L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di non respingimento tra fonti internazionali, europee e nazionali. – 3. L'applicazione del principio di *non refoulement*: i criteri interpretativi. – 4. L'attuazione nell'ordinamento italiano. – 4.1 Adattamento speciale e adattamento ordinario. – 4.2 L'art. 19 T.U. come norma di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali. – 5. L'art. 19 come norma di adattamento di tipo misto, ordinario e speciale. – 5.1 Il divieto assoluto di persecuzione. – 5.2 Il divieto assoluto di tortura, pene o trattamenti disumani e degradanti. – 5.3 Il diritto limitabile alla vita privata e familiare. – 6. Lo *status* giuridico del soggetto inespellibile.

1. Premessa

In base all'art. 10(2) Cost. il trattamento dello straniero è disciplinato dalla legge in conformità agli obblighi internazionali. Obblighi che sono vigenti e tendenzialmente applicabili anche a prescindere dall'esistenza di specifiche disposizioni di attuazione. In questo senso deve essere interpretato il noto messaggio che il Presidente della Repubblica aveva voluto inviare al Presidente del Consiglio nel momento della firma del D.L. 113 del 2018, che aveva modificato proprio una delle norme di attuazione di tali obblighi. In tale occasione, il Presidente della Repubblica aveva affermato:

“Al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

A prescindere dunque dal loro espresso richiamo nei testi legislativi, tali obblighi gravano in capo alle autorità amministrative e giurisdizionali dello Stato; obblighi che sono, appunto, fermi ma non inermi. È proprio della loro efficacia nel nostro ordinamento che ci si occuperà nel presente scritto, con riferimento ad uno specifico obbligo internazionale, costituito dal principio di *non refoulement*, che non esaurisce il novero degli obblighi internazionali e tuttavia indivi-

dua il nucleo forte di tali obblighi gravanti in capo agli Stati, altrimenti liberi di disciplinare allontanamento, ammissione e trattamento dello straniero secondo la loro discrezionalità.

Più in particolare, il presente contributo è dedicato all'interpretazione del principio di non respingimento, come codificato nell'art. 19 (1, 1.1) del T.U. 286/1998, novellato ad opera del D.L. 130 del 2020. L'analisi prenderà le mosse dall'inquadramento del principio di non respingimento nel diritto internazionale ed europeo, rispetto al quale l'art. 19 (1, 1.1) T.U. funge da norma di attuazione, per poi andare più specificamente a vedere quali sono gli effetti e l'applicazione di tali fonti nel nostro ordinamento. L'art. 19 (1, 1.1) sarà dunque soggetto ad una sorta di radiografia, riconducendo ciascuna disposizione all'obbligo internazionale al quale si riferisce e specificandone gli effetti nel nostro ordinamento. A tal fine, la natura di norma di attuazione di obblighi internazionali impone di tenere conto, oltreché del contenuto di ciascun obbligo, anche del metodo di attuazione seguito.

2. Il principio di non respingimento tra fonti internazionali, europee e nazionali

È pacifico che il principio di *non refoulement* costituisca uno dei limiti derivanti dal diritto internazionale alla libertà degli Stati di ammettere e allontanare gli stranieri nel e dal proprio territorio.

Nella nozione di *refoulement* è incluso il *refoulement* diretto (protezione dai rischi nel Paese di prima destinazione) e indiretto (protezione dai rischi in un Paese terzo nel quale la persona potrebbe essere rinvia dal Paese di destinazione).

Esso si applica a qualsiasi forma di allontanamento (espulsione, estradizione, trasferimento) o di non ammissione (respingimento o rinvii indietro), in qualsiasi luogo avvengano: deve, infatti, essere garantito anche nel caso in cui la persona si trovi fuori dal territorio nazionale ma sotto la giurisdizione statale, da intendersi qualsiasi situazione nella quale lo Stato eserciti un'autorità, un controllo effettivo sulla sfera personale e giuridica della persona interessata¹.

Non sono immuni dall'applicazione del principio neanche i trasferimenti di persone tra Stati membri dell'Unione europea nell'ambito del regolamento Dublino. D'altra parte l'Unione è, per precipua volontà degli Stati, ancora un'organizzazione con Stati sovrani e, dunque, l'allontanamento verso un Paese membro, dal punto di vista del diritto internazionale, determina l'applicazione di tutte le

¹ Si veda tra tutte la sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Appl. n. 27765/09.

regole e garanzie tipiche dei trasferimenti di una persona tra Stati nazionali.

Si tratta di un principio multiforme che, a seconda della fonte internazionale rilevante e del contenuto specifico, assume un carattere assoluto o relativo, suscettibile di deroghe.

