

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2018

L'ESCLUSIONE PER NON MERITEVOLEZZA, I MOTIVI DI SICUREZZA E DI PERICOLO, IL PRINCIPIO DI *NON REFOULEMENT* E IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI UMANITARI

di Patrizia Papa

***Abstract:** Le cosiddette cause di esclusione «per non meritevolezza» sono un punto critico nell'istituto della protezione internazionale: non ha diritto alla protezione chi ha compiuto atti brutali o crimini particolarmente gravi o rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato o l'ordine interno ma, in ogni caso, come esplicitamente ha sancito l'art. 19 della Carta di Nizza, nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Quest'analisi propone alcuni spunti di riflessione sui principi e sulle norme regolatrici di questa contrapposizione dialettica tra salvaguardia del sistema di protezione da un lato e del diritto dell'individuo dall'altro.*

***Abstract:** The exclusion clauses depending on underserving international protection are a critical issue in the asylum system: certain acts are so grave that they make their perpetrators undeserving of international protection as refugees; in any case, as explicitly stated in art. 19 of the EU Charter, no one can be removed, expelled or extradited to a State in which there is a serious risk of being subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment. This analysis proposes some thoughts for reflection on the principles and rules regulating this dialectical opposition between, on one hand, safeguarding the international protection system and the Individual's right on the other.*

L'ESCLUSIONE PER NON MERITEVOLEZZA, I MOTIVI DI SICUREZZA E DI PERICOLO, IL PRINCIPIO DI *NON REFOULEMENT* E IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI UMANITARI

di Patrizia Papa*

SOMMARIO: 1. Le cause di esclusione per non meritevolezza: preservare l'integrità del sistema e garantire un diritto assoluto – 2. Maneggiare con cura. – 2.1. La valutazione della gravità. – 2.2. Il passato del richiedente. – 2.3. Le nozioni di «sicurezza dello Stato» e di «ordine e sicurezza pubblica». – 2.4. Il recepimento di un'ulteriore ipotesi di esclusione dello *status* di rifugiato: il «diniego» *ex art.* 19 d.lgs. n. 251/2007, lett. b) e c). – 3. L'applicazione. – 3.1. Nelle Linee guide dell'UNHCR. – 3.2. Nella *Judicial Analysis* «Qualification for international protection (directive 2011/95/EU)» EASO. – 3.3. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. Le protezioni maggiori e il divieto assoluto di respingimento: la disciplina del d.lgs. n. 286/98 e del d.p.r. attuativo n. 394/99. – 4.1. Il divieto assoluto di *refoulement* il permesso di soggiorno per motivi umanitari e i motivi di sicurezza o di ordine pubblico. – 4.2. L'art. 20 d.lgs. n. 251/2007 e la possibilità di espulsione per motivi di ordine o sicurezza pubblica o per condanna definitiva alla reclusione tra quattro e dieci anni: un'incoerenza del sistema. – 5. «Il “rischio” e la “pericolosità” non si prestano ad un confronto»: conclusioni.

ἀνθ' ὧν ἰκνοῦμαι πρὸς θεῶν ὑμᾶς, ξένοι,
ὥσπερ με κἀνεστήσαθ', ὧδε σώσατε,
καὶ μὴ θεοὺς τιμῶντες εἶτα τοὺς θεοὺς
μοίρας ποιεῖσθε μηδαμῶς· ἡγεῖσθε δὲ
βλέπειν μὲν αὐτοὺς πρὸς τὸν εὐσεβεῖ βροτῶν,
βλέπειν δὲ πρὸς τοὺς δυσσεβεῖς!
Edipo a Colono - Sofocle - vv. 275-280

* Consigliere presso la Corte d'appello di Bari.

Gli argomenti di questo lavoro sono stati in parte oggetto di una relazione da me proposta al corso di formazione della SSM *Il diritto di asilo ed alla protezione internazionale – Livello avanzato* - Roma, 19/21.4.2017.

1. «Io vi supplico per queste ragioni, come prima mi avete allontanato dal bosco, ora salvatemi, in nome degli dèi, se veramente di loro avete ancora rispetto. Ricordatevi che in egual misura essi guardano il mortale devoto come l'empio», trad. di Alfredo Balducci in www.alfredobalducci.it.

