

Refoulement verso rischio di tortura e rischi per la sicurezza nazionale. Riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento

di Elisa Cavasino¹

1. La disciplina italiana sulle espulsioni per motivi di sicurezza nazionale

L'espulsione dello straniero per motivi di sicurezza nazionale è prevista dagli articoli 13 c. 1 d.lgs. 286 del 1998 e 3 l. 155 del 2005². Entrambe le disposizioni configurano misure cautelari di carattere amministrativo, applicabili anche in assenza di condanne penali, nelle quali la discrezionalità amministrativa si estende al massimo³. Esse postulano l'ammissibilità del bilanciamento fra interesse collettivo alla tutela della sicurezza e diritti inviolabili della persona: la tutela dei diritti individuali sembra costituire una variabile dipendente dal livello di rischio per la sicurezza nazionale. Da essa sembra desumersi che a fronte di gravi rischi per la collettività si possa determinare un abbassamento del livello di tutela dello straniero da rischi di tortura o trattamenti inumani o degradanti. Le due fattispecie presentano però alcune importanti differenze. L'art. 13 c. 1 d.lgs. n. 286 del 1998 va collocato nel quadro di una disciplina che prevede alcuni limiti al potere di espulsione⁴: l'art. 19 d.lgs. 286 del 1998, che pone il divieto di espulsione verso Stati nei quali corra un rischio di persecuzione in ragione di finalità discriminatorie⁵ e l'art. 5 c. 6 d.lgs. 286 del 1998 che dispone la concessione del permesso di soggiorno 'umanitario', nei casi in cui vengano in rilievo esigenze di tutela dei diritti costituzionali o di rispetto degli obblighi internazionali su *core fundamental rights* (ad esempio, quelli ex art. 3 CEDU). L'art. 3 l. 155 del 2005, invece, individua una "fattispecie a se stante", prevista "espressamente per coloro che pongono in essere condotte agevolatrici delle organizzazioni terroristiche"⁶, che riduce drasticamente il livello di effettività del diritto di difesa dello straniero. Questa disciplina ha carattere derogatorio rispetto ai limiti al *refoulement* posti dal testo unico al potere di espulsione⁷.

Nel caso di soggetti titolari di diritti o *status* di protezione, la disciplina dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale è parzialmente differente. Per i rifugiati ed i beneficiari della protezione 'sussidiaria' la disciplina di riferimento è l'art. 20 d.lgs. 251 del

¹ Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato al convegno "La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo", Teramo, 2007. Il contributo sarà pubblicato, in una versione parzialmente differente (per ragioni editoriali) nel volume che raccoglie gli atti del convegno a cura di P. Gargiulo, *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

² Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in GURI n. 191 del 18 agosto 1998 – S.O. n. 139. Legge 31 luglio 2005, n. 155 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, in GURI n. 177 del 1 agosto 2005. Questo contributo non riguarda la condizione dei cittadini Ue né l'extradizione o le *extraordinary renditions*.

³ La giurisprudenza ha svolto sui provvedimenti adottati in base a tali disposizioni un controllo debole, estrinseco e formale. TAR Lazio, sez. I *ter* n. 15336 del 2004 sembra isolata; è stata riformata da Cons. St., sez. VI n. 88 del 2006. Cfr. anche TAR Lazio, sez. I *ter* n. 5070 del 2006.

⁴ Artt. 19 e 5, 6° c. d.lgs. 286 del 1998. Art. 28 lett. d) d.p.r. 394 del 1999.

⁵ Tale disciplina assicura "solo il diritto a non essere reinserito in un contesto di elevato rischio personale ma non conferisce alcun titolo per soggiornare legittimamente in Italia". Cass. civ. sez. I n. 8423/2004; Cass. civ. sez. I n. 5055/2002; TAR Lazio sez. I n. 742/2006; Trib. Firenze ord. 25.8.2003 sui rapporti fra art. 18 d.lgs. 286 del 1998 e art. 19 d.lgs. 286 del 1998, in *Dir. imm. citt.* 2003, p. 151.

⁶ C. cost. n. 432 del 2007.

⁷ TAR Lazio sez. I *ter* n. 5070/2006. Interr. a risp. imm. T. De Zulueta, A.C. 3-00771, sed. n. 135 del 27 marzo 2007 e risposta Min. Interno G. Amato; Interr. a risp. scritta F. Martone A.S. 4/02891, XV leg., sed. n. 233 del 18.10.2007.

2007⁸. Tale disposizione richiama espressamente soltanto il limite al *refoulement* previsto dall'art. 19, c. 1 d.lgs. 286 del 1998 e non anche l'art. 5, c. 6 d.lgs. 286 del 1998, relativo al permesso di soggiorno umanitario⁹.

Dinanzi a tale complesso di disposizioni ci si è chiesti: è stato costruito un limite implicito ai diritti inviolabili della persona costituito dalla tutela della sicurezza? Se è così, la costruzione del 'limite implicito' è legittima ed è compatibile con la struttura dei rapporti fra i principi costituzionali sui diritti e le libertà fondamentali?

Il ragionamento è stato articolato su due livelli di analisi. Il primo relativo al 'se' sia possibile il contemperamento fra 'rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti' e 'rischio per la sicurezza nazionale'. La Corte costituzionale ha avuto l'opportunità di pronunciarsi su questo punto. La decisione sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 l. n. 155 del 2005¹⁰, lascia intendere che, in tesi, il bilanciamento è possibile perché è ragionevole graduare il livello di compressione dei diritti inviolabili della persona (straniero) in relazione al livello di rischio ed al tipo di rischio che la sua presenza arreca alla collettività. Ammessa tale possibilità, si è passati ad esaminare 'come' contemperare diritti fondamentali e sicurezza, come svolgere il bilanciamento, la mediazione fra funzione d'ordine (volta a garantire la sopravvivenza del gruppo, l'interesse alla sicurezza) e principio personalista. Si è tenuto presente che il tema del rapporto fra controllo delle frontiere, sicurezza e diritti dello straniero investe il rapporto fra principio di uguaglianza e principio personalista rispetto alle distinzioni di *status*: nella disciplina che si è sottoposta ad esame si manifesta chiaramente la differenza sulle modalità con cui il 'livello di rischio' ritenuto ragionevole in relazione al 'livello di compressione dei diritti inviolabili' vari a seconda che si tratti dei diritti dello straniero o dei diritti del cittadino. Solo lo straniero, in base alla disciplina costituzionale dei diritti e delle libertà, può essere sottoposto all'esercizio del potere di espulsione o di respingimento (argomento ex art. 16 Cost.). Per i cittadini, interesse alla sicurezza e tutela dei diritti inviolabili della persona devono essere bilanciati in altri termini, utilizzando altri strumenti: è ontologicamente impossibile l'allontanamento dal territorio nazionale, anche in casi 'estremi', verso il rischio di tortura. Quello che si è cercato di verificare è se questa disciplina sia il frutto di una scelta ingiustificatamente discriminatoria fra stranieri e cittadini. Nella disciplina dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale sembra riemergere l'idea del 'doppio binario di tutela' dei diritti dello straniero mascherata da ragionevole discriminazione fra la condizione del cittadino e dello straniero.

A causa della differente natura degli obblighi di protezione dello straniero, i due livelli di analisi andranno percorsi separatamente per ciascuno dei 'regimi' di protezione

⁸ Decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251 Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta in GURI 4.1.2007, n. 3; Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GU L 304 del 30.9.2004.

⁹ Questa disciplina va letta tenendo presente il Sistema d'informazione Schengen (SIS). Il SIS lascia impregiudicata la possibilità di concedere il permesso di soggiorno o forme di protezione allo straniero, soprattutto qualora sussistano ragioni di carattere umanitario o di rispetto di obblighi internazionali. TAR Emilia-Romagna, Sez. I, 1097 del 2003; TAR Piemonte, Sez. II, 28 maggio 2001, n. 1158 e n. 1175. TAR Abruzzo, 20 marzo 2003, n. 337; TAR Piemonte, sez. II, 13 maggio 2002, n. 958. Con il Regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), GU L 381 del 28.12.2006, è stato istituito il sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II). Cfr. Il Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), GU L 105 del 13.4.2006. Art. 5 par. 1 lett. d), e) e par. 4 lett. c) reg. 562/2006/CE. Art. 13 par. 1 reg. 562/2006/CE sulla clausola di salvaguardia degli obblighi di protezione.

¹⁰ C. cost. n. 432 del 2007.

dello straniero: diritto d'asilo; *status* di rifugiato; protezione sussidiaria; protezione alternativa¹¹.

2. Il diritto d'asilo: sicurezza nazionale e non refoulement

L'ordinamento italiano riconosce all'art. 10 comma 3° Cost. il diritto d'asilo. Le condizioni per l'esercizio del diritto non sono state oggetto di disciplina legislativa¹². Gli orientamenti giurisprudenziali sull'immediata precettività della disciplina costituzionale e sulla sua portata sono variegati ed oscillanti¹³.

La più recente tendenza della giurisprudenza di legittimità è di ritenere il diritto d'asilo un diritto ormai 'assorbito' nello *status* di rifugiato¹⁴. In tema di espulsione e di respingimento, la disciplina applicabile è stata quindi ricostruita estendendo in via analogica quella prevista per i rifugiati. Questa scelta non appare del tutto compatibile con la disciplina costituzionale. In primo luogo, sembra possibile ritenere che sussista un *divieto* di respingimento alla frontiera o subito dopo l'ingresso del richiedente asilo¹⁵. Rispetto all'espulsione, invece, la possibilità di estendere l'applicazione in via analogica delle norme sui rifugiati o gli 'altri' stranieri dipende dall'opzione ricostruttiva che si compie rispetto al tema dello statuto del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano.

Le posizioni 'classiche' sul significato del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano sono incentrate sull'idea che la titolarità e l'esercizio del diritto d'asilo vadano collegate ad una valutazione sull'essere degno o indegno di tale diritto¹⁶. In questa prospettiva l'indegnità diviene un pre-requisito che impedisce di essere titolare di tale diritto e che sottopone i soggetti indegni dell'asilo alla disciplina dell'espulsione ordinariamente applicabile agli stranieri. Le cause di indegnità sono state tendenzialmente ricondotte al *compimento* di atti criminali. Secondo alcuni Autori non possono divenire titolari dell'asilo o devono perdere il diritto d'asilo coloro che "abbiano compiuto atti contrari alla costituzione del loro paese e siano in conseguenza perseguiti nelle forme legali"¹⁷, salvo a poter beneficiare della tutela offerta dal quarto comma dell'art. 10 Cost. (divieto di estradizione per reati politici). Altri hanno ritenuto che il titolare del diritto "diventa indegno dell'asilo politico nel momento in cui commette un reato contro le leggi dello Stato che lo ha accolto"¹⁸. Questi Autori mettono comunque in rilievo che l'espulsione del titolare del diritto d'asilo per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale non può mai costituire una surrettizia negazione della stessa *ratio* del regime di protezione, in quanto l'asilo è sempre asilo "per motivi politici" e l'espulsione è sempre vietata "per motivi politici"¹⁹. Poiché il diritto d'asilo è costituzionalmente garantito ed il suo statuto costituzionale non prevede

¹¹ È infatti impossibile ricostruire una condizione giuridica unitaria di straniero. E. GROSSO, (voce) *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XVI, Torino, 1999, p. 156.

