
ADiM BLOG
Gennaio 2021
ANALISI & OPINIONI

*Non refoulement e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo
“decreto immigrazione e sicurezza”*

Antonio Marchesi

Professore associato di Diritto internazionale
Università di Teramo

Parole Chiave

Espulsione – Respingimento – Tortura – Trattamenti inumani o degradanti – Vita privata e familiare

Abstract

Il nuovo “decreto sicurezza” amplia la portata del divieto di respingimento, espulsione o estradizione di cittadini stranieri dal territorio italiano contenuto nell’art. 19 del T.U. sull’Immigrazione. La nuova disposizione rispecchia quanto stabilito da due importanti norme internazionali. Dà attuazione, innanzitutto, al ben noto principio di non refoulement, nella variante finalizzata alla prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. Esprime, poi, una declinazione del diritto – riconosciuto, tra l’altro, dall’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo – alla vita privata e familiare. Le due ipotesi contemplate sono dunque, da un lato, quella di un allontanamento forzato che esponga il cittadino straniero a un rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti; dall’altro, quella di un allontanamento che venga a spezzare un legame particolarmente stretto e durevole del cittadino straniero con lo Stato che lo ospita. L’una e l’altra pongono interessanti questioni di interpretazione.

1. Introduzione

Il decreto “Lamorgese” (d.l. del 21 ottobre 2020 n.130, convertito con modifiche dalla legge del 18 dicembre 2020 n.173) è stato accolto in linea di massima con favore da coloro che avevano invece espresso giudizi negativi sui “decreti sicurezza” precedenti (d.l. 4 ottobre 2018 n.113 e d.l. 14 giugno 2019 n.53). Le osservazioni critiche, in verità, non sono mancate (si vedano, sul decreto n.130 in generale, le proposte di modifica avanzate dall’[Associazione di studi giuridici sull’immigrazione](#), e il commento di [DE PETRIS](#) nel numero di ottobre di questo Blog). Non hanno convinto tutti le disposizioni relative al soccorso in mare (cfr. il commento di [Medici Senza Frontiere](#)) e qualche dubbio è stato espresso sulle norme in tema di detenzione amministrativa dei migranti (si veda il parere del [Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#)). Vi è chi, poi, ritiene che sia stata persa un’occasione per ripudiare il concetto di “paese di origine sicuro”, da sempre problematico nella prospettiva del pieno rispetto del “diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni” (Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, art. 14). Discutibile, infine, è sembrata a più di un osservatore la norma, presente anche nel nuovo decreto, sulla revoca della cittadinanza per chi commetta alcuni reati di terrorismo, nella misura in cui comporterebbe una differenza di trattamento ingiustificata fra chi è cittadino italiano dalla nascita e chi invece acquista la cittadinanza italiana in un momento successivo. Ciò premesso, il decreto, come si è detto, è stato ritenuto per lo più migliorativo rispetto alla disciplina pre-esistente.

Fra le norme che meritano, a nostro avviso, una valutazione sicuramente positiva vi è quella che introduce un nuovo comma 1.1 nell’art.19 del Testo Unico sull’Immigrazione (D.lgs. 286/98), il quale stabilisce un divieto di allontanare cittadini stranieri dal territorio italiano in termini notevolmente più ampi rispetto alle previsioni dei “decreti Salvini”.

Sono due, a ben vedere, le ipotesi prese in considerazione, entrambe in maniera coerente con quanto previsto nelle convenzioni internazionali sui diritti umani. La prima, in base alla quale “Non sono ammessi il respingimento o l’espulsione o l’extradizione 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”, è la trasposizione nel diritto interno di una delle due varianti del principio di *non refoulement* (v. *infra*). La seconda, per la quale “Non sono altresì ammessi il respingimento o l’espulsione di una persona ... qualora esistano fondati motivi di ritenere che l’allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”, esprime invece una delle svariate declinazioni – quella che riguarda, appunto, l’ingresso e la permanenza sul territorio di uno Stato del quale non si è cittadini – del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Questi due divieti sono opportunamente integrati da specificazioni in ordine agli elementi di cui si dovrà tenere conto nella valutazione, rispettivamente, del rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti e del rischio di una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

2. Il principio di *non refoulement*

Consideriamo la prima ipotesi. Il principio di *non refoulement* è uno dei limiti internazionali alla libertà statale di allontanare i non cittadini dal proprio territorio – o di non permettere loro di farvi ingresso – che si presenta, come si è accennato, in due versioni: quella originale, di cui all'art.33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, e quella in cui il non allontanamento è funzionale alla prevenzione della tortura.