Il nucleo essenziale è sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e riconosciuto come fonte di diritto internazionale generale². Questo stesso divieto discende, inoltre, dagli obblighi internazionali degli Stati membri ai sensi del Patto internazionale sui diritti civili e politici³ e della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁴, adottati sotto l'egida delle Nazioni Unite.

A livello europeo, la Corte EDU ne ha affermato la vigenza interpretando, in particolare, gli articoli 3 e 8 CEDU. Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il divieto di cui all'art. 3 CEDU è riprodotto in due articoli diversi: nell'art. 4 è sancito il divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, corrispondente al contenuto dell'art. 3; nell'art. 19(1) è riprodotto il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 del Prot. 4 alla CEDU, mentre nell'art. 19(2) è sancito il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione di qualsiasi persona "verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti". Divieto che non trova corrispondenza in un articolo della CEDU, ma nella nota giurisprudenza della Corte EDU che ha adottato la c.d. interpretazione *par ricochet* dei divieti espressamente sanciti. In particolare, secondo una costante giurisprudenza della Corte EDU, l'articolo 3 della CEDU osta, senza possibilità di deroghe, all'allontanamento, all'espulsione o all'extradizione da parte degli Stati contraenti di uno straniero quando vi siano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di destinazione, correrebbe un rischio concreto di subire trattamenti vietati da tale norma⁵.

In base, invece, all'articolo 33(2) della Convenzione di Ginevra, gli Stati pos-

² Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla Commissione di diritto internazionale, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006.

³ Il Patto sui diritti civili e politici è stato adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976; all'art. 7 vieta la tortura e le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Su tale obbligo si veda anche il la General opinion n. 31 del Comitato dei diritti umani del 29 marzo 2004, punto 12, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

⁴ Art. 7 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987.

⁵ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte EDU del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, §§ 90 e 91; del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, §§ 74 e 80, nonché del 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, §§ 39 e 41.

sono, in talune circostanze, derogare al principio secondo cui un rifugiato non può essere respinto verso territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. Analoga eccezione al principio di non respingimento è stata codificata all'art. 21(2), della direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche, il cui tenore letterale ricalca, in sostanza, quello dell'art. 33(2) della Convenzione di Ginevra.

I giudici nazionali, trovandosi di fronte ad un obbligo di derivazione CEDU di carattere assoluto e ad un obbligo UE derogabile disciplinato in conformità alla Convenzione di Ginevra, si sono rivolti alla Corte di giustizia per dirimere in via interpretativa l'apparente conflitto tra l'obbligo internazionale e quello UE. La Corte di giustizia, ha chiarito che, in base all'art. 21(2) della direttiva 2011/95/UE, gli Stati membri possono avvalersi della deroga al principio di *non refoulement* solo qualora non sia vietata dai loro obblighi internazionali⁶. Un'analoga disposizione è contenuta nell'art. 5 della direttiva 2008/115/CE, c.d. direttiva rimpatri, laddove si precisa che qualora l'autorità nazionale competente intenda adottare una decisione di rimpatrio, essa deve vigilare sul rispetto del principio di non respingimento⁷.

Come ha precisato l'Avvocato generale *Wathelet*:

“gli sviluppi registrati nel settore della tutela dei diritti umani fin dall'adozione della Convenzione di Ginevra implicano che gli obblighi degli Stati membri a norma del diritto dell'Unione e del diritto internazionale neutralizzano ormai ampiamente l'eccezione al principio di non respingimento. [...] laddove il respingimento esponga il rifugiato al rischio effettivo di subire la pena di morte o trattamenti vietati dall'articolo 4 della Carta, dall'articolo 3 della CEDU, nonché dagli altri obblighi internazionali menzionati al paragrafo precedente, la facoltà di derogare al principio di non respingimento prevista dall'articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra e all'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 rappresenta solo una possibilità teorica in capo agli Stati membri, la cui attuazione concreta è ormai vietata in nome della tutela dei diritti fondamentali”⁸.

In definitiva, una deroga, quella consentita nell'ambito della Convenzione di Ginevra, che è destinata ad essere inapplicabile nel sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani, per la prevalente protezione più estensiva derivante dall'art. 3 CEDU, che dispone un divieto assoluto e non derogabile.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, C-391/16, punti 96 e 111.

⁷ Corte di giustizia, sentenze dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C249/13, punto 49; 8 maggio 2018, *K.A. e a.*, C82/16, punto 103.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale *Wathelet* nelle conclusioni presentate il 21 giugno 2012 nella causa *M*, C-391/16, punti 57 e 61.