¹² Cfr. invece la normativa sullo *status* di rifugiato; sui divieti di respingimento, di espulsione e sul permesso di soggiorno umanitario (artt. 10 c. 4; 5 c. 6; 19, 20, 21 d.lgs. 286 del 1998).

¹³ La giurisprudenza amministrativa è stata più restia a ritenere immediatamente precettiva la disposizione costituzionale. Cons. St. sez. IV nn. 5919/2002, 3605/2002, 3366/2002, 2366/2002. Ma cfr. TAR Liguria sez. II n. 1045/2002. La giurisprudenza di merito, a seguito della sentenza della Cassazione a sezioni unite del 1997, si è orientata nel senso di dare immediata applicazione all'art. 10 comma 3° Cost. Trib. Firenze n. 47/2003; Trib. Torino n. 8171/2001, in *Dir. imm. citt.* 2002, p. 137. Trib. Catania ord. 18.4.2003, in *Dir. imm. citt.* 2003, p. 107; Trib. Bologna decr. 29.5.2002 e decr. 10.2.2003 in *Dir. imm. citt.* 2003, p. 99.

¹⁴ Il diritto d'asilo viene configurato come provvisorio divieto di respingimento e di espulsione nelle more dell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Cfr. Cass. civ., I sez. nn. 907/1999, 8423/2004, 5055/2002; Cons. St. sez. VI n. 2593/2007. Questa opinione non appare conforme a Costituzione.

¹⁵ Prevedere il respingimento, in analogia a quanto praticato per i *richiedenti* lo *status* di rifugiato, confliggerebbe con la stessa facoltà di accesso al regime di protezione.

¹⁶ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 61.

¹⁷ C. ESPOSITO, (voce) *Asilo (diritto di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, p. 223.

¹⁸ P. BARILE, *Op. cit.*, p. 61.

¹⁹ C. ESPOSITO, *Op. loc. cit.*

espresse cause di esclusione, il riconoscimento di tale forma di protezione può essere bilanciato con esigenze di tutela della sicurezza nazionale solo laddove sia 'accertata' la sussistenza di una causa di indegnità, ossia solo laddove sia 'provata' la commissione di un crimine che mette a rischio la sicurezza dello Stato. Pertanto, l'espulsione del titolare del diritto d'asilo come misura cautelare o di prevenzione (*ante delictum*) di un rischio meramente prognostico per la sicurezza nazionale non sarebbe ammissibile.

Un altro orientamento, che non si muove sul piano delle 'pre-condizioni' implicite nel riconoscimento del diritto, osserva invece che la riserva di legge posta dal terzo comma dell'art. 10 Cost. non consente di ammettere l'applicazione della disciplina sull'espulsione per motivi di sicurezza nazionale prevista per 'altri' regimi di protezione o applicabile ad 'altri' stranieri, in assenza di una specifica disciplina relativa all'esercizio del diritto d'asilo. La riserva di legge posta dal terzo comma dell'art. 10 Cost. sarebbe violata poiché la sua *ratio* è quella di impedire la costruzione di 'limiti' al diritto d'asilo ulteriori a quelli previsti dal testo costituzionale o disposti, per regolarne l'esercizio, dal legislatore. Non è secondario poi, per questi Autori, che l'applicazione analogica della disciplina dell'espulsione dei rifugiati o di altri stranieri preveda forme di limitazione della libertà personale e che quindi l'estensione in via analogica della disciplina sull'espulsione prevista per i rifugiati comporti la violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

L'inapplicabilità della disciplina sull'espulsione dettata per i rifugiati o per altri stranieri, viene argomentata anche da coloro che ritengono che il diritto d'asilo sarebbe assistito anche da una riserva di giurisdizione²⁰, per cui andrebbe escluso "che la legge possa attribuire ad alcuna diversa autorità di decidere discrezionalmente, sia pure motivando, la cessazione dell'asilo, l'espulsione o il rimpatrio dello straniero" e che l'asilo possa essere concesso a soggetti che abbiano compiuto attività contrarie alla Costituzione del loro Paese²¹. Il che precluderebbe l'espulsione dello straniero per "generici motivi di ordine pubblico" e verso Stati nei quali potrebbe subire persecuzioni politiche, in particolare verso lo Stato d'origine²².

A questo punto va detto che fra le diverse opinioni sul diritto d'asilo sembrano preferibili quelle che muovono dalla *ratio* di questa disciplina costituzionale e che da essa prendono le mosse per valutare se il *refoulement* verso rischio di tortura di soggetti pericolosi per la sicurezza nazionale è conforme a costituzione. Ora, il riconoscimento costituzionale del diritto d'asilo è stato probabilmente determinato da una scelta precisa: quella costruire un modello di relazioni fra Stato e persona volto all'affermazione del principio democratico e del principio personalista. Chi si è mosso in questa prospettiva di analisi ha posto in evidenza come il diritto d'asilo spetti anche coloro che abbiano compiuto atti ritenuti anti-costituzionali secondo l'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora lo Stato di appartenenza dello straniero non avesse riconosciuto (effettivamente) al singolo le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana²³. Nell'applicazione della disposizione costituzionale, quindi, l'interprete dovrà accertare se la richiesta di asilo sia fondata prevalentemente su motivi relativi al mancato godimento delle libertà democratiche o se vi siano altre ragioni a sorreggerla in modo determinante²⁴. Anche in questa prospettiva, poiché la struttura del diritto d'asilo territoriale nell'ordinamento italiano è quella di un diritto soggettivo, andrebbe esclusa la possibilità di espellere soggetti titolari del diritto d'asilo per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale e mediante provvedimenti discrezionali della pubblica amministrazione. L'espulsione dovrebbe essere soggetta ad una riserva di giurisdizione ed essere comminata "in considerazione della

²⁰ G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., p. 51.

²¹ C. ESPOSITO, *Op. cit.*, pp. 223 e 225.

²² G. D'ORAZIO, *Op. cit.*, pp. 61, 65-66.

²³ A. CASSESE, *Sub art. 10 Cost.*, cit., p. 535. D'altro canto, non sarebbe possibile riconoscere l'asilo a soggetti che lo richiedano solo per sfuggire a pene detentive per reati comuni.

²⁴ A. CASSESE, *Op. cit.*, p. 536.

commissione di reati espressamente previsti da norme penali”²⁵. In ogni caso non sarebbe ammissibile l’attribuzione di un potere discrezionale alla pubblica amministrazione in tema di espulsione dell’asilo perché: “si finirebbe per eludere, in pratica, la riserva di legge prevista dalla disposizione in esame, riserva che mira evidentemente a precostituire normativamente le singole ipotesi in cui il diritto di asilo può venir meno”²⁶. Infine, l’applicazione della comune disciplina dell’espulsione dello straniero sarebbe possibile soltanto nel caso in cui si verificasse la cessazione dei presupposti per il riconoscimento del diritto, ovvero laddove venisse ripristinato, nello Stato d’origine, il godimento effettivo delle libertà democratiche. Questa ricostruzione sembra la più coerente con l’impianto della Costituzione dei diritti. Tuttavia non è quella pienamente corrispondente al ‘diritto vivente’.

L’opinione più vicina al diritto vivente sostiene invece che la disciplina costituzionale sul diritto d’asilo troverebbe attuazione nella disciplina sui rifugiati e in diverse disposizioni del testo unico sull’immigrazione (permesso di soggiorno umanitario; disciplina sui limiti al respingimento ed al *refoulement*). In particolare, l’art. 19 c. 1 d.lgs. n. 286 del 1998 darebbe “effettività al diritto d’asilo costituzionalmente garantito” consentendo allo straniero l’ingresso ed il soggiorno temporaneo nelle more dell’accertamento dei presupposti richiesti per il riconoscimento dell’asilo “a tempo indeterminato”²⁷. Secondo tale opinione, poiché alcune ‘categorie’ di titolari del diritto d’asilo, fra cui i rifugiati²⁸, possono essere soggetti all’espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale, allora tale disciplina sarebbe applicabile ai titolari del diritto d’asilo “nel senso di farvi rientrare se non altro coloro che sono stati condannati per reati particolarmente gravi quali genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra”²⁹. L’espulsione, però, non potrebbe costituire una forma di *refoulement* diretto o indiretto. Dunque, non sarebbe possibile derogare al limite della tutela della vita e dell’integrità dello straniero nell’applicare in via analogica (laddove possibile) la disciplina sull’espulsione dei rifugiati.

Quest’ultima ricostruzione, in virtù della tesi ormai dominante nella giurisprudenza di legittimità dello ‘assorbimento’ del diritto d’asilo nello *status* di rifugiato, induce ad affrontare il tema dell’applicabilità della disciplina sull’espulsione per motivi di sicurezza nazionale ai rifugiati.

3. Lo status di rifugiato: sicurezza nazionale e non *refoulement*

La disciplina del *refoulement* del rifugiato nell’ordinamento italiano è dettata dall’art. 20 d.lgs. n. 251 del 2007³⁰. Essa costituisce la norma di chiusura del sistema di protezione dei rifugiati e di coloro che richiedono il riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria (su cui ci si soffermerà in seguito)³¹.

²⁵ A. CASSESE, *Op. cit.*, pp. 537-538.

²⁶ A. CASSESE, *Op. cit.*, p. 538.

²⁷ P. BONETTI e A. CASADONTE, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Op. cit.*, p. 461. Cfr. anche P. BONETTI, *Il diritto d’asilo*, cit., pp. 1150, 1158, 1162.

²⁸ Sui rapporti fra asilo e rifugio cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, “Il caso Ocalan. Profili di diritto internazionale”, in *Dir. pen. proc.* 1999, p. 364, spec. p. 367.

²⁹ E. CANNIZZARO e A. CALIGIURI, *Sub Art. 10 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 255.

³⁰ Costituiscono *refoulement*: il respingimento/espulsione verso lo Stato d’origine o di appartenenza o verso uno Stato diverso in cui la vita o la integrità personale dello straniero può essere messa in pericolo anche in ragione della possibilità che tale Stato espella/respinga lo straniero verso lo Stato d’origine. UNHCR, Ex.Com. Concl. 6 (1977); su cui G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, II ed., Oxford, 1996, pp. 121-124, 155-160; cfr. G. GOODWIN-GILL, “Refugees: Challenges to Protection”, in *International Migration Review*, vol. 35 n. 1, p. 132. TAR Lazio sez. II *quater* n. 5132/2007.