1. Le cause di esclusione per non meritevolezza: preservare l'integrità del sistema e garantire un diritto assoluto

Nella premessa della Raccomandazione R 6 sull'esclusione dallo status di rifugiato nel contesto dell'art. 1.F della Convenzione sullo status dei rifugiati - del 28 luglio 1951, adottata il 23 marzo 2005, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in applicazione dell'art. 15.b dello Statuto, esplicitamente:

- sottolineava da un canto «l'importanza di preservare l'integrità del sistema di asilo» e, dall'altro, di escludere dalla protezione quelle persone che hanno perpetrato atti di una gravità tale da non meritarsela,
- rammentava «la natura assoluta dei diritti protetti in virtù dell'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani»,
- rappresentava che «l'esclusione dallo *status* di rifugiato è questione diversa da quella dell'allontanamento degli stranieri, nel senso che l'esclusione non porta automaticamente all'allontanamento dal Paese di asilo»².

In questa premessa è già tutta la traccia di questa breve riflessione sull'applicazione delle cosiddette cause di esclusione «per non meritevolezza»: non ha diritto alla protezione chi ha compiuto atti brutali o crimini particolarmente gravi o rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato o l'ordine interno, ma, in ogni caso, come esplicitamente ha sancito l'art. 19 della Carta di Nizza, «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti».

Questa contrapposizione dialettica tra salvaguardia del sistema di protezione da un lato e del diritto dell'individuo dall'altro dice tutta la criticità dell'istituto dell'esclusione, accentuata ancor più, dopo l'attentato delle Twin towers e il progressivo aggravarsi del terrorismo internazionale, dalla crescente esigenza di ogni Stato di proteggere la sua sicurezza interna.

È doveroso puntualizzare che le riflessioni che seguono sono state elaborate in riferimento alla legislazione europea e interna vigente.

Com'è noto, tuttavia, è in corso un progetto di riforma strutturale del sistema europeo di asilo: allo scopo di uniformare la disciplina della protezione in tutti gli Stati membri, sono state tra l'altro formulate due proposte di Regolamento per sostituire le Direttive qualifiche e procedure, così da «garantire una maggiore convergenza delle decisioni in

2. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805daca6.

materia di asilo», «impedire i movimenti secondari dei beneficiari di protezione internazionale», «armonizzare ulteriormente i loro diritti»³; proprio a tale scopo, è stato utilizzato lo strumento «Regolamento», per la sua applicabilità diretta.

In particolare, per quel che qui rileva, con l'adozione del Regolamento procedure, la previsione obbligatoria del «Paese terzo sicuro»⁴ – che, attualmente, in Italia, non è utilizzabile dal decisore nel giudizio di protezione internazionale perché non trasposto in attuazione della Direttiva procedure 32/2013 – potrebbe ridisegnare il principio di *non refoulement* e la sua applicazione nelle ipotesi di esclusione.

2. Maneggiare con cura.

I motivi di esclusione dalla concessione dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria sono parzialmente coincidenti nella disciplina della Direttiva qualifiche (artt. 10 e 17) e derivano dalle disposizioni dell'art. 1F della Convenzione di Ginevra del 1951.

L'art. 17 della Direttiva qualifiche, tuttavia, al paragrafo 1, lettera b) non considera alcuni dei requisiti previsti nel precedente art. 10 per i reati gravi e introduce motivi di esclusione aggiuntivi: alla lettera d) del paragrafo I, infatti, individua quale causa di esclusione l'essere il richiedente un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato ospite.

In particolare, secondo l'art. 12 della Direttiva 95/2011⁵, «un cittadino di un Paese terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere che: a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) abbia commesso al di fuori del Paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che

3. V. «Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo» - Bruxelles, 13.7.2016 COM(2016) 466 final 2016/0223 (COD), nonché «Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE» - Bruxelles, 13.7.2016 COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD).

