination may be prohibited even with regard to immigration policy matters where state sovereignty is arguably at its peak». Particolarmente illuminante in relazione al decreto Trump la *General Recommendation No. 30 on discrimination against non-citizens* adottata dal Comitato per

⁴² Cfr. J. C. HATHAWAY, *op. cit.*

⁴³ Cfr. J. HAFETZ, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. H. ABDULLAH, P. MCCAUSLAND, “Trump Signs Order Suspending Admission of Syrian Refugees”, *NBC News* del 28 gennaio 2017, disponibile su www.nbcnews.com. Sulla possibilità di utilizzare le numerose dichiarazioni di Trump ai fini di provare la natura discriminatoria su base religiosa del bando di Trump cfr. anche la decisione (citata nella nota 17) con cui la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* ha rigettato il controricorso di Trump, presentato in via di urgenza al fine di ripristinare il bando (p. 25).

⁴⁵ Il corsivo è aggiunto.

⁴⁶ Cfr. J. SHOOSTER, *op. cit.* L’art. 1 par. 3 prevede che «Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, *provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality*» (il corsivo è aggiunto).

l'eliminazione della discriminazione razziale⁴⁷, in particolare i punti 6 e 10, che rispettivamente dispongono che gli Stati

«[e]nsure that legislative guarantees against racial discrimination apply to non-citizens regardless of their immigration status, and that the implementation of legislation does not have a discriminatory effect on non-citizens» and «[e]nsure that any measures taken in the fight against terrorism do not discriminate, in purpose or effect, on the grounds of race, colour, descent, or national or ethnic origin and that non-citizens are not subjected to racial or ethnic profiling or stereotyping».

Molto interessanti ai nostri fini sono inoltre sia le *Concluding observations: Australia*⁴⁸, del 27 agosto 2010, che stigmatizzano il trattamento discriminatorio dell'Australia nei confronti di richiedenti asilo afgani – trattamento che includeva una sospensione dei visti per i cittadini in provenienza da tale Paese, analogamente a quanto prevede il bando Trump in relazione ai cittadini iraniani, iracheni, libici, somali, sudanesi, siriani e yemeniti – perché in contrasto con la summenzionata *General Recommendation n. 30 on discrimination against non-citizens*; sia le *Concluding Observations: United States of America*⁴⁹, dell'8 maggio 2008, nelle quali il Comitato invitava gli Stati Uniti a porre fine al «National Entry and Exit Registration System (NEERS)», riguardante migranti di 25 Paesi, tutti situati in Medio Oriente, Asia del Sud o Africa del Nord e più in generale a eliminare ogni forma di «racial profiling against Arabs, Muslims and South Asians».

3. Rimedi nel diritto internazionale

Alla luce di quanto esposto risulta chiaro che l'*executive order* del 27 gennaio 2017 rischia di violare il diritto internazionale. Ciò potrebbe, come osservato, rafforzare «the domestic law challenges – statutory and constitutional – to the order»⁵⁰, anche se al momento non sembra che l'incompatibilità con il diritto internazionale abbia avuto un ruolo centrale nei giudizi instaurati avverso il decreto presidenziale⁵¹.

Quali i rimedi internazionali? Per quanto riguarda la violazione della Convenzione di Ginevra, mancando un organo di controllo di tale strumento, l'unica possibilità è un ricorso alla Corte internazionale di Giustizia da parte di un altro Stato⁵²; tuttavia, nonostante il decreto sia stato duramente criticato da numerosi

⁴⁷ Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale, *General Recommendation No. 30 – Discrimination against non-citizens*, UN Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 del 19 agosto 2004.

⁴⁸ Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale, *Concluding Observations: Australia*, UN Doc. CERD/C/AUS/CO/15-17 del 27 agosto 2010.

⁴⁹ Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale, *Concluding Observations: United States of America*, UN Doc. CERD/C/USA/CO/6 dell'8 maggio 2008.

⁵⁰ Cfr. J. HAFETZ, *op. cit.*

⁵¹ Cfr. in senso analogo H. LABAYLE, *op. cit.*, in relazione alla decisione della *Court of Appeals for the Ninth Circuit*.