Ma il sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani si caratterizza anche per un altro significativo limite all'allontanamento rispetto a quello ricavabile dalla Convenzione di Ginevra. Si tratta del diritto alla vita privata e familiare, sancito all'art. 8 CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anch'esso ampiamente interpretato dalla Corte EDU e ora pienamente attuato anche nell'ordinamento italiano.

3. L'applicazione del principio di *non refoulement*: i criteri interpretativi

Al fine di assicurare un'interpretazione corretta nell'ordinamento italiano del principio di *non refoulement* di derivazione internazionale, occorre definire quali siano i criteri interpretativi rilevanti.

Prima di tutto, quando abbiamo più fonti in materia di diritti umani, si applica sempre la tutela più favorevole, sempre la tutela più estesa. Sappiamo, infatti, che in alcuni casi il principio di *non refoulement* è assoluto, mentre in altri casi è limitabile. Il principio della tutela più estesa è stato osservato, come abbiamo visto, dalla Corte di giustizia nel dipanare l'apparente contrasto tra l'art. 21 della direttiva 2011/95/UE, scritto in conformità alla Convenzione di Ginevra e l'art. 3 CEDU.

L'analisi del contenuto dei singoli diritti, con prevalenza della tutela più favorevole, deve accompagnarsi ad un altro fondamentale criterio interpretativo, quello del *minimum standard*: le convenzioni internazionali sui diritti umani, inclusa la CEDU, costituiscono uno standard minimo rispetto al diritto nazionale che, quindi, può sempre prevedere uno standard superiore. L'obbligo internazionale è, dunque, sempre derogabile *in melius*⁹.

Il contenuto minimo del principio di *non refoulement* è il divieto in capo allo Stato di allontanare una persona o l'obbligo di ammetterla; è un obbligo negativo, perché impone allo Stato un obbligo prevalentemente di astensione e, soprattutto, perché, anche quando impone l'ammissione, non è previsto il riconoscimento di uno specifico *status*. Evidente che, nel caso in cui vi siano i presupposti per ottenere la protezione internazionale, la persona otterrà tale *status*, ma, in mancanza o in presenza di una causa di esclusione o di revoca, il soggetto è tecnicamente qualificabile solo come inespellibile: l'obbligo internazionale non prevede anche la veste giuridica ma, solo, il divieto di allontanamento. Un divieto *self-executing*, espresso in modo chiaro, preciso e incondizionato e, dunque, tale da essere applicabile a prescindere da una specifica attuazione a livello interno, anche se a livello nazio-

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, cit., punto 111.

nale manchi il riconoscimento di uno specifico *status* per il soggetto inespellibile.

Questo è anche quanto si ricava anche dal diritto dell'Unione, allo stato attuale di avanzamento della normativa UE in materia di immigrazione e asilo. Sappiamo infatti che il diritto UE disciplina lo *status* di protezione internazionale e non, almeno non ancora, lo *status* connesso ad altre forme di protezione che sono applicabili a livello nazionale in tutti quei casi in cui si applica il principio di non *refoulement*. Espressamente l'art. 2(h) Direttiva 2011/95/UE nel recare la definizione di "domanda di protezione internazionale" afferma trattarsi di:

"una richiesta ... *per* ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della presente direttiva e che possa essere richiesto con domanda separata".

Quindi il diritto dell'Unione non disciplina le forme di protezione nazionali ma le ritiene una protezione diversa, che può anche essere richiesta con domanda separata rispetto a quella con la quale si richiede la protezione internazionale. La Corte di giustizia ha poi chiarito che la protezione nazionale, disciplinata dunque in base al diritto nazionale e non al diritto dell'Unione, potrebbe essere rilevante, ad esempio, per applicare l'asilo costituzionale¹⁰. Inoltre, sempre la Corte di giustizia, in materia di revoca ed esclusione dello *status* di protezione internazionale, ha affermato espressamente che, in base al diritto dell'Unione, possono esservi casi di revoca ed esclusione non tanto dello *status* di protezione internazionale, quanto del permesso di soggiorno per motivi di protezione internazionale, ammettendo che esistono obblighi di *non refoulement* che devono essere tutelati in base alla normativa nazionale, di tutti coloro che, pur diniegati o privati di una protezione internazionale, debbano comunque essere tutelati perché non possono essere allontanati in base al principio di *non refoulement*. Adamantina è la sentenza *MP* del 2018 nella quale la Corte afferma che la sussistenza dei limiti dell'allontanamento di cui all'art. 3 CEDU non implica l'autorizzazione al soggiorno a titolo di protezione sussidiaria e che, quindi, spetta allo Stato membro individuare la tipologia di soggiorno del soggetto non espellibile, che non trova disciplina nel diritto UE¹¹. Ancora, nella sentenza *M* del 14 maggio 2019 la Corte di giustizia afferma che è rinvenibile un minimo di diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali che gli Stati devono riconoscere ai soggetti non espellibili: il diritto alla vita privata e familiare (art. 7); la libertà di attività professionale (art. 15); il diritto alla previdenza sociale (art. 34); il diritto della salute (art. 35). In

¹⁰ Corte di giustizia, sentenze 9 novembre 2010, C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

¹¹ Corte di giustizia, sentenza 24 aprile 2018, C-353/16, *MP*.

questa sentenza, la Corte giunge ad individuare una sorta di statuto minimo di derivazione UE del soggetto inespellibile, la cui disciplina complessiva è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri.