³¹ Decreto legislativo attuativo della dir. 2004/83/CE Direttiva del Consiglio recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, del

Il legislatore ha previsto che lo Stato possa negare o revocare il riconoscimento dello *status* di rifugiato ad un soggetto che astrattamente possiede tutti i requisiti per essere considerato tale, qualora sussistano fondati motivi per ritenere che la presenza dello straniero sul territorio statale costituisca un rischio per la sicurezza³². Non è previsto che possa essere riconosciuta una differente forma di protezione (in particolare non può essere concessa la protezione sussidiaria) nei casi di grave pericolo per la vita o l'incolumità psico-fisica dello straniero³³, salvo nel caso in cui tale soggetto possa essere sottoposto a persecuzioni per fini discriminatori³⁴.

È dubbio se sia possibile ritenere applicabile anche ai rifugiati la disciplina antiterrorismo di cui all'art. 3 l. n. 155 del 2005. Laddove la si ritenesse *lex specialis* – ed in tal senso sembra orientata la giurisprudenza amministrativa – essa troverebbe applicazione in ogni caso di 'pericolo terroristico' e dunque andrebbe applicata a qualsiasi straniero, a prescindere dagli obblighi di protezione agganciati a fonti di 'livello primario'. Ci si è chiesti se questa opzione sia compatibile con l'art. 9 della Convenzione di Ginevra (sospensione temporanea dei diritti) e con gli artt. 31, 32, 33 della stessa (limiti al *refoulement*), disciplina che costituisce parametro interposto di costituzionalità ex art. 10 c. 2° Cost.

L'art. 9 della Convenzione di Ginevra consente la sospensione temporanea dei diritti da essa garantiti per motivi di sicurezza nazionale³⁵. Tuttavia, né la disciplina del d.lgs. 251 del 2007 né l'art. 3 l. 155 del 2005 possono essere ritenute misure temporanee. La prima, infatti, non costituisce altro che la riproduzione di una disciplina risalente al testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, transitata nel testo unico sull'immigrazione (art. 13 comma 1° d.lgs. n. 286 del 1998) e poi rivista alla luce del diritto comunitario dei rifugiati. La seconda, pur assumendo il carattere di norma speciale, sicuramente non possiede quello di norma ad effetto provvisorio o limitato nel tempo. Infatti, l'unico carattere 'provvisorio' della disciplina sull'espulsione per motivi di sicurezza nazionale di cui art. 3 della legge n. 155 del 2005 è rappresentato da speciali limitazioni alla tutela processuale dello straniero espulso, che si applicano per i primi due anni. Non è dunque possibile argomentare nel senso della legittimità dell'estensione della disciplina sull'espulsione per motivi di sicurezza nazionale ai rifugiati in base all'art. 9 della Convenzione di Ginevra.

Resta da valutare se la disciplina italiana, applicata ai rifugiati, sia compatibile con gli articoli 32 e 33 della Convenzione di Ginevra. A tal proposito è opinione largamente condivisa che la Convenzione di Ginevra non garantisca un diritto all'ingresso e regoli, semmai, la condizione di quei soggetti che si trovano sul territorio dello Stato (artt. 31, 32, 33). Inoltre, nonostante le analisi condotte in tema di obblighi di *non refoulement* mettano in rilievo che i limiti al respingimento sarebbero applicabili anche in pendenza delle richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato, la prassi degli Stati non consente di affermare con certezza che la regola abbia assunto effettività in questi termini³⁶. Le opinioni in tema di compatibilità dell'espulsione dei rifugiati per motivi di sicurezza nazionale con la Convenzione di Ginevra si orientano per l'ammissibilità di tali provvedimenti, anche verso Stati in cui è in pericolo l'integrità fisica o la vita della persona, laddove sussistano alcuni presupposti. In primo luogo, lo Stato potrebbe adottare tale soluzione solo laddove la mancata esecuzione del provvedimento di espulsione risultasse incompatibile con le esigenze di tutela della sicurezza nazionale (artt. 32 c. 1, art. 33 c. 2

29/4/2004, in G.U.E. 30/9/2004 n.304.

³² Art. 14 c. 4 e 5 dir. 2004/83/CE; art. 12 c. 1 lett. b) e c) ed art. 13, d. lgs. n. 251 del 2007; art. 23 c. 4 dir. 2005/85/CE; art. 32 c. 1 lett. b) d. lgs. n. 25 del 2008.

³³ Art. 16 c. 1 lett. d) d.lgs. n. 251 del 2007.

³⁴ Art. 20 d.lgs. n. 251 del 2007.

³⁵ J.C. HATHAWAY, *The right of refugees under international law*, Cambridge, 2005, pp. 263 ss.

³⁶ G. GOODWIN-GILL, *The Refugee*, cit., pp. 132 ss.

Conv. Ginevra). Bisogna poi distinguere fra la condizione degli stranieri “lawfully present” sul territorio e la condizione degli stranieri illegalmente presenti. Nel caso di straniero “lawfully present” deve essere accertato che il soggetto abbia compiuto un crimine o un delitto particolarmente grave o che vi siano motivi per ritenere che lo straniero sia un soggetto pericoloso per la sicurezza. Quanto alla gravità del crimine commesso dal rifugiato, tale da consentire il *refoulement* verso Stati in cui possa esserne messa in pericolo la vita o l’integrità fisica, il requisito del pericolo arrecato alla sicurezza viene integrato sia in caso di rischio per la sicurezza delle istituzioni dello Stato, sia in caso di rischio per la sicurezza della comunità residente sul territorio dello Stato. La Convenzione prevede difatti il riconoscimento di una solida forma di garanzia processuale, sotto forma di controllo giurisdizionale dei provvedimenti di espulsione, a garanzia del diritto di difesa dello straniero, eccetto che in presenza di “compelling reasons of national security” (art. 32 c. 2° Conv. Ginevra) e pone l’obbligo di concedere allo straniero “lawfully present” un adeguato termine per poter eventualmente essere rinvioato verso uno Stato differente da quello di provenienza (art. 32 par. 3 Conv. Ginevra). In definitiva, le condizioni poste dalla disciplina convenzionale in tema di limiti all’espulsione dei rifugiati se “lawfully present” sono prevalentemente costituite da alcune garanzie di carattere procedurale.

Per quanto riguarda invece i rifugiati “unlawfully present” viene in rilievo l’art. 33 par. 2 della Convenzione che consente allo Stato di espellere il rifugiato, in caso di gravi pericoli per la sicurezza nazionale³⁷, se si dimostri che sussistono ragionevoli motivi di ritenere che la sua presenza sul territorio statale costituisca un ‘grave’ pericolo per la sicurezza nazionale o pubblica (in quest’ultimo caso, laddove abbia ricevuto una condanna definitiva per un delitto particolarmente grave). Deve quindi essere dimostrata con evidenze specifiche l’esistenza del rischio per la sicurezza nazionale.

Se si esaminano gli obblighi posti dalla Convenzione nel caso di *refoulement* del rifugiato verso territori in cui rischia lesioni gravi alla sua integrità psico-fisica, torture o morte, appaiono chiari i termini del bilanciamento con la sicurezza nazionale: esso è sicuramente possibile nell’*an* e modulato nel *quomodo* in relazione al ‘grave rischio’ per la sicurezza (metro di carattere quantitativo). La stessa direttiva comunitaria sulla qualificazione dei rifugiati, peraltro, assicura il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione agli stranieri “se presenti nello Stato”³⁸. La disciplina interna (d.lgs. 286 del 1998, l. 155 del 2005 e d.lgs. 251 del 2007), se applicata coerentemente con i criteri da essa posti in tema di dimostrazione del rischio per la sicurezza nazionale³⁹, sembra quindi in linea con i criteri posti dalla Convenzione di Ginevra laddove prevede l’espulsione o il respingimento dello straniero condannato con sentenza passata in giudicato per alcuni tipi di reato, tali da mettere in pericolo la sicurezza nazionale o l’ordine pubblico⁴⁰, e nel caso della previsione di misure di prevenzione di gravi rischi per la sicurezza nazionale⁴¹.

La Convenzione sui rifugiati non prevede una disciplina del *refoulement* per motivi di sicurezza nazionale tale da far ritenere costituzionalmente illegittima (ex art. 10 c. 2°

³⁷ In assenza di rischi il *refoulement* per motivi di sicurezza nazionale o pubblica è sempre ammesso dalla Convenzione. Cons. St. sez. IV n. 6716/2000; Cons. St. sez. IV n. 405/1998. Cfr. J.C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Markham, 1991, pp. 6-9, 100-104, 169-170. Id., *The right of refugees*, cit., p. 669; G. GOODWIN-GILL, *The refugee*, cit., p. 52. D. BOUTELLET-PAQUET, *L’Europe et le droit d’asile*, Paris, 2001, p. 102.

³⁸ Art. 14 c. 6 dir. 2004/83/CE. Tale disposizione lascia al di fuori del proprio ambito di applicazione quegli stranieri che si trovano nelle zone di transito delle frontiere (essi non sono presenti nel territorio dello Stato ma sono soggetti alla giurisdizione dello Stato). Tale problema, tuttavia, non è risolto dalla stessa Convenzione di Ginevra. Cfr. J.C. HATHAWAY, *Op. ult. cit.*

³⁹ Non pare dirimente in senso contrario la differente formulazione dell’art. 20 c. 2 lett. a) d. lgs. n. 251 del 2007. La disciplina interna può essere interpretata in senso conforme alle norme internazionali.

⁴⁰ Art. 20 c. 1 lett. b) d.lgs. n. 251 del 2007.

⁴¹ Espulsioni ex art. 13 c. 1 d.lgs. 286 del 1998 ed ex art. 3 l. 155 del 2001 ed ora ex art. 20 c. 1 lett. a) d.lgs. n. 251 del 2007.

Cost.) la disciplina interna sul *refoulement* per motivi sicurezza nazionale verso rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti.

4. La protezione sussidiaria. Sicurezza e non *refoulement*: cambiano i termini del bilanciamento?

In relazione agli 'spazi vuoti' di tutela della vita e dell'integrità personale lasciati dalla Convenzione di Ginevra è stata costruita una forma di protezione dello straniero nei casi di *refoulement* che, a causa della specifica 'situazione del soggetto' non qualificabile come rifugiato (perché ad esempio rientra nell'applicazione delle cause di esclusione), lo esponga a gravi rischi di tortura o di trattamenti inumani o degradanti o di morte; e di *refoulement* di civili verso luoghi in cui sono in corso conflitti armati o azioni di violenza indiscriminata, che esponga, quindi, in base a considerazioni oggettive, a gravi rischi per la vita o l'integrità personale. Tale forma di protezione è stata in parte realizzata, nell'ordinamento comunitario, mediante la disciplina della 'protezione sussidiaria'⁴².