⁵² Tale possibilità, in relazione all'interpretazione o all'applicazione del trattato, è prevista sia dall'art. 38 della Convenzione, sia dal titolo IV del Protocollo del 1967.

capi di Stato e di governo⁵³, finora nessun Stato ha mai adito la Corte internazionale di giustizia per questioni relative all'interpretazione della Convenzione di Ginevra ed è improbabile che questo si verifichi nell'attuale momento storico⁵⁴. Si tratterebbe inoltre pur sempre di un ricorso statale: ben più utile risulterebbe una comunicazione individuale dinanzi ad uno dei Comitati istituiti nell'ambito dei trattati sui diritti umani elaborati in seno alle Nazioni Unite⁵⁵ o alla Commissione interamericana; le decisioni di tali organi non sono tuttavia vincolanti. La non compatibilità di tale *executive order* con il diritto internazionale (ed in particolare con i diritti umani) è rilevante anche per un altro aspetto: la collaborazione di Stati terzi nell'esecuzione dell'ordine potrebbe comportare anche il rischio di violazioni da parte di tali Stati, a titolo di complicità o per violazioni di obblighi positivi. Come osservato,

«[f]oreign intelligence information that previously could have been shared with U.S. authorities may need to be withheld, given the significant risk that the Trump Administration would use that information to discriminate against Muslim and/or Arab immigrants»⁵⁶.

Non solo: nei giorni in cui l'*executive order* era in vigore, a centinaia di persone è stato impedito dalle compagnie aeree di imbarcarsi su voli diretti verso gli Stati Uniti⁵⁷. A nostro avviso, in tal caso lo Stato – dal cui aeroporto è stata impedita la partenza – potrebbe essere ritenuto responsabile in applicazione della teoria degli obblighi positivi, per non aver impedito, prevenuto o represso la violazione di diritti umani da parte di privati nell'ambito della propria giurisdizione. Come è noto, da molti anni ormai «[b]ased on reasons of cost reduction, higher efficiency and circumventing certain constraints, governments have delegated responsibilities concerning immigration to private carriers»⁵⁸. La normativa europea in tema di sanzioni ai vettori è emblematica: già dal 1990 l'art. 26 della Convenzione di Schengen prevedeva l'obbligo per gli Stati membri di imporre sanzioni pecuniarie nei confronti dei vettori che trasportassero passeggeri privi della documentazione necessaria⁵⁹. La minaccia di multe considerevoli ha spinto le com-

⁵³ Cfr. *supra*, nota 23.

⁵⁴ Cfr. sul punto J. C. HATHAWAY, *op. cit.*

⁵⁵ *Ibidem*. L'autore osserva in proposito che «With no rational connection between refugees fleeing the seven listed countries and the threat of terrorism (or indeed any other threat), there is little chance that the President's bar would pass muster before the UN Human Rights Committee (even with that body's arguably overly generous "margin of appreciation" in such cases)».

⁵⁶ Cfr. J. SHOOSTER, *op. cit.*

⁵⁷ Cfr. M.D. SHEAR, N. KULISH, A. FEUER, "Judge Blocks Trump Order on Refugees Amid Chaos and Outcry Worldwide", *The New York Times*, 28 gennaio 2017, disponibile su www.nytimes.com.

⁵⁸ Cfr. S. SCHOLTEN, P. MINDERHOUD, "Regulating immigration control", in *European Journal of Migration and Law* 2008, p. 133.

⁵⁹ Tale normativa è stata integrata dalla direttiva 2001/51/CE, del Consiglio del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di

pagnie di trasporto ad assumere la funzione di *immigration officers*⁶⁰. In realtà ne avrebbero fatto volentieri a meno, come dimostrano alcuni giudizi interni dai quali traspare il tentativo, almeno in una fase iniziale, di opporsi⁶¹: in quanto società che perseguono scopi di lucro, il loro interesse sarebbe piuttosto quello di poter trasportare il maggior numero di persone, e non di trasformarsi in «gatekeepers»; tra l'altro, il nuovo ruolo ha comportato la necessità di particolare addestramento per il proprio personale e/o di firmare *Memorandum of Understanding* con alcuni Stati, interessati a inviare propri funzionari di collegamento (*Immigration Liaison Officers*⁶²) nei Paesi di transito e/o di origine dei flussi migratori. Norme analoghe sono state adottate anche da altri Paesi, tra i quali gli Stati Uniti⁶³.