4. L'attuazione nell'ordinamento italiano

4.1. Adattamento speciale e adattamento ordinario

Nell'analizzare l'attuazione in Italia del principio di *non refoulement* di derivazione internazionale occorre tenere presente il sistema di adattamento degli obblighi internazionali, perché gli effetti sono diversi a seconda del sistema seguito.

L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, come ci insegna la manualistica, può avvenire con un adattamento speciale od ordinario.

Nel caso di adattamento speciale, abbiamo una norma interna, quasi sempre una legge, che rinvia alla norma internazionale. Questo sistema offre una piena aderenza alla norma internazionale e alle sue vicissitudini, ad esempio alle sue modifiche o anche ai pareri e criteri interpretativi adottati dai Comitati posti a tutela dei vari strumenti internazionali¹². Un esempio di norma di adattamento speciale è l'articolo 5(6) T.U. 286/1998, che rinvia agli obblighi internazionali come limite al diniego, rinnovo o revoca del permesso di soggiorno: in virtù di tale rinvio, tali obblighi possono essere applicati direttamente, laddove siano self-executing come quasi sempre avviene per gli obblighi negativi e di sicuro per il principio di *non refoulement*, che impone allo Stato di astenersi dall'allontanare o di non respingere.

L'adattamento ordinario, invece, consiste nell'adozione di una legge che riformula l'obbligo internazionale in una norma nazionale, includendo talvolta anche modifiche e integrazioni ritenute necessarie per garantire un efficace adattamento dell'ordinamento interno all'obbligo internazionale. In questo caso, l'obbligo internazionale sarà osservato applicando la legge interna di attuazione. Questo sistema rende apparentemente più semplice l'attività interpretativa di giudici e avvocati, che non devono riferirsi direttamente alla fonte internazionale per risolvere un caso concreto, potendo fondarsi su una norma interna. Tuttavia, la semplificazione è solo apparente. Preliminarmente, occorre verificare l'effettiva corrispondenza del contenuto della legge all'obbligo internazionale che la prima va ad attuare. Se il contenuto fosse diverso, occorrerebbe verificare in che modo

¹² Ad es., particolarmente rilevanti per la materia della protezione internazionale sono il Comitato contro la tortura e il Comitato sui diritti umani.

lo sia. Se, infatti, la normativa nazionale reca un contenuto più favorevole, *nulla quaestio*, dato che, come già precisato, la normativa internazionale impone uno standard minimo che ben può essere derogato *in melius* negli ordinamenti nazionali. Se, invece, la disciplina nazionale contenesse uno standard inferiore, allora si porrebbe un problema di contrasto con l'obbligo internazionale, che può essere superato attraverso gli strumenti di risoluzione delle antinomie tra fonti, vale a dire attraverso l'interpretazione conforme oppure la questione di legittimità costituzionale, stante che il rispetto dell'obbligo internazionale è imposto dall'art. 10(2) Cost. e dall'art. 117 Cost.

Nell'ordinamento italiano, il principio di *non refoulement* è attuato sia attraverso norme di adattamento speciale sia attraverso norme di adattamento ordinario. Tali strumenti di adattamento vanno riconosciuti per interpretare e applicare correttamente l'obbligo internazionale al quale si riferiscono nel contesto del sistema delle fonti interno e internazionale.

4.2. L'art. 19 T.U. come norma di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali.

Come anticipato, in questo contributo ci si soffermerà in particolare sull'art. 19 T.U., salvo precisare che la prima norma di adattamento agli obblighi internazionali è contenuta nell'art. 10(1) Cost. ed è una forma di adattamento speciale; tale disposizione, detta "trasformatore permanente", consente l'adattamento costante del nostro ordinamento al diritto internazionale consuetudinario, rendendo applicabile nell'ordinamento italiano la norma consuetudinaria non appena questa si forma nel diritto internazionale. Ad esempio, il principio di *non-refoulement* nelle due forme di protezione contro la tortura e contro la discriminazione razziale è norma consuetudinaria e può già entrare nel nostro ordinamento in virtù dell'articolo 10(1) Cost. Anche l'art. 10(3) Cost. sul diritto costituzionale di asilo può essere considerato una norma di adattamento speciale, dato che la nozione di libertà democratiche ivi contenuta deve essere nutrita, in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione, anche con i diritti derivanti dal diritto internazionale. L'art. 10(2) Cost., già citato in premessa, è invece norma che impone una riserva di legge rinforzata in materia di trattamento dello straniero e, unitamente all'art. 117 Cost., rende gli obblighi internazionali fonte interposta e parametro di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie.