La disciplina sulla protezione sussidiaria è costruita come una forma di protezione complementare a quella offerta dallo *status* di rifugiato⁴³. Essa ha natura temporanea ed interviene solo laddove e sino a quando permanga il rischio di grave violazione di alcuni fondamentali diritti dell'uomo (vita ed integrità personale). Essa stabilisce uno *standard* minimo uniforme di adempimento dell'obbligo di proteggere la vita e l'integrità psico-fisica dello straniero nei casi di *refoulement*⁴⁴. La protezione sussidiaria costituisce una disciplina sostanziale 'di chiusura' del sistema comunitario degli obblighi di protezione che dovrebbe consentire alle "regole di Dublino" (sulla responsabilità per l'esame delle domande di protezione internazionale) ed al principio generale del *burden sharing* in materia di immigrazione di operare senza determinare l'insorgere di responsabilità internazionale per atti di *refoulement*.

Anche tale regime di protezione muove dall'idea di un possibile, astratto, bilanciamento fra tutela della persona e rischi per la sicurezza: tale forma di protezione non può essere riconosciuta laddove vi sia il "fondato" pericolo che la permanenza del soggetto possa arrecare grave pregiudizio alla sicurezza⁴⁵.

L'art. 21 dir. 2004/83/CE si apre con l'affermazione che gli Stati membri rispettano il principio del *non-refoulement*, come sancito nelle convenzioni internazionali di cui sono Parti contraenti, ammettendo però l'espulsione per motivi di sicurezza nazionale o pubblica "qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali". Sull'effettiva conformità della disciplina comunitaria al livello di protezione assicurato agli obblighi internazionali sono stati sollevati diversi interrogativi. A tal proposito può essere utile richiamare la posizione espressa dall'A.G. Poiares Maduro⁴⁶. L'A.G. ha sostenuto la tesi della 'neutralizzazione' dei conflitti fra diritto costituzionale degli Stati membri, obblighi internazionali in materia di diritti fondamentali e diritto comunitario derivato. Egli,

⁴² Art. 14 dir. 2004/83/CE.

⁴³ Cons. nn. 9, 24 e 25 dir. 2004/83/CE. Per l'applicabilità della disciplina sul permesso di soggiorno umanitario solo ai rifugiati Cass. civ. sez. I n. 16425/2007 (forse per l'esplicito richiamo all'istituto nell'art. 28 d.p.r. 394 del 1999). TAR Lazio, sez. II *quater*, *Hu Li*, 12.4.2007. Orientamento in parte differente: TAR Puglia sez. Lecce n. 5233/2005. Cons. St. IV sez. n. 5735/2002; Cons. St. sez. VI n. 2868/2006. TAR Toscana sez. I n. 2129/2002. Trib. Bologna ord. 12.12.2002, in *Dir. imm. citt.* 2003, p. 106. C. App. Firenze 13 aprile 2004, in *Foro it.* 2005, I, c. 244 ritiene che l'art. 19 c. 1 d.lgs. 286 del 1998: "non pone un riferimento a presupposti più ampi di quelli che presiedono al riconoscimento" dello *status* di rifugiato.

⁴⁴ Lo *status* di rifugiato è assimilato a allo *status* di protezione sussidiaria quanto al 'contenuto'. Artt. 16 c. 1 lett. d), 18 c. 1 lett. a), 20, 22-29 d.lgs. n. 251 del 2007. Artt. 23-33 dir. 2004/83/CE.

⁴⁵ Art. 17 c. 1 lett. d) e 19 dir. 2004/83/CE.

⁴⁶ Questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 15 dir. 2004/83/CE. Conclusioni (A.G. M. Poiares Maduro) 9.9.2008 C-465/07 case *M. Elgafaji*, *N. Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*.

prendendo le mosse dal principio dell'autonomia dell'interpretazione del diritto comunitario dall'evoluzione della giurisprudenza CEDU⁴⁷ si è posto il problema di individuare strumenti e tecniche di raccordo fra il sistema CEDU e quello comunitario. Lo strumento di raccordo è stato individuato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La Carta consentirebbe all'interprete di svolgere l'esegesi della disciplina comunitaria in modo conforme ai principi CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni e, tramite essa, sarebbe garantito nell'ordinamento dell'Unione un livello di protezione equivalente a quello proprio del sistema CEDU per una larga parte dei diritti fondamentali 'comuni' ai due ordinamenti. Per quanto riguarda le tecniche di raccordo, ne sono state indicate due: la 'presunzione di esistenza del diritto' e la 'presunzione di conformità della struttura del diritto'. La presenza di un diritto nella Carta farebbe 'presumere' che esso faccia parte del patrimonio delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. La definizione della struttura del diritto data dalla Carta aiuterebbe l'interprete a determinare "il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata da attribuire a tale diritto". In questo contesto ed entro tali limiti potrebbe quindi assumere rilevanza la giurisprudenza CEDU, la quale costituirebbe così una sorta di 'punto di partenza' per la ricostruzione del contenuto del diritto che è oggetto di disciplina comunitaria. Pertanto, l'interprete non dovrebbe risolvere il conflitto fra norme tanto mediante l'uso di criteri di soluzione delle antinomie fra le fonti quanto, invece, mediante l'uso delle tecniche di interpretazione. In tal modo sarebbe possibile realizzare "un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali"⁴⁸. A questo punto diventa necessario soffermarsi sugli obblighi di protezione CEDU nei casi di *refoulement*.

5. Protezione alternativa e asilo umanitario. La costruzione del limite assoluto ed inderogabile al bilanciamento fra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali?

Il divieto di compiere atti di tortura o di infliggere trattamenti inumani o degradanti, a prescindere dalla condotta del singolo, costituisce un diritto assoluto della persona ed un obbligo inderogabile per gli Stati parti della CEDU; del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR); della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre forme di trattamenti inumani o degradanti (CAT)⁴⁹. La forma di protezione derivante da tali obblighi internazionali ha carattere concreto, sostitutivo e residuale: essa mira ad evitare 'in concreto' la lesione dei beni giuridici protetti. Ponendo sia obblighi positivi che negativi a carico degli Stati, essa impone ad essi di tenere una condotta idonea a non mettere a rischio la tutela dei diritti e ad assicurare ad essi effettiva protezione. Ciò implica, in particolare, un obbligo negativo di astenersi dall'eseguire espulsioni, allontanamenti, respingimenti, estradizioni o qualsiasi altro atto (ad esempio le c.d. *extraordinary renditions*) che possa facilitare un altro Stato nell'esecuzione di atti di tortura o di trattamenti inumani o degradanti nei confronti dello straniero⁵⁰. Su tali basi, gli organi di

⁴⁷ Concl. ECJ C-465/07 par.19

⁴⁸ Concl. ECJ C-465/07 par. 22.

⁴⁹ CAT *Teboursky vs. France*, com. n. 300/2006 (CAT/C/38/D/300/2006); CCPR General Comment n. 20(1992); ECHR a partire da ECHR *Chahal v. UK* (Appl. n. 22414/93) Judg. 15.11.1996, agganciato alla giurisprudenza in tema di estradizione il cui *leading case* è ECHR *Soering v. UK* (Appl. n. 14038/88) Judg. 7.7.1989. Su obblighi inderogabili, assoluti e incondizionati CCPR GC n. 29(2001); CCPR GC n. 20(1992); M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, cit., sub Art. 4, 93. Nel sistema CEDU cfr. G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Dir. umani dir. int.* 2008, p. 51, spec. pp. 67-69; A. ESPOSITO, *Sub art. 3*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49, spec. p. 69. Nel sistema ICCPR cfr. M. NOWAK, *U.N. Covenant*, cit., sub Art. 7, p. 187.

⁵⁰ Per la CEDU cfr. ECHR, *Hilal vs UK* (Appl. n. 45276/99) Judg. 06/03/2001; ECHR *Ahmed vs Austria* (Appl. n. 25964/94) Judg. 17.12.1996; *Salah Sheekh vs the Netherlands* (Appl. n. 1948/04) Judg. 11.1.2007. Cfr. L. NERI, *Il diritto d'asilo. Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Op. cit.*, p. 1200.

monitoraggio dei trattati hanno delineato i tratti caratteristici di tale obbligo⁵¹ ed i principi in tema di 'prova' dell'esistenza del rischio⁵².

In tali regole risiede l'essenza della protezione alternativa dello straniero. Il potere di espulsione o respingimento non è sottoposto a limiti nella fase di adozione del provvedimento ma è condizionato nella fase di esecuzione⁵³: prima di eseguire un provvedimento di espulsione o di respingimento, gli Stati sono tenuti a valutare le condizioni in cui si trova il territorio verso il quale s'intende espellere o respingere lo straniero. A tal proposito vanno tenute presenti le circostanze date al momento dell'esecuzione del provvedimento⁵⁴. L'onere della prova in merito all'assenza del rischio incombe sullo Stato al momento di adozione della decisione sul *refoulement*, mentre in caso di controversia sarà lo straniero a dover contestare l'assenza del rischio allegando le relative prove, fermo restando che l'organo di monitoraggio potrà ricercare ed acquisire *motu proprio* ulteriori elementi di prova⁵⁵.

In ragione del carattere 'residuale' e 'concreto' di tale forma di tutela, è stata ammessa la possibilità del *refoulement* applicando il criterio dell'*internal flight alternative*⁵⁶. Di contro, sono state ritenute incompatibili con gli obblighi convenzionali, quelle discipline o quelle prassi che costruiscono generali indicatori di sicurezza per la vita e l'integrità personale, formando delle presunzioni di 'sicurezza' dello Stato verso cui si effettua il *refoulement*⁵⁷.

Il carattere concreto e residuale della protezione 'alternativa' ha orientato la giurisprudenza degli organi di monitoraggio nella definizione delle cause del rischio per la vita e l'integrità personale dello straniero. Difatti, mentre è ancora dibattuto se sia possibile riconoscere il diritto d'asilo e lo *status* di rifugiato a soggetti che subiscono atti di persecuzione o di lesione delle libertà democratiche da parte di agenti non statali, è ormai incontrovertito che la protezione garantita allo straniero dall'art. 3 CEDU si estenda anche a casi di *refoulement* verso territori in cui il rischio all'integrità personale provenga da attività di privati⁵⁸.

Poiché il regime di protezione di cui si tratta costituisce una forma di tutela minima ed inderogabile⁵⁹, è irrilevante la condotta che ha determinato l'adozione del

Sulla CAT: CAT *Mutombo c. Suisse* com. n. 13/1993 (CAT/C/12/D/13/1993); CAT *Ernest Gorki Tania Paez c. Suede* com. n. 39/1996 (CAT/C/18/39/1996); CAT *Paez vs. Suede* com. n. 101/1997 (CAT/C/21/D/101/1997). Nell'ICCPR: HRC, *Ng v. Canada* n. 469/1991 su cui M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, cit., 185. CCPR General Comment n. 29(2001), par. 7. Cfr. anche S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, materials and commentary*, p. 194, spec. 211 e 230 ss.