Questo tipo di politica normativa è stata tuttavia oggetto di numerose critiche, in quanto «[c]arrier sanctions are generally implemented indiscriminately, without regard to human rights concerns»⁶⁴; particolarmente a rischio sono proprio i richiedenti asilo, perché raramente hanno documenti di viaggio in regola e difficilmente riescono ad ottenere un visto⁶⁵. Come ha osservato l'UNHCR, forzare i vettori a controllare visti e documenti di viaggio

Schengen del 14 giugno 1985 e dalla direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate.

⁶⁰ Cfr. S. SCHOLTEN, P. MINDERHOUD, *op. cit.*, p. 135.

⁶¹ Ivi, p. 141 ss.

⁶² Formalmente «allo scopo di facilitare e sveltire la raccolta e lo scambio di informazioni» (art. 2 del Regolamento (CE) n. 377/2004 del Consiglio del 19 febbraio 2004, relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione), di fatto «advising embassy personnel; providing training to airline personnel and conducting pre-boarding checks» (S. SCHOLTEN, P. MINDERHOUD, *op. cit.*, p. 137). Sulla complessa questione dell'attribuzione di responsabilità (al Paese di invio, al Paese ospite e/o a entrambi), in caso di violazioni di diritti umani commesse in presenza di ILOs, cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *The international Law of Migrant smuggling*, Cambridge, 2014, p. 514 e p. 313 ss.

⁶³ Cfr. A. ZOLBERG, «Matters of State», in *The Handbook on International Immigration*, C. HIRSCHMAN, P. KASINITZ, J. DE WIND (eds.), New York, 1999; A. CRUZ, *Shifting Responsibility: Carriers' Liability in the Member States of the European Union and North America*, London, 1995.

⁶⁴ T. GAMMELTOFT-HANSEN, «The Practice of Shared Responsibility in relation to Private Actor Involvement in Migration Management», *Shares Research Paper 83* (2016), disponibile su www.sharesproject.nl.

⁶⁵ Sulla difficoltà di ottenere visti umanitari cfr. U. I. JENSEN, *Humanitarian visas: option or obligation?*, Study requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), Brussels, 2014. Si segnala un'interessante presa di posizione dell'avvocato generale Mengozzi, che nelle conclusioni presentate il 7 febbraio 2017, nella causa *X et X c. État belge*, C-638/16 PPU, ha affermato che gli Stati membri devono rilasciare un visto per ragioni umanitarie quando sussistono fondati motivi per ritenere che un rifiuto esporrà le persone richiedenti la protezione internazionale alla tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Sul punto cfr. V. MORENO-LAX, «Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge», in *EU Immigration and Asylum Law and Policy* del 16 febbraio 2017, disponibile su eumigrationlawblog.eu. La Corte di giustizia non ha tuttavia accolto le conclusioni dell'avvocato generale (cfr. Corte di giustizia, causa *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, sentenza del 7 marzo 2017).

«helps to shift the burden of determining the need for protection [...] in the hands of those (a) unauthorized to make asylum determinations on behalf of States (b) thoroughly untrained in the nuances and procedures of refugee and asylum principles, and (c) motivated by economic rather than humanitarian considerations».

Se è vero che in qualche caso le multe sono state cancellate quando è stato accertato che i passeggeri avevano diritto alla protezione internazionale, in caso di dubbio il rischio di incorrere in sanzioni economiche spinge i vettori a negare l'imbarco.

Parte della dottrina si è interrogata se, e a quali condizioni, la condotta dei vettori possa essere attribuita allo Stato che impone le sanzioni⁶⁶; le nostre riflessioni in questa sede vogliono tuttavia soffermarsi su di un altro aspetto, e cioè sulla responsabilità dello Stato in cui si trova l'aeroporto dal quale i vettori hanno impedito la partenza, responsabilità che può sussistere a nostro avviso, come anticipato, in violazione di obblighi di *due diligence*. L'importanza di questo aspetto è evidente soprattutto nel caso in cui l'imbarco sia stato impedito⁶⁷ da uno Stato europeo⁶⁸, parte della Convenzione europea dei diritti umani, qualora il rifiuto comporti la violazione di uno dei diritti garantiti dalla CEDU. Ciò perché, come è noto, nell'ambito di tale trattato esiste un vero proprio organo giudiziario, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in grado di adottare sentenze vincolanti (a differenza dei Comitati istituiti in seno ai trattati elaborati nell'ambito delle Nazioni Unite), che può essere adita direttamente dagli individui e che ha nettamente respinto la pretesa, avanzata da alcuni Stati, di non applicabilità della CEDU all'interno degli aeroporti internazionali⁶⁹. Lo Stato territoriale – lo Stato sul quale si trova l'aeroporto dal quale è stata impedita la partenza – potrebbe allora ben essere ritenuto responsabile in applicazione della teoria degli obblighi positivi, per non aver prevenuto, impedito o represso la violazione di diritti garantiti dalla Convenzione europea da parte di privati nell'ambito della propria giurisdizione