La prima versione del principio è recepita dal comma 1 dell'art.19 del Testo Unico sull'Immigrazione, in base al quale “In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”. Questa previsione non ha subito modifiche per effetto del Decreto n.130. È stata tuttavia integrata in sede di conversione in legge di quest'ultimo, attraverso l'aggiunta, finalizzata ad adeguare il linguaggio della norma interna agli sviluppi della prassi e della giurisprudenza internazionali, delle parole “di orientamento sessuale, di identità di genere”, dopo la parola “sesso”. A quest'ultima espressione, peraltro, veniva un tempo attribuito, nelle enunciazioni internazionali del principio di non discriminazione, il significato di identità di genere restrittivamente intesa, ovvero limitata alla distinzione uomo-donna. A seguito delle integrazioni all'art.19, comma 1, il riferimento al “sesso” cessa – ci sembra – di avere un significato utile.

Il nuovo comma 1.1 contempla, invece, la seconda versione del principio di *non refoulement*. Fonti della norma internazionale – in quest'ultima versione – sono l'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione ormai consolidata della Corte di Strasburgo, e la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984, di cui l'Italia è parte, il cui art.3, par.1, stabilisce che “Nessuno Stato parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura”.

Nel quadro di quest'ultima Convenzione il riferimento è alla sola tortura. Il decreto tuttavia riprende l'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che include, invece, fra i presupposti del divieto di allontanamento, tutte le ipotesi di cui all'art.3 Cedu e, dunque, oltre alla tortura anche i trattamenti o le punizioni inumani o degradanti.

Si consideri, inoltre, che in sede di conversione in legge del decreto è stata apportata una modifica, che amplia ulteriormente la portata del divieto. Ci riferiamo all'aggiunta, dopo “inumani o degradanti”, delle parole “o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art.5, comma 6”. L'art.5, comma 6 del Testo Unico sull'Immigrazione, così come modificato dalla stessa legge n.173, stabilisce, tra le altre cose, che il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno siano condizionati al “rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. Per

effetto del richiamo introdotto in sede di conversione anche il respingimento, l'espulsione e l'extradizione, oltre al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno, vanno dunque incontro al limite generale del rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali. Dall'obbligo di rispettare la Costituzione e il diritto internazionale (che sarebbe stato comunque presente, anche in assenza del richiamo di cui sopra, ma ... *repetita iuvant*) discende, come si è detto, un ampliamento della portata del divieto, la cui finalità di prevenzione si estende a pratiche vietate dal diritto internazionale diverse dalla tortura e dai trattamenti inumani o degradanti: per esempio, alle sparizioni forzate, un obbligo di *non refoulement* essendo previsto dall'art.16 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, di cui l'Italia è parte. Dall'art.27 della Costituzione discende poi – com'è noto – il divieto di estradizione laddove ciò possa risultare nell'applicazione della pena capitale, ripudiata dal nostro ordinamento. Quest'ultima ipotesi, peraltro, rientra, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, fra le pratiche vietate dall'art.3 Cedu, ogni forma di collaborazione da parte italiana all'infrazione o all'esecuzione di una condanna a morte essendo esclusa, dunque, *anche* per questa ragione.

La norma, come si è accennato, tocca pure la questione della valutazione del rischio. Il contenuto e la struttura, assai peculiari, dell'obbligo che discende dal principio di *non refoulement* rendono tale aspetto particolarmente delicato. Si è in presenza, a ben vedere, di un obbligo che s'impone a uno Stato diverso da quello in cui si teme che la tortura (o altra violazione dei diritti umani) possa avvenire e, più precisamente, di un obbligo di astenersi da una condotta – l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento forzato – da cui deriva *un rischio che si potrebbe avverare altrove*. Il livello del rischio richiesto affinché s'imponga l'obbligo di non allontanamento non può essere, evidentemente, fissato con precisione nelle norme convenzionali, essendo affidato, inevitabilmente, alla giurisprudenza internazionale e interna. Il tema non può essere approfondito in questa sede. Basti dire che su tale aspetto il decreto, riprendendo ancora una volta puntualmente le norme internazionali (e in particolare l'art. 3, par. 2, della Convenzione del 1984), fornisce un criterio utile laddove prevede che si tenga conto, nella valutazione del rischio cui la persona destinataria della misura di allontanamento va incontro nello Stato di arrivo, oltre che della situazione individuale di questa, "dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani".