⁵¹ ECHR *Chahal vs. UK*, cit.; ECHR, *Saadi vs. Italy* (Appl. n. 37201/06) Judg. 28/02/2008; CAT, *Teboursky vs. France*, cit., 8.2 e 8.3.

⁵² ECHR, *Salah Sheekh*, cit.

⁵³ ECHR, *Hilal vs UK*, cit., par. 59; ECHR *Ahmed vs Austria*, cit., parr. 38-41; ECHR *Salah Sheekh*, cit., par. 135.

⁵⁴ ECHR, *Vilvarajah and others v. UK* (Appl. no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87) Judg. 30.10.1991; ECHR *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (Appl. nn. 46827/99 e 46951/99) Judg. 04/02/2005. Nel medesimo senso anche il CAT, *Teboursky vs. France*, cit., par. 8.1.

⁵⁵ ECHR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, cit., par. 67; ECHR, *Salah Sheekh*, cit., par. 136.

⁵⁶ *Refoulement* verso una parte del territorio dove lo straniero non corre il rischio di trattamenti inumani e degradanti, rischio che invece sussisterebbe laddove venisse rinviato verso altre parti del territorio statale. Cfr. ECHR, *Salah Sheekh*, cit., par. 141.

⁵⁷ Ciò contrasta il *trend* sul rinvio verso Stati terzi sicuri o sul diniego dello *status* di protezione in caso di provenienza da Stati di 'primo asilo' sicuri. ECHR, *T.I. vs. United Kingdom* (Appl. n. 43844/98) Adm. dec. 7.3.2000.

⁵⁸ ECHR, *Salah Sheekh*, cit., 138, 147. ECHR, *H.L.R. c. France*, (Appl. n. 24573/94) Judg. 22.4.1997. Cfr. A. ESPOSITO, *Op. cit.*, p. 49, spec. p. 61, p. 69; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, II ed. Kehl, 2005, *sub Art. 7*, p. 161. Non è così nella prassi CAT.

⁵⁹ CAT *Mutombo c. Suisse*, Com. n. 13/1993 (CAT/C/12/D/13/1993); CAT *Paez v. Sweden*, Com. n. 101/1997 (CAT/C/21/D/101/1997).

provvedimento di espulsione o di respingimento⁶⁰ e diviene irrilevante l'interesse sotteso al provvedimento di *refoulement*, anche se è l'interesse alla sicurezza nazionale⁶¹.

È dunque escluso che possa essere svolta un'operazione di bilanciamento fra l'interesse alla sicurezza della comunità residente su un territorio e la vita o l'integrità dello straniero⁶². I due termini non possono entrare in relazione e dunque in bilanciamento, in quanto non esiste la possibilità di costruire una relazione 'biunivoca' fra essi. Il livello di rischio per la vita dello straniero non è legato al livello di pericolo che sussiste per la comunità. Il rischio per lo straniero esiste o non esiste⁶³. Si è trattato di decidere sulla possibilità, o sulla impossibilità del bilanciamento. I termini del problema sono stati spostati dal 'come' bilanciare i diritti dello straniero con gli interessi pubblici al 'se' bilanciarli. Si è ritenuto impossibile bilanciare: il livello di 'pericolo per la comunità' non può mai essere fronteggiato con il *refoulement* per motivi di sicurezza nazionale nei casi in cui siano a rischio la vita o la dignità dello straniero.

Nel sistema CEDU, nei casi in esame, non è possibile effettuare un bilanciamento di carattere 'quantitativo' rispetto al 'livello' di rischio (ad esempio, livello di rischio per la vita del singolo contro livello di rischio per la collettività) richiedendo che l'onere della prova del 'superiore' livello di rischio per i diritti del singolo rispetto agli interessi pubblici debba essere trasferito sullo straniero. Non è possibile nemmeno postulare che il livello di rischio da provare o il tipo di evidenze probatorie, nei casi in cui venga in rilievo la sicurezza nazionale, debbano essere maggiori o qualitativamente differenti rispetto all'ordinario regime dell'allontanamento, dell'espulsione, del respingimento⁶⁴.

In conclusione, i casi sul *refoulement* per motivi di sicurezza nazionale ruotano essenzialmente intorno ad una sola questione: esiste o meno un rischio per la vita o l'integrità psico-fisica dello straniero in conseguenza dell'espulsione o del respingimento? Se esiste il rischio per lo straniero non si può utilizzare l'espulsione per motivi di sicurezza nazionale. Se non esiste il rischio, allora è possibile espellere per motivi di sicurezza nazionale: i termini della questione non sono più due (sicurezza e dignità) ma uno solo⁶⁵.

6. Esiste una forma di protezione equivalente alla protezione alternativa nel diritto interno?

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari (asilo umanitario) sembra rappresentare una norma di chiusura del sistema italiano di protezione dello straniero, volta ad evitare la lesione del 'contenuto minimo essenziale' dei diritti inviolabili. L'asilo umanitario dovrebbe essere riconosciuto anche a coloro che non beneficiano di alcuna forma di protezione internazionale e che, se respinti o espulsi, correrebbero il rischio di gravi lesioni all'integrità fisica o di altri diritti umani fondamentali garantiti da norme internazionali o costituzionali⁶⁶. Tale disciplina dovrebbe trovare applicazione anche in casi in cui lo straniero costituisca un rischio per la sicurezza nazionale o pubblica⁶⁷.

⁶⁰ ECHR, *Saadi*, cit., par. 127; CAT, *Teboursky c. France*, Com. n. 300/2006 (CAT/C/38/D/300/2006), 8.3.

⁶¹ ECHR, *Saadi*, cit.; CAT *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Sweden*, Com. n. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003 (2005).

⁶² ECHR, *Saadi*, cit., par. 138.

⁶³ La ECHR ha relativizzato le assicurazioni diplomatiche ad un elemento di valutazione sull'assenza di rischio per lo straniero. ECHR, *Saadi*, cit., 148. CAT *Agiza c. Sweden*, Com. n. 233/2003, (CAT/C/34/D/233/2003). Parzialmente differente CCPR, *Alzery v. Sweden*, Com. n. 1416/2005 Sweden. 10/11/2006, CCPR/C/88/D/1416/2005, parr. 11.3 e 11.5. Il tema è stato affrontato anche in sede di sindacato ispettivo. Cfr. Interr. a risp. imm. A.C., XV leg., n. 3/00918, On. R. Maroni, il 30.5.2007, sed. n. 161.

⁶⁴ ECHR, *Saadi*, cit., 140.

⁶⁵ CCPR *Mansour Ahani vs Canada* Com. n. 1051/2002 par. 10.10.

⁶⁶ Gli orientamenti sull'art. 5, c. 6 d.lgs. 286 del 1998 sono differenti. Nel senso indicato TAR Puglia sez. Lecce n. 5233/2005.

⁶⁷ C. cost. n. 222 del 2004 ha ribadito la necessità di garantire il "nucleo incompressibile" dei diritti e delle libertà fondamentali agli stranieri.

Ci si è chiesti come abbia inciso sull'asilo umanitario la disciplina di attuazione della protezione sussidiaria. Ci si è chiesti se essa abbia operato l'abrogazione implicita della disciplina di questo istituto.

Sembra possibile ritenere che il d.lgs. n. 251 del 2007 abbia abrogato implicitamente l'art. 6 c. 5° d.lgs. 286 del 1998 e che abbia sostanzialmente riproposto l'istituto nelle medesime forme. L'art. 34 d.lgs. 251 del 2007 può essere interpretato nel senso che l'asilo umanitario non potrà essere concesso in casi rientranti nel campo di applicazione della protezione sussidiaria⁶⁸. Ma, come si è detto, la protezione sussidiaria si applica nella gran parte dei casi relativi a stranieri il cui respingimento o la cui espulsione li esponga a rischio di torture o di trattamenti inumani e degradanti e si costruisce sul presupposto che sia possibile bilanciare sicurezza e vita e integrità personale. Il diritto interno ammette astrattamente il bilanciamento fra libertà e sicurezza ma esso è dotato di una clausola di conformità alle norme internazionali rilevanti in tema di *refoulement* (art. 10 c. 2° Cost.) e, inoltre, deve essere interpretato conformemente ai commi 3° e 4° del medesimo articolo 10 Cost. L'art. 10 c. 2° Cost. e l'art. 21 dir. 2004/83/CE consentono, quindi, di evitare il conflitto fra la normativa comunitaria e gli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, facendo salvi gli effetti delle norme internazionali rilevanti in tema di *refoulement*. La disciplina italiana non entra dunque in conflitto con gli obblighi internazionali sulla protezione alternativa perché può essere interpretata nel senso di impedire il *refoulement* verso tortura o trattamenti inumani e degradanti.

Resta adesso da verificare se, prescindendo dall'interpretazione 'comunitariamente orientata' o 'conforme al diritto internazionale dei diritti umani' della disciplina interna, che come si è visto ha un fondamento 'esterno' all'ordinamento costituzionale, è possibile costruire in base ai principi costituzionali una soluzione analoga al quesito sul rapporto fra sicurezza nazionale e diritti fondamentali dello straniero.

7. Il diritto costituzionale ed il rapporto fra diritti fondamentali e sicurezza nazionale. Il caso Suresh.

Negli ordinamenti che prevedono forme 'giudiziarie' di garanzia della rigidità costituzionale, il ricorso alla tecnica del bilanciamento fra sicurezza nazionale e vita ed integrità della persona da parte del legislatore è sottoposto a controllo nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi. Nei modelli ibridi di giustizia costituzionale, com'è quello italiano, il controllo di costituzionalità di leggi che regolano il rapporto fra sicurezza nazionale e diritti fondamentali dello straniero sarà con molta probabilità svolto in sede di giudizio in via incidentale. Tale meccanismo di controllo delle leggi non è costruito per decidere come risolvere un caso concreto di conflitto fra interesse pubblico e diritti fondamentali del singolo: il sindacato di costituzionalità in via incidentale ha carattere concreto ma è autonomo dal giudizio principale⁶⁹. Il giudice costituzionale, muovendosi sul versante del controllo di legittimità costituzionale delle norme, non potrà decidere quale soluzione dare ad un caso concreto di conflitto fra diritti inviolabili e interessi pubblici 'supremi'. Potrà invece valutare se la disciplina prefigurata dal legislatore, come effettivamente applicata, porti sempre ad una lesione dei diritti dello straniero o ad un pregiudizio per l'interesse pubblico di livello costituzionale.