⁶⁶ Cfr. T. GAMMELTOFT-HANSEN, *op. cit.*, p. 15 ss., che esamina altresì «under what conditions individuals and corporations may incur direct responsibility under international law for refugee and human rights violations, and whether such responsibility can be shared with state actors» (p. 19 ss.).

⁶⁷ O lo venisse in futuro, se il nuovo bando annunciato da Trump dovesse risultare nella sostanza non molto diverso da quello che lo ha preceduto, come sembra emergere da alcune indiscrezioni: cfr. S. ACKERMAN, "Trump's updated travel ban to have minimal input from national security", in *The Guardian*, 17 febbraio 2017, disponibile su www.theguardian.com, che sottolinea che «the initial discussions of the imminent order contradict the justice department's promise to the ninth circuit court of appeals of a 'substantially revised executive order'».

⁶⁸ Come risulta dalle cronache dei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore del bando: cfr. ad esempio *Agence France-Presse*, "Some Muslims are being blocked from flights to the US, others are detained on arrival", 28 gennaio 2017, disponibile su www.pri.org, secondo il quale «[i]n The Netherlands, the Dutch flag carrier KLM said it had stopped seven passengers from boarding its flights, five of whom it had been able to contact before departure. The identities of the seven, their countries of origin and destinations were not given».

⁶⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Amuur c. Francia*, ricorso n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 52.

(sentenza *Ilaşcu e a. c. Moldova e Russia*)⁷⁰. Come osservato, «States might need to investigate and sanction non-state actors (e.g. corporations) under their jurisdiction who aid and assist the Trump Administration's unlawful policies»⁷¹ e più in generale «may need to refuse to cooperate with the Trump Administration in ways that might facilitate human rights violations or other violations of international law»⁷², se non vogliono incorrere in violazioni, e possibili condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, come è stato ad esempio nel caso di complicità nella prassi delle *extraordinary renditions*⁷³.

4. Il nuovo bando del 6 marzo 2017

Il 6 marzo 2017 Trump ha adottato un nuovo *executive order*⁷⁴, che apporta numerose modifiche⁷⁵ al testo del 27 gennaio 2017, nel tentativo di porre rimedio alle accuse di incostituzionalità sollevate in relazione al primo bando e cercare di evitare un nuovo *restraining order* da parte dei giudici. Tuttavia, anche questo decreto, che avrebbe dovuto produrre i suoi effetti a partire dal 16 marzo 2017, è stato sospeso, come vedremo, su tutto il territorio nazionale, con una decisione del 15 marzo 2017 della *District Court of Hawaii*.

Quali le novità introdotte? Il nuovo bando mantiene i punti fondamentali previsti dal precedente, e cioè vieta per 90 giorni l'ingresso dei cittadini di alcuni Stati (l'Iraq è però nella nuova versione escluso dal novero dei Paesi colpiti dal bando⁷⁶)

⁷⁰ Corte europea dei diritti umani, *Ilaşcu e a. c. Moldova e Russia*, ricorso n. 48787/99, sentenza dell'8 luglio 2004.

⁷¹ J. SHOOSTER, *op. cit.*

⁷² *Ibidem*, che sottolinea in particolare la necessità di evitare *intelligence sharing* se le informazioni possono essere usate dall'amministrazione americana a fini discriminatori. In senso analogo cfr. anche R. GOODMAN, "Foreign Gov't Assistance to Trump Administration Policies: What Int'l Law Prohibits", *Just Security*, 23 novembre 2016, disponibile su www.justsecurity.org.