4. Considerazioni critiche e allarmate sul rischio di «una generalizzata *armonizzazione verso il basso* degli standard di protezione attualmente previsti nella legislazione degli Stati membri» sono in: *Verso il nuovo Regolamento Procedure. Quale idea di Europa? Approfondimenti dell'ASGI sul diritto di asilo nell'Unione europea - Focus n. 1: Il concetto di paese terzo sicuro* in <https://www.asgi.it/regolamento-procedure-ue-paese-sicuro/>.

5. Nell'ultima formulazione in lingua italiana in Gazzetta ufficiale dell'UE L-167 del 30.6.2017

possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.».

Nell'art. 10 del nostro d.lgs. n. 251/2007 di recepimento della Direttiva, alla lettera b), è stato previsto che la valutazione della gravità di tale reato possa essere effettuata «anche tenendo conto» dei limiti della pena edittale secondo la legge italiana (non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni).

Quanto alla protezione sussidiaria, secondo l'art. 17 della Direttiva qualifiche, «un cittadino di un Paese terzo o un apolide è escluso dalla qualifica di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria ove sussistano fondati motivi per ritenere che: a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) abbia commesso un reato grave; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite; d) rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trova».

Nell'art. 16 del nostro decreto legislativo di recepimento⁶, il reato grave è rilevante per l'applicazione della causa di esclusione soltanto se commesso «al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente»; ancora una volta, la gravità deve essere valutata «anche tenendo conto» dello stesso limite edittale suindicato⁷; alla lettera d) è previsto, quindi, quale causa di esclusione, il fatto che il richiedente costituisca «un pericolo per la sicurezza dello Stato»⁸; è stata, infine, aggiunta la individuazione di alcune fattispecie di reato rilevanti per la valutazione del «pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica» (nel senso che, per valutare in senso escludente tale ipotesi di pericolosità è necessaria pure la preventiva condanna del richiedente con sentenza definitiva per i reati previsti dall'art. 407, co. 2, lettera a), c.p.p.).

Dal confronto tra la formulazione delle cause di esclusione nella Direttiva e l'evoluzione del testo degli articoli di recepimento nel nostro d.lgs. 251/07, possiamo ricavare alcuni corollari, in applicazione dei criteri di interpretazione della legge in generale di cui agli artt. 11 e 14 delle preleggi e in considerazione della facoltà dello Stato membro di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli nel recepimento della

6. Nella formulazione conseguente alla modifica introdotta dall'art. 1 del d.lgs. n. 18/2014 di recepimento della nuova Direttiva qualifiche.

7. Cass. civ., sez. VI 29.7.2015, n. 16100.

8. È stata esplicitamente soppressa la previsione «o per l'ordine e la sicurezza pubblica».

direttiva⁹; questi corollari potrebbero costituire alcune istruzioni per maneggiare con cura l'istituto.

Non sarà invece svolta, in questa sede, la complessa analisi della nozione di atto terroristico e dell'inquadramento dei reati di terrorismo nelle tre diverse ipotesi di non meritevolezza dell'art. 1 f della Convenzione.

2.1. La valutazione della gravità

Innanzitutto, la valutazione della gravità del reato attribuito allo straniero deve avvenire in riferimento al caso singolo, concretamente esaminato, perché la forbice dei limiti edittali della pena (tra quattro e dieci anni di reclusione) costituisce «un indice di gravità tendenziale ma non esclusivo», che deve essere applicato «senza automatismi», perché «la necessità di un giudizio fondato sul caso concreto costituisce un principio immanente in tutto il sistema normativo, costituzionale, europeo e convenzionale delle procedure di rimpatrio dei cittadini stranieri e delle condizioni d'ingresso e soggiorno nel nostro Paese»¹⁰.

Inoltre – ma, in effetti, prima ancora – deve considerarsi che nella coesistenza sullo sfondo di diversi sistemi giuridici, per cui la stessa condotta può essere considerata crimine in uno Stato mentre in un altro non è nemmeno considerata un reato minore (e viceversa), è certamente ragionevole applicare gli standard internazionali per conservare l'integrità del sistema¹¹. La rilevanza pratica del problema è emersa in un caso del Raad van State, il Consiglio di Stato olandese¹², in riferimento alla partecipazione di un richiedente protezione alle tradizionali mutilazioni genitali femminili in Sierra Leone, atteso che questa pratica non era punibile dalla legge e non era considerata un crimine nel Paese di origine; il Consiglio di Stato olandese ha comunque affermato la natura criminale della mutilazione per il diritto internazionale che protegge l'integrità della persona.