Per tale ragione i giudici costituzionali, a volte, hanno potuto ritenere 'astrattamente' ammissibile il bilanciamento fra divieti di *refoulement* verso il rischio di tortura o trattamenti

⁶⁸ Salvo che per l'art. 10 c. 3° e 4° Cost. e la protezione temporanea. V. art. 34, cc. 4 e 5 d.lgs. n. 251 del 2007.

⁶⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V. ed., Padova, 1984, pp. 259-264, 287, 292; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 171; A. RUGGERI E A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, III ed., Torino, 2004, p. 171, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008, p. 287 ss.

inumani e degradanti e tutela della sicurezza nazionale, soprattutto laddove il legislatore abbia utilizzato la tecnica della 'delega di bilanciamento in concreto' all'autorità competente a decidere il caso in cui si verifica il conflitto fra diritti del singolo ed interessi della collettività⁷⁰. Anzi, il giudice costituzionale, in tali casi, sembra quasi 'indotto' a muoversi soltanto sul piano del *test* di necessità della misura e non anche a scendere nel controllo di proporzionalità: la sua posizione rende difficile quest'ultimo. Forse è per questa ragione che i diritti assoluti ed inderogabili emersi nella prassi degli organi internazionali di monitoraggio dei trattati e nella giurisprudenza CEDU non emergono con eguale nitidezza nella giurisprudenza delle Corti costituzionali.

Appare utile prendere le mosse dalla posizione assunta dalla Corte suprema del Canada nel caso *Suresh*, per spiegare i termini della questione. Tale caso riguardava l'espulsione per motivi di sicurezza nazionale di uno straniero regolare, soggiornante da lungo periodo, perché accusato di fiancheggiare il movimento delle Tigri Tamil (essendo un 'fund raiser' del movimento)⁷¹. La decisione di espellerlo era stata presa in base ad una disciplina che ammetteva la possibilità per il Governo canadese di bilanciare il rischio alla sicurezza nazionale con il rischio per la vita dello straniero. La Corte suprema canadese non ha ritenuto illegittima tale disciplina, ma ha ritenuto illegittimo il provvedimento di espulsione, in quanto non sufficientemente motivato. La decisione dei Giudici costituzionali canadesi sembra escludere l'esistenza di diritti umani fondamentali aventi natura assoluta. Il bilanciamento fra interesse pubblico alla sicurezza e tutela della vita e della integrità psico-fisica è stato ritenuto possibile in base ai soli principi costituzionali e ciò ha costituito l'argomento forte per orientare poi in modo 'costituzionalmente conforme' l'interpretazione degli obblighi internazionali assunti dallo Stato. La caratteristica degli Stati costituzionali di democrazia pluralista, secondo la Corte canadese, non sarebbe la presenza di un livello di protezione costituzionale dei diritti tale da impedire il bilanciamento con la tutela di interessi fondamentali della collettività (la sicurezza nazionale). Il carattere qualificante della tutela dei diritti negli ordinamenti costituzionali di democrazia pluralista sarebbe la presenza di forme di protezione dei diritti incentrate sulla possibilità di attivare il controllo giurisdizionale in merito al bilanciamento compiuto dal legislatore e dalle autorità chiamate ad eseguire la disciplina frutto del bilanciamento: è negli "argomenti" che sostengono lo specifico bilanciamento fra sicurezza e principio personalista che risiede la garanzia dei diritti fondamentali. Nel caso di specie, sarebbe possibile privare gli stranieri dei diritti fondamentali laddove il governo dimostri che la propria decisione di *refouler* sia fondata sul principio di necessità e proporzionalità della misura. La questione cruciale sembra essere quella di evitare l'arbitrio, non quella di ragionare sulla possibilità del bilanciamento.

Su queste basi viene compiuta poi la ricostruzione del principio di giustizia nell'ordinamento internazionale, rispetto al divieto di tortura. La Corte canadese rileva che il diritto internazionale rifiuta la deportazione verso il rischio di tortura, anche laddove sia necessaria a tutelare la sicurezza nazionale. Tuttavia, questa non sarebbe l'unica interpretazione possibile, ma la 'migliore' interpretazione del principio di giustizia nell'ordinamento internazionale. Essa può essere ritenuta la migliore soltanto 'nella maggioranza dei casi' e non 'in assoluto'. Il giudice afferma quindi che il *refoulement* verso il rischio di tortura sia 'quasi sempre' sproporzionato rispetto all'altro polo del bilanciamento (sicurezza nazionale). I casi 'esclusi' da questa soluzione, ossia i casi in cui 'non è sproporzionato' deportare verso tortura quando vengono in rilievo esigenze di tutela di interessi fondamentali per lo Stato, sono proprio quelle 'circostanze eccezionali' nelle

⁷⁰ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 120 ss.

⁷¹ 2002 SCC 1. File No. 27790 2001; may 22; 2002; January 11, *Suresh vs. Canada*, in *In.I J. Refugee Law*, vol. 14 No. 1 (2002), 96.

quali il respingimento verso la tortura non viola il principio di giustizia di cui all'art. 7 della Carta costituzionale canadese⁷².

Questo schema logico-argomentativo potrebbe essere compatibile con i principi dell'ordinamento costituzionale italiano?

8. Diritti inviolabili e sicurezza nazionale: quale rapporto nell'ordinamento costituzionale italiano?

La disciplina sul controllo delle frontiere costituisce l'esito della "ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli"⁷³.

Da questo passaggio della giurisprudenza costituzionale si desume chiaramente come le opzioni normative in tema diritto dell'immigrazione siano oggetto di un controllo di costituzionalità costruito tendenzialmente sul *test* di 'non manifesta irragionevolezza'. Ciò spiega l'estrema difficoltà che la giurisprudenza di legittimità, amministrativa e di merito ha incontrato nell'ottenere dalla Corte costituzionale pronunce di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale che hanno avuto ad oggetto norme in tema di controllo dell'immigrazione e tutela della sicurezza nazionale⁷⁴.

Inoltre, il tessuto normativo che bilancia sicurezza e ordine pubblico con vita e integrità personale è costruito ricorrendo alla tecnica della 'delega di bilanciamento in concreto' all'amministrazione fra interessi pubblici fondamentali con i diritti inviolabili della persona.

Ciò potrebbe far pensare che è la funzione d'ordine ad essere quella meglio 'custodita' rispetto ai diritti fondamentali dello straniero⁷⁵.

Poiché non esiste una consolidata giurisprudenza costituzionale sul punto, si può solo tentare di immaginare alcune possibili soluzioni al tema del conflitto fra interesse collettivo alla sicurezza e *refoulement* verso rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti. Per far ciò è necessario muoversi sul terreno delle teorie dell'interpretazione costituzionale e della costituzione. Per ragioni connesse alla natura del presente contributo saranno prese in esame soltanto quelle che hanno avuto maggiore eco nel dibattito sulle libertà fra i costituzionalisti italiani degli ultimi decenni e che sembrano più

⁷² SCC *Suresh vs Canada*, cit. parr. 76, 78, 129.

⁷³ Corte cost. n. 62 del 1994, par. 4 *in dir.*; Corte cost. n. 206 del 2006, par. 4 *in dir.*

⁷⁴ È indicativo che in materia di diritto dell'immigrazione sia molto elevato il numero di pronunce di carattere processuale (sentenze e ordinanze di inammissibilità).

⁷⁵ Non è di poco conto, a tal proposito, la circostanza che nella fase della concreta applicazione della disciplina sulle espulsioni per motivi di sicurezza nazionale, si riscontri una tendenza degli organi giurisdizionali a sindacare in via di controllo estrinseco e formale la legittimità degli atti amministrativi esecutivi di tali precetti. In particolare, poi, in tema di respingimento o di espulsione degli stranieri per motivi di sicurezza nazionale verso il rischio di tortura, morte o trattamenti inumani o degradanti, la giurisprudenza amministrativa italiana sembra collocarsi nella prospettiva del giudice costituzionale canadese: le esigenze imperative dello Stato vanno in bilanciamento con la tutela della vita e dell'incolumità dello straniero ed è l'autorità competente ad esercitare le funzioni d'ordine cui spetta compiere il bilanciamento, motivando sulle ragioni sottese all'adozione del singolo provvedimento. TAR Lazio, sez. I *ter*, 23.3.2006, n. 5070 "ai fini dell'operatività del divieto – stabilito nell'art. 19 d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 – di espulsione dello straniero (verso uno Stato nel quale egli possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali) – non è sufficiente la semplice enunciazione del relativo rischio da parte dell'interessato, ma occorre che lo "status" di rifugiato sia

attente nell'affrontare il tema dell'integrazione fra diversi livelli e sistemi di protezione dei diritti fondamentali⁷⁶.

I punti di riferimento per l'analisi della questione sono costituiti dal significato da attribuire agli articoli 2, 3, 10, 13 della Costituzione e al rilievo che potrebbero assumere gli articoli 111 e 117 comma 1° Cost. in questo quadro.

Parte della dottrina muove dalla considerazione che la Costituzione "è e resta un "fatto politico" che vale, in linea di principio, per i soli cittadini". Il dato che la disciplina costituzionale sull'eguaglianza riguardi "formalmente i soli cittadini"⁷⁷ consentirebbe di affermare che la Costituzione sottoponga la disciplina legislativa relativa ai diritti della persona al limite del principio di uguaglianza e del principio di razionalità/ragionevolezza laddove si riferisca ai cittadini. Di contro, laddove la disciplina si riferisca agli stranieri, la Costituzione porrebbe soltanto il principio di razionalità/ragionevolezza come limite al legislatore⁷⁸. In tale prospettiva l'art. 10 c. 2° Cost., anche dopo la riforma dell'art. 117 c 1° Cost. operata con la l.c. n. 3 del 2001, manterrebbe il significato di attribuire al legislatore ordinario la possibilità di "non parificare" cittadini e stranieri⁷⁹. Di conseguenza, la condizione giuridica dello straniero ed il livello di protezione delle sue libertà sarebbe determinato (fondamentalmente?) in funzione dell'obiettivo, perseguito dal legislatore, di poter "liberamente negoziare con gli altri Stati il miglior trattamento dei propri cittadini in terra straniera" e di poter scegliere "di estendere allo straniero il godimento dei diritti che la Costituzione riserva ai cittadini"⁸⁰.

Questo modello ricostruttivo è vicino al positivismo di matrice liberale. In tale prospettiva, la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali (e in particolare, la disciplina costituzionale della condizione giuridica dello straniero) si svolge sul livello legislativo nella definizione del rapporto fra diritti dello straniero e interesse pubblico alla sicurezza nazionale. Il vincolo per il legislatore è, quindi, quello di disciplinare l'espulsione per motivi di sicurezza nazionale per svolgere i principi scolpiti nella Costituzione—fatto politico, facendo prevalere il punto di vista interno all'ordinamento costituzionale su quello esterno ad esso, ossia quello più funzionale a garantire la tutela dei diritti di cittadinanza.