⁷³ Sulla recentissima condanna dell'Italia per il coinvolgimento in un caso di *extraordinary renditions* cfr. T. SCOVAZZI, "Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso *Abu Omar*", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2016, p. 157 ss., nonché A. LIGUORI, "Extraordinary Renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Abu Omar*", in *Rivista di diritto internazionale* 2016, p. 777 ss. e bibliografia ivi indicata. Sul ruolo che la Corte di Strasburgo potrà svolgere al fine di dissuadere gli alleati europei dal collaborare con gli Stati Uniti nella commissione di violazioni di diritti umani cfr. anche B. CHANG, "How the European Convention on Human Rights Limits Cooperation with the Trump Administration", *Just Security*, 25 gennaio 2017, disponibile su www.justsecurity.org.

⁷⁴ Cfr. Stati Uniti d'America, *The White House, Executive Order: Protecting The Nation From Foreign Terrorist Entry Into The United States*, del 6 marzo 2017, disponibile su www.whitehouse.gov.

⁷⁵ «Unlike the first order, the new effort was clearly written with the input of government lawyers and not just policy operatives like White House advisers Steve Bannon and Stephen Miller»: cfr. A. ZURCHER, "Will Trump's new travel ban be halted again in court?", in *BBC*, 6 marzo 2017, disponibile su www.bbc.com.

⁷⁶ «Purportedly based on increased cooperation from Iraq, but more likely based on political and diplomatic pressure from Iraq and internally from within the Trump administration»: cfr. J. HAFETZ, "President Trump's Revised Travel Ban: The Underlying Problem of Religious Discrimination Remains", in *JURIST*, 14 marzo 2017, disponibile su www.jurist.org.

e sospende per 120 giorni l'ammissione di rifugiati (tuttavia, anche per i siriani viene annunciata una mera sospensione, e non più un divieto a tempo indeterminato); espressamente specifica che i titolari di *green card* e coloro che già posseggono un visto valido al momento dell'entrata in vigore del bando non sono interessati da esso; aggiunge che le agenzie statunitensi potranno autorizzare l'ingresso caso per caso se ciò è nell'interesse nazionale, non costituisce un rischio per la sicurezza nazionale e il diniego comporta «undue hardship»⁷⁷; elimina le esplicite previsioni di eccezioni a favore di minoranze religiose⁷⁸. Ciononostante, secondo diversi osservatori, «it's still religious discrimination in the pre-textual guise of national security»⁷⁹. Ciò sarebbe confermato dalle conclusioni di un rapporto interno⁸⁰, trapelato a febbraio 2017⁸¹, nel quale analisti del *Department of Homeland Security* avevano affermato che raramente cittadini dei Paesi interessanti dal bando erano stati implicati in atti di terrorismo sul suolo americano, concludendo che «country of citizenship is unlikely to be a reliable indicator of potential terrorist activity». Tale documento renderebbe poco credibile il richiamo alle esigenze di pubblica sicurezza: il «vero intento del bando», secondo diversi commentatori⁸², emergerebbe piuttosto da alcune affermazioni del Presidente Trump e dei suoi collaboratori più stretti, che ne rivelerebbero la intrinseca natura discriminatoria⁸³.

⁷⁷ Cfr. Sec. 3(c), che illustra una serie di esempi.

⁷⁸ Una disposizione che è stata ampiamente intesa come volta ad accordare una priorità a minoranze cristiane, anche alla luce delle dichiarazioni dello stesso presidente in un'intervista, rilasciata in occasione del primo bando, al *Christian Broadcasting Network*, nella quale Trump chiariva che in futuro sarebbe stata data preferenza ai rifugiati cristiani (cfr. D. BURKE, "Trump says US will prioritize Christian refugees", in *CNN politics* del 30 gennaio 2017, disponibile su edition.cnn.com). Una parte del nuovo bando tuttavia espressamente difende le previsioni cancellate affermando che riguardavano «tutte le minoranze».

⁷⁹ Cfr. D. COLE, "We'll See You in Court, 2.0: Once a Muslim Ban, Still a Muslim Ban", *Just Security*, 6 marzo 2017, disponibile su www.justsecurity.org.

⁸⁰ Cfr. J. GILLUM, "DHS intelligence document on President Donald Trump's travel ban", disponibile su www.documentcloud.org.

⁸¹ Cfr. *Exclusive: DHS intel doc contradicts case for Trump's travel ban*, disponibile su www.msnbc.com.