Un'altra norma di adattamento speciale è costituita dall'articolo 2 del T.U. 286/1998 in base al quale allo:

"straniero, comunque presente nel territorio sono riconosciuti diritti fondamentali della persona umana, previsti dalle norme di diritto interno e di diritto internazionale e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti".

L'art. 2 del T.U. potrebbe essere già sufficiente per applicare gli obblighi internazionali, in particolare l'obbligo negativo di *non refoulement*. La questione era divenuta di estrema rilevanza nelle more dell'abrogazione della seconda parte dell'art. 5(6) T.U. 286/1998, che, come detto, è a sua volta norma di adattamento speciale o con rinvio. Tale abrogazione aveva privato l'obbligo internazionale della sua veste giuridica, il permesso di soggiorno per motivi umanitari, ma non della sua cogenza: giova ripetere che il divieto di allontanamento è sempre applicabile, pur in mancanza di indicazione legislativa circa lo *status* riconoscibile al soggetto inespellibile.

La questione era particolarmente interessante in relazione al limite all'allontanamento derivante dall'art. 8 CEDU, nella sua componente di tutela della vita privata. Il diritto alla vita familiare, infatti, è già tutelato espressamente all'art. 5(5) T.U., come integrato dalla sentenza della Corte cost. 2013 n. 202¹³.

Quanto invece al diritto alla vita privata, mancava qualsiasi riferimento espresso nella legislazione italiana, ragione per cui esso veniva tutelato come uno degli obblighi internazionali ai quali il 5(6) T.U. rinviava, con il rilascio di un permesso di soggiorno di tipo umanitario. L'art. 5(6) T.U., norma di adattamento speciale (con rinvio), consentiva così di applicare direttamente, pur in mancanza di un'ulteriore misura di attuazione, il diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU. Correttamente tale diritto è stato interpretato inserendolo nel sistema delle fonti italiane, conferendo ad esso la massima estensione possibile, come indicato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 2013 n. 202: in un sistema multilivello di tutela dei diritti, le fonti devono applicarsi, infatti, conferendo la protezione più elevata. In questo contesto, si deve collocare la nota sentenza della Corte di cassazione, la n. 4455 del 2018, con la quale l'art. 8 CEDU è stato interpretato nel contesto dell'ordinamento italiano e applicato proprio in virtù del rinvio agli obblighi internazionali di cui all'art. 5(6) T.U.

Come sappiamo, il novellato art. 5(6) T.U. riproduce il richiamo agli obblighi internazionali ma con l'introduzione di un'ulteriore disposizione nell'art. 19(1.1) del T.U. che espressamente conferisce attuazione all'art. 8 CEDU, anche nella sua componente di tutela della vita privata: trattasi in questo caso di adattamento ordinario, non con rinvio, con una legge italiana che riformula l'obbligo in una fonte interna e ne modifica anche il contenuto, prevedendo una tutela più elevata.

¹³ Il comma 5 dell'art. 5 è stato così modificato in virtù dell'attuazione della direttiva 2003/87/CE sul ricongiungimento familiare, il cui art. 12 codifica il diritto alla vita familiare di cui all'articolo 8 CEDU come interpretato dalla Corte EDU.

5. L'art. 19 come norma di adattamento di tipo misto, ordinario e speciale

5.1. Il divieto assoluto di persecuzione

L'art. 19 è la norma del Testo Unico che specificamente concerne l'attuazione in Italia degli obblighi di non respingimento. Questo rende la sua interpretazione complessa, perché occorre sempre tenere conto anche della fonte internazionale che mira ad attuare. Esso, inoltre, contiene sia norme di adattamento ordinario sia norme di adattamento speciale: occorre fare una sorta di radiografia dell'art. 19 ed individuare la fonte internazionale rilevante, il tipo di adattamento al diritto internazionale che abbiamo di fronte, per poi applicare il criterio interpretativo più appropriato.