Un'altra prospettiva ricostruttiva sul rapporto fra potere e garanzia dei diritti individuali e degli interessi collettivi e sul ruolo della costituzione nella disciplina di tale rapporto, muove invece dall'idea che non possano essere dissociati i diritti dalla "positività della Costituzione", la quale racchiude in una forma storicamente data il potere che l'ha prodotta⁸¹. In quest'ottica, la decisione sui diritti spetta al circuito democratico, mentre il ruolo delle Corti è quello di custodi, incaricati di proteggerli e non di crearli poiché i diritti non possono essere protetti al di fuori della forma costituzionale positiva che hanno assunto⁸².

Entrambe le prospettive sono tendenzialmente 'interne', relative alla genesi storica della struttura ordinamentale statale. La prima, in particolare, cristallizza in qualche modo

accertato".

⁷⁶ Per la brevità dello scritto si è necessariamente dovuto utilizzare un 'criterio' di selezione delle diverse opinioni che non può dar conto della ampiezza del dibattito sul tema. Il criterio utilizzato è quello dell'effettività dei modelli e della capacità di spiegare il complesso meccanismo di relazioni fra diversi livelli e ordinamenti giuridici di tutela delle libertà.

⁷⁷ A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, p. 316.

⁷⁸ A. PACE, *Op. cit.*, p. 319.

⁷⁹ A. PACE, *Op. cit.*, p. 12 ma in particolare anche capitolo IV spec. par. 30. Sul tema v. anche A. PACE, (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, pp. 287 ss.

⁸⁰ A. PACE, *Problemativa*, p. 12 e p. 319. In senso contrario P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005, pp. 92-94.

⁸¹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, p. 1642, spec. p. 1656.

⁸² Ancora M. LUCIANI, *Op. cit.*, pp. 1661-1663.

l'interpretazione di alcune disposizioni costituzionali (in particolare degli articoli 3 e 10 c. 2° Cost.). Tale opinione ha il pregio di aver riempito di significato lo statuto della cittadinanza nell'ordinamento costituzionale repubblicano.

La seconda, invece, mira ad immaginare un'alternativa all'insoddisfacente soluzione data al problema del rapporto fra potere e diritti offerta dal costituzionalismo multilivello, che effettivamente presta il fianco alla critica di essere viziata dalla tendenza a ridimensionare il ruolo del circuito decisionale democratico a vantaggio del circuito di decisione giudiziaria e a sminuire la "diversità storica degli ordinamenti e delle stratificazioni giurisprudenziali"⁸³.

Entrambe, tuttavia, non valorizzano appieno il dato emergente dal diritto costituzionale positivo⁸⁴. Le recenti riforme costituzionali dell'art. 111 e dell'art. 117 c. 1° Cost., sono state il frutto di decisioni politiche determinate (soprattutto la prima) dalla necessità di individuare meccanismi volti ad avvicinare il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento costituzionale a quelli previsti da trattati internazionali multilaterali in materia di diritti dell'uomo. Ciò può avere avuto delle ripercussioni sui caratteri della forma storica dell'organizzazione del rapporto fra potere e diritti. Di conseguenza, la forma con la quale le istanze decisionali democratiche possono decidere sulla struttura delle libertà (a livello costituzionale) e sulle modalità di esercizio dei diritti fondamentali (a livello legislativo) potrebbe avere subito una variazione.

Inoltre, se si muove dall'idea che il criterio dell'*original intent* non è l'unico a dover essere utilizzato nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali e si mira ad interpretare sistematicamente le disposizioni costituzionali, non si può non rilevare che lo stretto legame fra cittadinanza e diritti fondamentali è stato storicamente e positivamente attenuato innanzitutto dalle riforme costituzionali degli articoli 111 e 117 c. 1° Cost. e non prevalentemente ad opera della giurisprudenza 'creativa' delle Corti interne. Il significato del tessuto normativo previgente alle richiamate riforme degli articoli 111 e 117 c. 1° Cost., costituito dagli articoli 2, 3, 10 (commi 1° e 2° Cost.) è diventato quello di 'norma' di garanzia di un complesso di libertà fondamentali, spettanti alla persona a prescindere dagli *status*, in virtù dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, integrati dalle norme internazionali secondo una precisa scelta di politica costituzionale⁸⁵. Il bilanciamento fra libertà e sicurezza, quindi, oggi deve essere condotto tenendo conto del dato che le norme costituzionali vanno integrate con le norme internazionali, le quali, nel caso di specie, impediscono il ricorso all'espulsione in caso di rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti⁸⁶.

⁸³ M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 1661.

⁸⁴ Ad esempio, A. PACE, *Problematica*, cit., pp. 28-32 insiste nella ricostruzione del significato dell'art. 10 c. 2° Cost. secondo lo schema interpretativo elaborato prima della riforma dell'art. 117 c. 1° Cost..

⁸⁵ In questo senso C. Cost. nn. 347 e 348 del 2007. Il livello di integrazione è differente a seconda del tipo di norma internazionale. È opinione dominante che le norme di diritto internazionale generale si collochino allo stesso livello delle norme costituzionali, mentre, in base alla giurisprudenza costituzionale più recente, le norme di diritto internazionale pattizio costituiscono 'fonti interposte'. Per ragioni di brevità non è possibile soffermarsi sul tema. Si rinvia pertanto ai commenti a tali sentenze pubblicati in *Corr. Giur.* 2008, pp. 201 ss. di M. LUCIANI e R. CONTI; ai commenti pubblicati in *Foro it.* 2008, I, cc. 39 ss. di R. ROMBOLI, L. CAPPUCCIO, F. GHERA; ai commenti pubblicati in *riv. dir. int.* 2008, pp. 137 ss. di G. GAJA, E. CANNIZZARO, M. L. PADELLETTI, A. SACCUCCI. Cfr. anche l'opinione di R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.* 2006, pp. 3520 ss.

⁸⁶ Peraltro, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dello straniero, tale conclusione è stata già proposta da diversi interpreti del testo costituzionale sulla base del rapporto fra articoli 2, 3 e 10 c. 2° Cost. prima delle riforme costituzionali qui richiamate. Già in base al solo articolo 10 c. 2° Cost. si sosteneva il superamento della concezione tradizionale del rapporto fra libertà ed autorità (centrata quindi sulla dimensione della Costituzione 'fatto politico'). Paolo Barile suggeriva: "la condizione dello straniero sia regolata da una legge conforme al diritto internazionale, sia generale che pattizio"; e, ancora, indicava che lo straniero: "ha diritto ad essere protetto dallo Stato territoriale a mezzo di misure idonee a prevenire e a reprimere offese contro la sua persona o i suoi beni" P. BARILE, *Op. cit.*, p. 34.

Se si ricostruisse, invece, il tema sulla base della teoria “istituzionalista” delle libertà fondamentali⁸⁷ e dei suoi più recenti sviluppi⁸⁸, si leggerebbe la disciplina costituzionale delle libertà come una trama che compone delle “istituzioni” delle libertà. Tali istituzioni, definite dalla Costituzione (e dalla legge), collocano l’individuo nella società organizzata politicamente, gli conferiscono la facoltà di determinare la propria ‘condizione di vita’ (momento individuale) e di partecipare alla vita associata (momento istituzionale). Secondo alcuni Autori questa prospettiva di analisi lascerebbe grandi margini di indeterminazione nella selezione dei criteri per la definizione del rapporto fra tali dimensioni della libertà, che spetterebbe al legislatore colmare. Ciò finirebbe per “degradare le libertà dal loro rango costituzionale e per schiacciare la dimensione di queste sul piano della legalità formale ed ordinaria”⁸⁹. Quali sarebbero i riflessi di tali considerazioni rispetto al tema che si sta qui affrontando? Che la teoria istituzionalista consentirebbe di giustificare, in modo più agevole di altre, la compatibilità di istituti come l’espulsione per motivi di sicurezza nazionale verso il *rischio* di tortura o trattamenti inumani o degradanti perché consentirebbe di spostare il punto d’incontro fra interesse pubblico e diritto individuale facendo prevalere il primo sul secondo.

In realtà, però, tale conclusione non sembra l’unica possibile. Rispetto al tema qui affrontato, la teoria istituzionalista, anzi, proprio perché pone in evidenza la fragilità della struttura costituzionale delle libertà determinata dall’assenza di un deciso rifiuto di una “concezione impersonale e astratta dello Stato” e dall’insufficiente “strategia istituzionale delle libertà”⁹⁰, consente di censurare l’assenza di tale strategia e la disciplina che la riflette.

In questa prospettiva, la disciplina del *refoulement* per motivi di sicurezza nazionale può essere censurata perché non assicura un’effettiva protezione della persona-straniero e della sicurezza dei diritti dei membri della collettività insieme. Essa non sarebbe conforme a Costituzione nella parte in cui impedisce, rispetto al rapporto fra libertà e sicurezza, che la tutela della vita e dell’integrità personale dello straniero possa costituire un “contropotere”. Nella prospettiva istituzionalista, la disciplina costituzionale dei diritti e delle libertà impone e garantisce che gli organi dello Stato-apparato conformino a Costituzione la posizione giuridica dello straniero, sia nel momento della definizione della fattispecie astratta, che nel momento della decisione concreta, in modo da assicurare effettività al divieto di violenza fisica e morale (art. 13 c. 4° Cost.).

In definitiva, l’istituzionalismo può consentire di attribuire “carattere qualificante della forma di stato e fondante la legittimazione dell’ordinamento costituzionale complessivo”⁹¹ ai diritti fondamentali: se è vero che esiste il rischio di derive comunitariste e di costruzione di “istituti di privilegio in favore di sfere della società”, è vero anche che nell’accentuazione della dimensione individuale dei diritti si rischia di svuotarli di effettività⁹².

⁸⁷ A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (A CURA DI), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, pp. 50 ss.

⁸⁸ Su cui cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in P. RIDOLA E R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Torino, II ed. 2005, vol. I, 3, spec. pp. 170 ss.

⁸⁹ A. BALDASSARRE, (voce) *Libertà*, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 223, spec. pp. 293-294. Da tale autore si è mutuata la raffigurazione delle libertà accolta dalla teoria ‘istituzionalista’.

⁹⁰ A. BARBERA, *Op. cit.*, pp. 54-57.

⁹¹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., p. 173.

⁹² P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., p. 181.

Laddove ci si ponesse, invece, nell'ottica della teoria dei valori⁹³, che individua un nucleo 'duro' di beni fondamentali e 'assoluti' ancorati al principio personalista⁹⁴, si potrebbe più agevolmente sostenere, rispetto al tema dell'espulsione verso rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti, l'irriducibilità della sicurezza nazionale al rischio di lesioni gravi dell'integrità personale e della vita e quindi l'illegittimità costituzionale di una disciplina che invece ammetta la possibilità che le due grandezze possano entrare in relazione e che i diritti fondamentali del singolo possano subire una qualche compressione dinanzi all'interesse collettivo⁹⁵.