⁸² Cfr. D. EVIATAR, "Why the New Travel Ban Doesn't Resolve the Old One's Problems", *Just Security*, 6 marzo 2017, disponibile su www.justsecurity.org; D. COLE, "We'll See You in Court", cit.; nonché N. TEBBE, R. SCHRAGGER, M. SCHWARTZMAN, "Does Trump's New Travel Ban Violate the Establishment Clause?", *ivi*, 7 marzo 2017, secondo i quali «Although it's difficult to predict, it's at least conceivable that a court could invalidate the new order under the same rationale. After all, the new order reportedly retains key features of the old one».

⁸³ Cfr., *ex multis*, l'affermazione del 7 dicembre 2015 dell'allora candidato Presidente: «Donald J. Trump is calling for a total and complete shutdown of Muslims entering the United States until our country's representatives can figure out what is going on» (affermazione tuttora disponibile sul sito ufficiale www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-statement-on-preventing-muslim-immigration). Già la *District Court for the Eastern District of Virginia*, in una decisione del 13 febbraio 2017, nel caso *Aziz v. Trump*, aveva osservato che, alla luce delle dichiarazioni rese da Trump, prima, durante e dopo l'adozione del bando, quest'ultimo appariva «animated by 'the impermissible motive' of, in the context of entry, disfavoring one religious group» (a tal fine, il giudice citava quanto affermato dalla Corte Suprema nel caso *McCreary*, secondo il quale «the purpose» alla base di una normativa può influire sulla costituzionalità della stessa).

Il giorno successivo all'adozione del bando lo Stato delle Hawaii ha presentato un ricorso e il 15 marzo 2017 – un giorno prima della data in cui il bando avrebbe dovuto cominciare a produrre i suoi effetti – la *District Court of Hawaii*⁸⁴ ha adottato una decisione con la quale ha sospeso sul territorio degli Stati Uniti in via cautelare l'applicazione dell'*executive order*, sulla base della tesi di un «significant and un rebutted evidence of religious animus»⁸⁵, alla luce delle molteplici dichiarazioni, riportate nella decisione, rilasciate dal Presidente Trump e dai suoi collaboratori sia nei mesi immediatamente precedenti sia in concomitanza dell'adozione dei due bandi. «These plainly-worded statements ... betray the Executive Order's stated secular purpose», osserva la Corte, aggiungendo che

«Any reasonable, objective observer would conclude, as does the Court for purposes of the instant Motion for TRO, that the stated secular purpose of the Executive Order is, at the very least, 'secondary to a religious objective' of temporarily suspending the entry of Muslims».

Donald Trump ha annunciato di voler impugnare la decisione; nel frattempo interverranno pronunce⁸⁶ anche sugli altri ricorsi presentati contro il bando ed è molto probabile che la battaglia legale raggiunga la Corte Suprema.

In sede di conclusione, al di là di quello che sarà l'esito finale dei giudizi interni, ci sembrano opportune alcune osservazioni dal punto di vista del diritto internazionale⁸⁷. In proposito occorre innanzitutto sottolineare che il nuovo bando dichiara espressamente di non volersi applicare ai rifugiati già ammessi negli Stati Uniti e a coloro che hanno ricevuto protezione in virtù della Convenzione contro la tortura⁸⁸. Non solo: esso prevede anche che «Nothing in this order shall be construed to limit the ability of an individual to seek asylum, withholding of removal, or protection under the Convention Against Torture, consistent with the laws of the United States». Tuttavia, al di là delle proclamazioni formali, c'è da chiedersi se ciò sarà rispettato nella prassi, alla luce della nuova normativa adottata il 13 febbraio 2017⁸⁹ in attuazione dell'*executive order*, già menzionato, intitolato *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*⁹⁰. Le nuove linee guida hanno infatti introdotto significative modifiche procedurali sia per quanto riguarda le *credible fear interviews* (per coloro che presentano una domanda di asilo in un aeroporto o in un porto senza essere stati precedentemente destinatari di provvedimenti di espulsione), sia le *reasonable*

⁸⁴ Stati Uniti d'America, *District Court for the District of Hawaii, State of Hawaii et al. v. Trump, et al.*, causa n. 17-00050, *Order* del 15 marzo 2017.