L'art. 19(1) T.U. è una norma di adattamento ordinario: abbiamo, infatti, la riformulazione del principio di *non refoulement*, espresso come un divieto di allontanamento assoluto nel caso di rischio di persecuzione per i motivi che sono in esso contemplati ed integrati anche in base al D.L. 130 del 2020. L'art. 19(1) T.U. si aggiunge, dunque, agli articoli 2 e 5(6) T.U., oltre che al 10(1) Cost., ma, rispetto ad essi, non abbiamo un mero rinvio all'obbligo internazionale, bensì anche una riformulazione, offrendo una tutela più estesa rispetto a quella che deriva dal diritto internazionale.

Si tratta di una disposizione molto ben concepita che offre una tutela molto ampia del principio di *non refoulement*; essa, inoltre, espressamente include anche il *non refoulement* indiretto, il divieto di allontanamento in tutti i casi in cui la persona possa rischiare di essere rinviaata verso un terzo Stato nel quale non sia protetta dalla persecuzione. Un esempio cristallino di come il legislatore può attuare un obbligo internazionale estendendo la tutela: trattasi, infatti, di un divieto di allontanamento assoluto, con una tutela più estesa rispetto a quanto disposto dalla Convenzione di Ginevra, sia per l'assenza di cause di esclusione, sia per il riferimento alla nozione di persecuzione e non di persecuzione individuale, nonché per l'estensione dei motivi espressamente considerati.

Questa estensione consente di interpretare il principio di *non refoulement* nell'ordinamento italiano come una sorta di "paracadute", che si apre a prescindere dalla procedura applicabile, a prescindere dal momento in cui ci si trovi, per scongiurare che una persona, per uno qualsiasi dei motivi attinenti alla sua situazione individuale, possa essere allontanata rischiando di subire una tale violazione.

Sull'applicazione generalizzata del divieto di allontanamento di cui all'art. 19(1) T.U., merita menzionare sue sentenze della Corte di cassazione nelle quali, ricostruita perfettamente l'efficacia degli obblighi internazionali in materia di

non refoulement nell'ordinamento italiano, è stata affermata l'applicazione del 19(1) T.U. anche in materia di misure di sicurezza, anche se non espressamente previsto il richiamo nella legislazione penale¹⁴. Lo stesso schema argomentativo dovrebbe essere esteso a tutti i casi di ricorsi contro provvedimenti di allontanamento, inclusi, come precisato *supra*, i trasferimenti tra Stati membri in esecuzione del regolamento Dublino.

5.2. Il divieto assoluto di tortura, pene o trattamenti disumani e degradanti

Nell'art. 19(1.1) T.U. troviamo altre disposizioni di attuazione degli obblighi internazionali in materia di *non refoulement* e altre tipologie di adattamento. In particolare, vi si rinviene una forma di adattamento misto, poiché in un medesimo comma troviamo sia l'adattamento speciale sia quello ordinario.

L'articolo 19(1.1) T.U. è, infatti, norma di adattamento ordinario per quanto riguarda gli articoli 2 e 3 della CEDU, nonché per la Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 sul divieto di tortura; esso è poi norma di adattamento speciale per gli obblighi costituzionali e internazionali ai quali la norma rinvia. Più precisamente, trattasi, quest'ultimo, di un rinvio che è stato aggiunto nella norma a seguito della riforma del D.L. 130/2020 attraverso un "rinvio indiretto": l'art. 19(1.1) T.U. rinvia all'art. 5(6) T.U., che, a sua volta, richiama gli obblighi costituzionali e internazionali. Un *drafting* piuttosto criticabile, avendo il rinvio "interno" solo il fine di richiamare gli obblighi costituzionali e internazionali, che si sarebbero potuti direttamente menzionare nell'art. 19(1.1) T.U.

Quanto all'adattamento ordinario di cui al divieto di tortura, è interessante notare che la disposizione è stata introdotta nell'art. 19 T.U. ad opera della L. n. 110 del 2017, la legge che ha attuato in Italia la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e che ha introdotto nel nostro ordinamento il delitto di tortura¹⁵. L'art. 3 della Convenzione contro la tortura dispone quanto segue:

“1. Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura.

2. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo”.

¹⁴ Corte di cassazione, sentenze 28 aprile 2010 n. 20514 e 26 ottobre 2017 n. 49242.

¹⁵ Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, cit., art. 3.

Quando il legislatore è andato ad attuare la Convenzione ha ampliato la fattispecie protetta, includendo, oltre alla tortura anche il divieto di pene o trattamenti disumani o degradanti, così attuando anche quanto espressamente disposto dall'art. 3 CEDU. Il testo introdotto è il seguente:

“Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”.