Il divieto di *refoulement* contenuto nel decreto è conforme a quanto previsto nelle norme internazionali anche sotto un altro profilo: quella della sua inderogabilità. È avvenuto in passato che i rappresentanti del nostro Governo abbiano sposato, davanti alla Corte di Strasburgo, la tesi sostenuta fra gli altri dal Regno Unito in base al quale il diritto a non essere espulsi in presenza di un rischio di tortura non sarebbe assoluto, dovendo essere bilanciato con gli interessi fondamentali della società. Questa tesi è stata respinta con nettezza dalla Corte (cfr. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 28 febbraio 2008, [Saadi c. Italia](#), ric. n. 37201/06). Ebbene, il decreto n. 130 è in linea – a noi sembra – con la posizione dei giudici di Strasburgo. Non sono infatti previste eccezioni. Se un rischio oggettivo di tortura o di trattamenti o

punizioni inumani o degradanti – al di là delle eventuali difficoltà di accertamento – c'è, allora l'allontanamento non è consentito. Non vi è margine di apprezzamento dello Stato parte, non vi è discrezionalità della pubblica amministrazione.

Il discorso si fa più complicato per quel che riguarda le diverse possibili ipotesi di allontanamento forzato. Il decreto fa riferimento al “respingimento”, alla “espulsione” e alla “estradizione”. Mettendo da parte l'ipotesi dell'estradizione – che costituisce, in un certo senso, un caso a sé – non pongono particolari problemi interpretativi l'espulsione (di chi è già presente sul territorio) e il respingimento *alla frontiera*, l'una e l'altro certamente compresi nel divieto. Più controverse sono talune altre ipotesi di respingimento. Ci riferiamo al respingimento a partire dalle acque internazionali e all'allontanamento forzato affidato a terzi – ad esempio alle agenzie libiche che pattugliano il Mediterraneo centrale (e che sono dall'Italia finanziate e addestrate). Per la Corte di Strasburgo la prima di queste due ipotesi – quella del respingimento di chi, essendo diretto verso le nostre coste, viene fermato da organi dello Stato italiano mentre è ancora in acque internazionali – è “coperta” dalla norma dell'art. 3 Cedu (Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, [Hirsi Jamaa e altri c. Italia](#), ric. n. 27765/09). Si ritiene pertanto che debba intendersi come compresa fra le situazioni contemplate nel decreto.

Quanto alla seconda ipotesi, si tratta del fenomeno talvolta descritto – da coloro che ritengono che si tratti di una forma di aggiramento o elusione delle norme internazionali in materia – come respingimento o *refoulement* “delegato”, pratica consistente nell'affidamento a terzi del compito di tenere a distanza persone straniere dirette verso il nostro paese, evitando in tal modo ogni contatto di queste non soltanto con il territorio ma altresì con gli organi dello Stato. È da escludere, visto l'orientamento adottato dai governi italiani succedutisi negli ultimi anni, che vi fosse intenzione di includere tale ipotesi fra quelle comprese nel divieto. La questione della liceità dei respingimenti “delegati” nella prospettiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo resta nondimeno aperta, essendo attualmente oggetto di un ricorso pendente davanti ai giudici di Strasburgo (Corte Edu, [SS e altri c. Italia](#), ric. n. 21660/18).

3. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare

Veniamo, brevemente, alla seconda parte del nuovo comma 1.1. dell'art.19 del T.U. sull'Immigrazione, relativa al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Anche in questo caso vi è una sostanziale corrispondenza tra la norma interna e quanto previsto dalle norme internazionali, a cominciare dall'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (così come interpretato dalla Corte di Strasburgo).

Va precisato che non si tratta di una diversa applicazione del principio di *non refoulement* bensì di una regola del tutto diversa, rispondente a una logica diversa. Mentre il *non refoulement* ha il fine di impedire un evento negativo (la persecuzione per una serie di motivi oppure la tortura o i trattamenti analoghi) in un altro Stato (lo Stato di destinazione), la norma in

questione si propone di tutelare un valore positivo, meritevole di protezione: e cioè il legame stretto e durevole tra una persona e lo Stato ospitante (lo Stato in cui vive, pur non avendone la cittadinanza).