In tal senso, trattandosi di eccezione alla garanzia di diritti umani, le clausole di esclusione devono essere applicate in maniera proporzionata al loro obiettivo, nel senso che il peso della gravità del reato in questione dev'essere comparato alle conseguenze dell'esclusione: utile alla comparazione è la considerazione della natura dell'azione, del danno effettivamente procurato, del tipo di condotta utilizzata per perseguire il crimine.

9. Art. 3 DQ.

10. Così, testualmente, Cass. civ., sez. VI 24.6.2013, n. 15758 e, da ultimo, Cass. civ., sez. VI 6.6.2017, n. 14028.

11. Per un'ampia e articolata riflessione, con riferimento alle fonti, sulla nozione di «reato grave di diritto comune» v. *Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU) A Judicial Analysis* in <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Exclusion%20Final%20Print%20Version.pdf>, gennaio 2016.

12. Council of State (The Netherlands), judgment of 10 February 2014, 201208875/1V/1.

Ad esempio, l'omicidio, lo stupro e la rapina armata possono essere qualificati indubbiamente come reati gravi, mentre i piccoli furti naturalmente non possono esserlo¹³, in considerazione del bene offeso.

Necessario è, altresì, il riscontro della *mens rea*, nel senso che il reato deve essere stato commesso con consapevolezza e intenzionalità¹⁴.

Pertanto, il criterio della nostra pena edittale costituirà soltanto ulteriore parametro di controllo della portata di un reato già ritenuto grave per il diritto internazionale.

2.2. *Il passato del richiedente*

È causa di esclusione, secondo l'art. 12 DQ, l'art. 10, d.lgs. 251/07 e, anche per quel che concerne la sussidiaria, secondo l'art. 16, d.lgs. 251/07 nell'ultima formulazione dopo il d.lgs. n. 18/2014, soltanto il crimine commesso «al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente».

In questa precisa individuazione del presupposto di tempo e di luogo stanno il significato e la portata del sistema dell'esclusione, perché il richiedente può non essere considerato meritevole di protezione per il proprio passato, e perché a colui che ha commesso determinati reati gravi non deve essere consentito di utilizzare la protezione per sfuggire alla responsabilità penale.

Ulteriore conseguenza è che i reati commessi all'interno del nostro Paese, dopo l'approdo, possano essere unicamente valutati per le ragioni di sicurezza, ma non come causa di esclusione.

Il limite temporale dell'«essere ammesso in qualità di richiedente» è il momento in cui si realizza la mera presenza fisica all'interno dei confini del Paese di rifugio, perché il riconoscimento della protezione internazionale ha natura meramente dichiarativa¹⁵.

2.3. *Le nozioni di «sicurezza dello Stato» e di «ordine e sicurezza pubblica»*

Come già rappresentato, l'art. 16, d.lgs. n. 251/07 di recepimento dell'art. 17 della Direttiva qualifiche ha subito una profonda modifica dopo il d.lgs. n. 18/2014 di attuazione del *recast* della stessa direttiva: secondo la nuova formulazione, ai fini

13. UNHCR - *LINEE GUIDA SULLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE Applicazione delle clausole di esclusione: articolo 1F della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati* in <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/ITA-ClausoleEsclusione.pdf> par. B. 14.

14. UNHCR - *LINEE GUIDA SULLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE Applicazione delle clausole di esclusione: articolo 1F della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati* in <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/ITA-ClausoleEsclusione.pdf> par. E. 21.

15. *Ex plurimis*, Cass. civ., SU, 17.12.1999, n. 907.

dell'esclusione della protezione sussidiaria può esserci unicamente la considerazione della sicurezza del nostro Stato; tanto si ricava dalla soppressione, nella lettera d), delle parole «o per l'ordine e la sicurezza pubblica».