Si può notare che l'inciso “Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”, risulta difforme rispetto all'art. 3(2) della Convenzione contro la tortura, laddove si afferma che “le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo”. L'espressione “se del caso si tiene conto dell'esistenza di tali violazioni gravi” è stata attuata nella formulazione italiana con “si tiene conto anche dell'esistenza”. Si tratta di un'attuazione non corretta dell'articolo 3(2) della Convenzione contro la tortura, che potrebbe indurre a ritenere che, affinché vi sia tutela, occorra anche l'esistenza di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce dei diritti umani; al contrario, nella Convenzione contro la tortura, l'esistenza delle violazioni sistematiche è da considerare al fine della prova del rischio e, direi, della prova attenuata dell'esistenza del rischio. Si vede come, attraverso lo strumento della legge di adattamento ordinario, vi è stata, sì, attuazione, ma questa rischia di essere restrittiva. Ne deriva che, poiché né l'art. 3 della Convenzione contro la tortura né l'art. 3 CEDU richiedono che vi siano anche violazioni sistematiche per l'applicazione del divieto di *refoulement*, l'art. 19(1.1) T.U. deve essere interpretato alla luce della di tali Convenzioni e, in particolare, della Convenzione contro la tortura che la l. 2017 n. 110 ha teso ad attuare. Emerge in tutta la sua rilevanza l'importanza dell'adattamento al diritto internazionale e della necessità, qualsiasi esso sia, di mantenere un collegamento con la norma internazionale, al fine di scongiurare interpretazioni *in pejus*, non consentite e, dunque, non ammesse ai sensi degli articoli 10(2) e 117 Cost.

Abbiamo dunque rilevato un potenziale conflitto tra la norma interna di adattamento dell'obbligo internazionale e quest'ultimo, superabile interpretando la prima in conformità alla Convenzione contro la tortura. Altrimenti, nel caso si ritenesse tale operazione ermeneutica non praticabile, occorrerebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.

5.3. Il diritto limitabile alla vita privata e familiare

Veniamo, da ultimo, al diritto alla vita privata e familiare che, finalmente, con il D.L. 130 del 2020 viene formalmente attuato nella legislazione nazionale. Si tratta di una vera e propria svolta, essendo da lungo tempo che se ne invocava l'attuazione. Il contenuto dell'art. 19(1) T.U. risulta ora arricchito ad opera del D.L. 130 del 2020, attraverso il quale non solo è stato ripristinato il rinvio agli obblighi internazionali di cui all'art. 5(6) T.U. 286/1998, quel rinvio che aveva consentito di applicare direttamente il diritto di cui all'art. 8 CEDU, componente diritto alla vita privata, ma è stata anche introdotta una nuova disposizione che si configura come norma di adattamento ordinario rispetto al diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU.

Tale novella determina, quindi, non un mero ripristino della tutela del diritto alla vita privata come ex ante D.L. 113/2018, ma l'introduzione di una disposizione che prospetta l'impiego di strumenti ermeneutici di tipo diverso. Nell'art. 19(1.1) T.U. abbiamo, infatti, una norma di adattamento speciale, con la riformulazione del diritto alla vita privata e familiare, il cui contenuto è più ampio rispetto a quanto disposto dall'art. 8 CEDU, dal quale pur deriva. Questo comporta che la giurisprudenza della Corte EDU non sarà del tutto applicabile: essa andrà valorizzata il più possibile, soprattutto i principi che sono stati elaborati nel corso degli anni, caso dopo caso, per valutare l'esistenza di un diritto alla vita privata e familiare e l'eventuale esistenza di un'ingerenza da parte dello Stato e la sua legittimità o illegittimità. Non può però essere applicabile la giurisprudenza, non nella parte in cui la legislazione nazionale prevede una tutela più estensiva.

Nell'art. 19(1.1) T.U. abbiamo l'indicazione dei criteri che devono essere obbligatoriamente considerati quali parametri per accertare l'esistenza dei legami nel Paese d'origine, vale a dire i legami familiari, culturali e sociali. Si consideri che si potrebbe anche verificare un caso di allontanamento verso un Paese estremamente avanzato nella tutela dei diritti fondamentali ma, se una persona ha i suoi legami familiari, culturali e sociali in Italia, allora quella persona non potrà esservi allontanata.

La disposizione interna differisce da quella della CEDU, nell'indicazione dei requisiti che consentono l'ingerenza nella vita privata e familiare, rendendola legittima. In base all'art. 8 CEDU, infatti, la misura che comporta l'interferenza per essere legittima deve essere:

- “prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

In base all'art. 19(1.1) T.U., in virtù della novella legislativa, l'ingerenza è ammessa invece solo:

- “per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute [...]”.