Ciò chiarito, il divieto di allontanamento, in questa ipotesi, non è assoluto. Innanzitutto, non lo è secondo il diritto internazionale: l'art.8 della Convenzione europea precisa che il diritto alla vita privata e familiare – anche, evidentemente, nella declinazione relativa all'accesso e alla permanenza sul territorio – può essere oggetto di una "ingerenza della pubblica autorità" se questa è "prevista dalla legge" e se è necessaria, "in una società democratica", in vista della realizzazione di uno fra diversi interessi collettivi o della protezione "dei diritti e delle libertà altrui". La norma del decreto, da parte sua, prevede un'eccezione quando l'allontanamento si rende "necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica". In sede di conversione, peraltro, sono state introdotte le parole "nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". In altri termini, è stata aggiunta, tra gli interessi collettivi che limitano la portata del diritto, la protezione della salute e sono stati fissati, nel contempo, dei "contro-limiti" consistenti nella necessità di rispettare due atti (fra loro assai diversi e sulla scelta dei quali non possiamo soffermarci in questa sede): la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e la Carta di Nizza.

Quel che più interessa, però, a nostro avviso, al di là delle restrizioni al diritto a non essere allontanati dal territorio contemplate sia dal diritto internazionale che dal diritto interno, è ancora una volta una questione di interpretazione. Si tratta di valutare nientemeno che l'intensità, indagandone la natura e le caratteristiche, dei legami privati o familiari di una persona con lo Stato in cui vive, per stabilire se l'esecuzione di una misura di allontanamento forzato da questo costituisca o meno violazione di un diritto fondamentale della stessa. Si tratta, in definitiva, di mettere su un piatto della bilancia l'interesse collettivo all'allontanamento di una persona (si tratterà, per lo più, di una persona che ha commesso reati e/o che è stata valutata pericolosa per la società) e, sull'altro, l'interesse del singolo a non essere strappato dalla sua famiglia e dai suoi affetti, a non perdere il lavoro, per ritrovarsi in uno Stato con cui potrebbe non avere più alcun legame.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha elaborato criteri da seguire nell'effettuazione di questa delicata operazione di bilanciamento, distinguendo il caso degli immigrati di prima generazione, giunti nello Stato ospitante in età adulta, da quello degli immigrati di seconda generazione, nati nello Stato ospitante o arrivati lì in tenera età. Ai primi vengono applicati i c.d. criteri *Boultif* che tengono conto, oltre che della durata della permanenza nello Stato ospitante e del rispettivo peso dei legami con questo e con lo Stato di origine, di elementi relativi alla vita propriamente familiare (la cittadinanza dei familiari, la durata del matrimonio, la presenza di figli, ecc.). Ai secondi, si applicano invece i c.d. criteri *Benhabba*, che integrano i criteri *Boultif* con elementi relativi alla vita privata, ovvero ai legami autonomi della

persona straniera con lo Stato ospitante, tendenzialmente più stretti di quelli degli immigrati di prima generazione.

La norma introdotta mediante il decreto richiama, sia pure in sintesi, gli orientamenti fatti propri dalla Corte di Strasburgo, laddove stabilisce che “si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell’esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d’origine”.

4. In conclusione

Concludo queste brevi osservazioni ribadendo che, a mio avviso, il nuovo comma 1.1. dell’art.19 del T.U. sull’Immigrazione – coerente con quanto stabilito dal diritto internazionale dei diritti umani in materia di limiti alla libertà statale di allontanamento dei cittadini stranieri dal proprio territorio – merita una valutazione positiva. I divieti di espulsione, peraltro, sono parte integrante di una disciplina più ampia e non possono essere isolati dalla cornice normativa in cui si collocano. Una volta riconosciuto il diritto di una persona straniera a rimanere in Italia, si pone il problema del regime giuridico applicabile ed entrano in gioco altre norme – il cui esame fuoriesce dai limiti di questo commento. La circostanza che una questione sensibile, come quella dei limiti al potere sovrano di uno Stato di regolare l’accesso al proprio territorio, sia disciplinata in modo razionale e rispettoso degli standard internazionali è nondimeno, di per sé, un risultato la cui importanza non deve essere sottovalutata, soprattutto in questa fase storica.

Per citare questo contributo: A. MARCHESI, *Non refoulement e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo “decreto immigrazione e sicurezza”*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2021.