Tuttavia, la teoria dei valori non sempre è riuscita ad individuare dei criteri adeguati per rendere 'validabile', 'verificabile', la correttezza dell'ordine assiologico da costruire⁹⁶. Per tale ragione, essa si è prestata a diverse forme di utilizzazione, a volte anche in funzione strumentale alla tutela di interessi collettivi a danno di quelli individuali, proprio sul terreno del rapporto fra interessi fondamentali per la collettività quali la sicurezza o l'ordine pubblico⁹⁷.

Essa ha poi mostrato il difetto di tendere a disancorare i 'valori' dalle scelte del 'potere politico', quindi dalla 'forma storica' che hanno assunto e dal suo svolgimento, facendo mutare il ruolo delle istanze giurisdizionali da contro-poteri di garanzia a poteri-dominanti nel circuito decisionale sui diritti⁹⁸. Su tali basi, quindi, non sembra possibile prefigurare una soluzione del problema muovendo dalla teoria dei valori, potendosi essa prestare ad usi contrapposti.

Invece, sembra più produttivo, per l'analisi del tema, muovere dalla teoria del bilanciamento. Questa propone l'idea che non possano essere costruite gerarchie assiologiche fra i principi costituzionali né limiti impliciti agli stessi. In base ad essa si sarebbe quindi portati ad ammettere che interessi pubblici e diritti fondamentali possano

⁹³ Forse la più adatta a collocarsi nel quadro del costituzionalismo multilivello, in quanto ascrivibile ad un modello giusnaturalista-storicista nella costruzione dei diritti e delle libertà fondamentali. Ad esempio, si pensi alla nota tesi dei diritti e delle libertà fondamentali come *a priori* della democrazia di A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, ora in *Id.*, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 1, spec. pp. 51 e 69; *Id.*, (voce) *Libertà*, cit., pp. 300-303. Sul tema della 'teoria dei valori' e sulla, preferibile, 'teoria dei principi' O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, spec. p. 380 ss.

⁹⁴ E. CHELI, *Intorno ai fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in *Quad. cost.* 2006, p. 263, spec. p. 267.

⁹⁵ Anche se tale visione delle libertà costituzionali comporta necessariamente una visione 'sistemica' delle modalità con le quali il valore costituzionale viene "mediato", tradotto in istituti giuridici, in situazioni giuridiche in cui esso si confronta con altri diritti ed interessi, ossia con altri strumenti di 'svolgimento' di altri valori. Anche questa prospettiva, quindi, pur postulando l'esistenza di un nucleo essenziale intangibile del valore costituzionale lascia indeterminato il punto di 'non ritorno' ossia di individuazione del 'limite' oltre il quale la 'mediazione' non appare in grado di dare concretezza, effettività al valore costituzionale. Cfr. A. BALDASSARRE, (voce) *Libertà*, cit., p. 306.

⁹⁶ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, tenta di percorrere una strada differente che superi la 'teoria dei valori' di A. Baldassarre e possa avvicinare una nuova teoria dei valori a quella del bilanciamento proposta, innanzitutto, da R. Bin. Cfr. spec. 276-279. Il fulcro della tesi è rappresentato dalla distinzione fra componente ideale e reale del valore e dalla configurazione del bilanciamento come tecnica di composizione delle diverse componenti 'reali' dei valori. Nella definizione del perimetro del 'conflitto', poi l'A. individua un limite esterno ed un limite interno al conflitto nel quale sembrano riemergere i valori 'in senso ideale' (spec. 294). La questione sembra essere sempre quella di 'come' definire il contenuto 'ideale' del valore, sia perché è sulla base di tale contenuto che poi prende forma quello 'reale', sia perché tale contenuto determina il 'confine' della 'discrezionalità' del legislatore.

⁹⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale degli anni '60: C. cost. n. 19 del 1962 e n. 25 del 1962 e G. CORSO, (voce) *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1057, spec. pp. 1065-1067; *Id.*, (voce) *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, 1995, p. 437, spec. pp. 441 ss. Cfr. sul punto R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 56-60. Una soluzione ai 'limiti' individuati nella teoria dei valori sembra offerta dalla teoria dei diritti fondamentali come 'principi' di R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* trad. it. di L. Cornalba *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, spec. capitoli 1 e 2.

⁹⁸ La teoria dei valori presenta, quindi, il rischio "della esposizione di questi alle oscillazioni della coscienza sociale" (P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., p. 181).

entrare in bilanciamento in astratto. In tale prospettiva la questione verrebbe esaminata, in quest'ottica, all'interno di un procedimento argomentativo volto a individuare un principio tale da assicurare "l'equilibrio e la coerenza interna del sistema che si viene a realizzare in concreto"⁹⁹.

A questo riguardo, lo schema argomentativo costruito dalla Corte europea dei diritti umani potrebbe tornare utile anche nella costruzione e nel controllo delle scelte ordinamentali 'interne' relative al rapporto fra 'rischi' per le libertà del singolo e per la sicurezza della collettività.

Applicando i due *tests* frequentemente utilizzati dalla Corte di Strasburgo, quello di necessità della misura che costituisce un limite al diritto fondamentale e quello di proporzionalità della stessa rispetto al fine, si potrebbe verificare se i 'limiti negativi' posti dalla Costituzione al conflitto fra diversi interessi e libertà siano stati rispettati dal legislatore.

Nel caso specifico dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale, il *test* di proporzionalità di tale disciplina andrebbe condotto collocandola nei due 'sistemi' delle norme che sono poste a presidio della sicurezza nazionale e delle norme interne, comunitarie ed internazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Tenendo presenti tali elementi, potrebbe essere descritto come le diverse tipologie di misure volte a salvaguardare entrambe le grandezze in gioco debbano essere ordinate in sistema.

Nel caso in cui si riscontri una violazione dei limiti negativi posti dalla Costituzione (ad esempio: il legislatore non ha considerato nel bilanciamento uno degli interessi o diritti rilevanti), il *test* di necessità avrebbe dato un esito negativo perché la presenza di entrambi i 'termini' del rapporto costituisce una pre-condizione per lo svolgimento del *test* e la disciplina interna risulterebbe quindi essere incompatibile con la Costituzione.

Poiché, infatti, la necessità riguarda l'*an* della misura e quindi il bilanciamento va condotto sulla base di tutti i principi coinvolti, dovrebbe essere considerata incostituzionale quella disciplina che non fosse stata costruita su valutazioni che coinvolgono tutti i principi che riguardano i diritti del singolo e gli interessi fondamentali per l'ordinamento. Inoltre, il *test* di necessità richiede la dimostrazione della 'legittimità' della misura per la salvaguardia dell'interesse. Laddove tale *test* avesse esito positivo, allora la misura dovrebbe essere valutata alla luce di un percorso logico-argomentativo volto a verificare se, nell'applicazione ad un caso di specie, possa essere più adatta l'una o l'altra delle misure che rispondono al *test* di proporzionalità e che sono offerte dal sistema per salvaguardare gli interessi e i diritti in gioco.

Per quanto riguarda il diritto positivo italiano, la misura dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale di cui all'art. 13 c. 1 d.lgs. n. 286 del 1998 non sembra astrattamente carente sotto il profilo del bilanciamento fra diritto alla vita e all'integrità della persona e sicurezza.

Essa risponde positivamente al *test* di necessità per due ragioni. In primo luogo è collocata in un quadro variegato di misure che presiedono alla tutela di entrambi i 'beni' fondamentali per l'ordinamento (varie tipologie di espulsione e vari limiti alle stesse). Essa appare 'legittima' rispetto al fine (tutela della sicurezza nazionale mediante l'esercizio della funzione di controllo delle frontiere e del territorio). In secondo luogo, è costruita in modo da non poter essere valutata come astrattamente inadeguata al perseguimento del bilanciamento fra i due beni o sproporzionata rispetto al fine perseguito.

Essa, per tale ragione non può diventare inadeguata in concreto, anche se strutturata sulla base dello schema della delega di bilanciamento all'amministrazione,

⁹⁹ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 2007, p. 11 spec. pp. 22-25.

perché nel 'sistema' delle misure poste dal testo unico essa non deroga al principio che non possa essere, in concreto, pretermesso uno dei termini del bilanciamento: la tutela dei diritti fondamentali e che in tali casi sia impraticabile l'espulsione verso rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti. Questa soluzione non sarebbe praticabile anche perché il sistema delle norme poste a tutela della sicurezza dal testo unico può consentire, sempre, di ricorrere ad altri strumenti per compiere in modo proporzionato al fine della tutela della sicurezza e dei diritti il bilanciamento.

Il discorso è in parte differente per la misura dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale prevista dalla l. 155 del 2005. Anch'essa non sembra astrattamente carente sotto il profilo della regolazione del rapporto fra diritto alla vita e all'integrità della persona e sicurezza perché risponde positivamente al *test* di necessità. Essa è, infatti, collocata in un quadro variegato di misure che presiedono alla tutela di entrambi i 'beni' fondamentali per l'ordinamento (varie tipologie di espulsione e vari limiti alle stesse), è legittima rispetto al fine ed è costruita in modo da non poter essere ritenuta come 'astrattamente inadeguata' alla 'salvaguardia' di tutti i principi costituzionali. Tuttavia, essa può invece essere ritenuta inadeguata in concreto, in quanto strutturata come norma derogatoria e sulla base dello schema della delega di bilanciamento all'amministrazione: essa può non rispondere positivamente al *test* di proporzionalità. Per tale ragione bisogna evidenziare che nei casi di *refoulement* verso 'rischio' di tortura o trattamenti inumani o degradanti risulterebbe, in concreto, pretermesso uno dei termini del bilanciamento: la tutela dei diritti fondamentali. In tali casi è costituzionalmente illegittimo il ricorso a tale misura¹⁰⁰.

Se è vero che nella società del rischio la sicurezza non è più solo repressione dei comportamenti lesivi delle libertà, ma è anche repressione dei *rischi* di lesione, tuttavia, nel governo del rischio bisogna evitare di costruire meccanismo repressivo nel quale la libertà finisca per "perdere il suo valore prioritario di guida"¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sembra orientarsi in questo senso anche la dottrina che di recente si è occupata del tema ma che muove dalla teoria dei valori nella veste prospettata da A. Morrone. Cfr. T. F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, p. 22. Il contributo è reperibile sulla pagina web http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0078_giupponi.pdf ed è racchiuso nel volume di S. Vida (a cura di), *Diritti umani. Teorie, analisi, applicazioni*, Bologna, 2008.

¹⁰¹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., p. 145.