Mentre nel sistema CEDU l'ingerenza è ammessa anche per il benessere economico del Paese e anche per la protezione dei diritti e le libertà altrui, nell'ordinamento italiano è ammessa solo se c'è una minaccia per la sicurezza nazionale e, quindi, per l'esistenza stessa dello Stato, per l'ordine e la sicurezza pubblica, cioè per la protezione della popolazione, nonché di protezione della salute. Risulta, quindi, non applicabile la giurisprudenza della Corte EDU nella quale, ad esempio, ci sono stati casi di allontanamento per mere irregolarità del soggiorno e su questo si dipana la sfida dell'interpretazione dell'articolo 19(1.1) T.U. Queste precisazioni normative consentono di ritenere che siamo di fronte ad un quadro normativo diverso rispetto a quello che era vigente prima del D.L. n. 113 del 2018, cioè un regime che offre una tutela più ampia e sul quale vi sono ampi spazi d'interpretazione e di applicazione innovativa.

6. Lo *status* giuridico del soggetto inespellibile

L'ultimo aspetto che merita di essere considerato è quello dello *status* giuridico da conferire al soggetto non allontanabile. Il diritto internazionale e dell'Unione non impongono il riconoscimento di uno specifico *status*, se non quanto indicato nella sentenza *M* della Corte di Giustizia del 19 maggio 2019, nella quale la Corte di giustizia dell'Unione europea indica un minimo di diritti che devono essere riconosciuti al soggetto inespellibile.

Con il D.L. 130 del 2020 è stato reintrodotta anche il permesso di soggiorno che deve essere rilasciato allo straniero non allontanabile, dopo che nel 2018 era stato abrogato il permesso di soggiorno per motivi umanitari. La veste giuridica che viene introdotta è ora il permesso di soggiorno per motivi di protezione speciale, che viene rilasciato dal Questore, previo parere della commissione territoriale. Si tratta, tuttavia, di un potere autonomo del Questore. Storicamente, quando furono costituite le commissioni territoriali nel 2005, si introdusse anche la loro competenza a richiedere al Questore il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, in mancanza di presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale. La Commissione territoriale veniva così chiamata ad intervenire su un potere tipico del Questore: allora era chiaro che tale intervento aveva avuto la funzione di limitare la discrezionalità del Questore nell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria. L'obiettivo era dunque quello di obbligare il Questore in taluni casi

a rilasciare il permesso di soggiorno e si impiegava proprio l'indicativo presente ad accentuare la natura dell'obbligo e non di una facoltà. Anche la lettura dell'art. 19(1.2) T.U. non suscita dubbi in proposito. Una conferma si riscontra anche nella direttiva 2008/115/CE, c.d. direttiva rimpatri, laddove è affermato che gli Stati possono decidere in qualunque momento di autorizzare il soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, per cui sarebbe in teoria possibile per il Questore rilasciare un permesso di soggiorno ad una persona che ritiene meritevole e potrebbe farlo anche applicando direttamente l'art. 6(4) della direttiva 2008/115/CE, che è norma idonea a produrre effetti diretti essendo chiara, precisa e incondizionata.

In estrema sintesi il permesso per motivi di protezione speciale è la veste giuridica che nell'ordinamento interno è stata individuata per dare attuazione agli obblighi costituzionali e internazionali. È la traduzione in termini giuridici positivi dell'obbligo negativo di *non-refoulement*. Obblighi che sono in parte specificati nell'art. 19, in parte scritti altrove, nella Costituzione e in altre norme internazionali, e per le quali abbiamo l'adattamento speciale con rinvio.

C'è quindi ancora spazio per la tutela residuale con rinvio? Quanto spazio? Si potrebbe dire "in tutti i casi nei quali sia necessaria", perché è proprio questa la funzione del principio di *non refoulement*. Lasciare una discrezionalità in capo all'autorità amministrativa e giurisdizionale di riconoscere qualsiasi situazione bisognosa di tutela, alla luce degli obblighi internazionali e costituzionali.

È peraltro possibile però, oltre al riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi di protezione speciale, anche il riconoscimento di un altro permesso di soggiorno. Questo lo indica chiaramente l'articolo 5(5) T.U. sul diritto alla vita familiare, ma anche l'articolo 5(6) T.U.: qualsiasi permesso di soggiorno può essere rigettato, revocato o non rinnovato a meno che non sussistano contrari obblighi costituzionali e internazionali dello Stato. In caso di applicazione dell'art. 5(6) T.U. non si applica, dunque, l'art. 19(1.1) T.U. per il rilascio del permesso di protezione speciale. Come già sottolineato, la connessione tra le due disposizioni deriva dal richiamo disposto nell'art. 19(1.1) T.U. agli obblighi di cui all'art. 5(6) T.U., ma non alla disciplina da esso prevista. C'è dunque necessità di distinguere e di offrire a ciascuna norma la sua specifica e propria collocazione.