⁸⁵ *Ivi*, p. 33.

⁸⁶ Il 16 marzo 2017 anche la *District Court of Maryland* ha adottato un *restraining order*, anche se meno ampio di quello della *District Court of Hawaii*.

⁸⁷ Anche alla luce della possibilità di eventuali rimedi internazionali, esaminata *supra*.

⁸⁸ Cfr. Sec. 3(vi) e Sec. 12(e).

⁸⁹ Cfr. Stati Uniti d'America, *Department of Homeland Security, Memorandum* "Release of Updated Asylum Division Officer Training Course (ADOTC) Lesson Plans", 13 febbraio 2017, disponibile su www.aila.org.

⁹⁰ Cfr. nota 29.

fear interviews (per i richiedenti asilo già oggetto di provvedimenti di espulsione): spetterà ai funzionari di frontiera la «full and final determination as to the applicant's credibility», laddove precedentemente questo compito toccava piuttosto al giudice nell'ambito di una *full hearing*. Tali regole mettono quindi a repentaglio l'effettivo godimento del *due process*, rendendo molto più probabili respingimenti sommari e violazioni del principio di *non refoulement*⁹¹.

Inoltre, anche se nel nuovo bando sono stati aggiunti alcuni paragrafi volti specificamente a giustificare l'asserita pericolosità per la sicurezza nazionale dei singoli Paesi interessati, essi a nostro avviso rimangono vaghi e non idonei a superare the «objective and reasonable» test idoneo ad escludere una discriminazione illegittima⁹².

Infine, il nuovo *executive order* mantiene una serie di disposizioni⁹³, come quelle che prevedono che siano pubblicate informazioni sul numero di stranieri accusati, condannati o espulsi per attività terroristiche, o per violenze di genere contro le donne (come ad esempio «delitti di onore»), che rischiano di stigmatizzare i non cittadini. Come osservato⁹⁴, la decisione di pubblicare informazioni di tal genere esclusivamente se riferite a non cittadini «appears to be motivated by a desire to characterize noncitizens as more prone to terrorism or gender-based violence than U.S. citizens», in violazione dell'art. 26 del Patto sui diritti civili e politici e degli articoli 2 e 4 della Convenzione contro ogni forma di discriminazione razziale⁹⁵.

ABSTRACT. Trump 'Muslim Ban' and International Law

On 27 January 2017, the US President Donald Trump adopted an executive order, *Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*, introducing extremely controversial measures: *i.e.* a 90 day entry ban for nationals from Iran, Iraq, Libya, Somalia, Sudan, Syria and Yemen, and a 180 day suspension of refugees' admission to the USA. This ban was challenged before many courts and frozen by a nationwide restraining order on 3 February 2017. On 6 March 2017, a new travel ban was adopted but then suspended nationwide on 15 March 2017. The author analyses both orders and the most significant domestic case-law, focusing in particular on the compatibility of the bans with international law, and on the possibility of international remedies, against the USA and/or Third States, for complicity or on other grounds.

Keywords: visa; refugees; discrimination; non refoulement; remedies; positive obligations.

⁹¹ Sulle conseguenze in materia di diritto d'asilo degli *executive orders* adottati da Trump cfr. *Harvard Law School, The Impact of President Trump's Executive Orders on Asylum Seekers*, 6 febbraio 2017, disponibile su today.law.harvard.edu.

⁹² Cfr. *supra* J. HATHAWAY, nota 42.

⁹³ Cfr. Sec. 11.

⁹⁴ Cfr. la memoria presentata in qualità di *amicus curiae* – nell'ambito del ricorso promosso dallo Stato delle Hawaii summenzionato – da un gruppo di professori di diritto e ONG attive nella tutela dei diritti umani in *District Court for the District of Hawaii, State of Hawaii et al. v. Trump, et al.*, causa n. 17-00050, *Motion for Leave to File Amicus Curiae Brief*, Civ. No. 1:17-cv-00050-DKW-KSC, disponibile su hoganlovells.com.

⁹⁵ Cfr. sul punto anche J. HAFETZ, "President Trump's Revised Travel Ban", *cit.*, secondo il quale «This provision discriminates based on national origin and is likely to inflame bias against noncitizens by deliberately misrepresenting to the public that they alone – and not U.S. citizens – are responsible for terrorist activity».