L'essere un pericolo «per l'ordine e la sicurezza pubblica» rileva, invece, soltanto se il richiedente sia stato anche condannato con sentenza passata in giudicato per uno dei reati previsti dall'art. 407, co. 2 lett. a) del c.p.p. (reati tutti caratterizzati da una rilevante gravità).

Dalla riformulazione dell'art. 16 suesposta, risulta evidente la volontà del legislatore di distinguere i due presupposti del «pericolo per la sicurezza dello Stato» e del «pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica». È, tuttavia, arduo – e lo è sempre stato – definire le nozioni di «ordine e sicurezza pubblica» e di «sicurezza dello Stato»¹⁶.

Invero, la volontà di distinguere questi due concetti era già stata manifestata dal legislatore nell'art. 1 del d.lgs. n. 32/2008 («Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 6.2.2007, n. 30, recante attuazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri») e, poi, nell'art. 1 del successivo d.l. 89/2011, come convertito in l. n. 129/2011 («recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»): con entrambe le disposizioni è stato successivamente modificato l'art. 20 del precedente d.lgs. 30/2007 di attuazione della Direttiva 2004/38/CE (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

Ai fini che qui rilevano, potrebbero essere utilizzate le definizioni proposte dallo stesso legislatore proprio in queste disposizioni normative, in quanto dettate dalla stessa

16. Per una nozione generale della sicurezza dello Stato v. in *Glossario intelligence* voce *Sicurezza pubblica*; un fondamento normativo imprescindibile è pure nel primo comma dell'art. 39, l. n. 124/2007 «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto»); alcuni riferimenti utili e la relativa bibliografia sono contenuti in C. Meoli, *Ordine pubblico [dir. amm.]*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-amm_(Diritto-on-line)/) e G. Paoli e G. Zanobini, *Ordine pubblico*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico_%28Enciclopedia-Italiana%29/; le criticità intrinseche della individuazione della nozione di «sicurezza» sono evidenziate in F. Paolozzi, *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza pubblica* in http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_4_2011/Paolozzi.pdf, in cui sono offerte plurime prospettive di definizione di questi concetti. Ulteriori approfondimenti in G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 259 ss., G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione. Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. Fiandaca e S. Costantino, Milano, FrancoAngeli, 1986, p. 125 ss., M. Mazzamuto, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 450 ss., F. Merusi, *Profili amministrativi delle misure di prevenzione*, in *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Le misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 121 ss., M. Savino, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 365 ss. (e *passim*).

necessità di protezione interna, ugualmente incumbente sulla disciplina delle cause di esclusione nel sistema della protezione.

All'art. 20 del d.lgs. 30/2007, comma secondo, dunque, è stato previsto che «i motivi di sicurezza dello Stato sussistono quando la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all'art. 18 della legge 22.5.1975, n. 152, e successive modificazioni, ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»¹⁷; al successivo comma terzo, è stato poi stabilito che «i motivi imperativi di pubblica sicurezza sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica»¹⁸.

Infine, al comma quarto, sono considerati rilevanti per i provvedimenti di allontanamento, in quanto comunque conformi al principio di proporzionalità immanente al sistema, i «comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza»¹⁹.

La riformulazione della norma è coerente con le precisazioni di Corte giust., Grande Chambre, 23.11.2010, causa C-145/09 (Land Baden-Württemberg contro PanagiotisTsakouridis), in cui testualmente si legge, che la nozione di pubblica sicurezza «comprende tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna (v., in particolare, sentenze 26.10.1999, causa C-273/97, Sirdar, Racc. p. I-7403, punto 17; 11.1.2000, causa C-285/98, Kreil, Racc. p. I-69, punto 17; 13.7.2000, causa C-423/98, Albore, Racc. p. I-5965, punto 18, e 11.3.2003, causa C-186/01, Dory, Racc. p. I-2479, punto 32)» e che «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza (v., in

17. «Ai fini dell'adozione del provvedimento di cui al comma 1, si tiene conto *anche* di eventuali condanne pronunciate da un giudice italiano per uno o più delitti riconducibili a quelli indicati nel Libro secondo, Titolo primo del codice penale».

18. «Ai fini dell'adozione del provvedimento, si tiene conto, quando ricorrono i comportamenti di cui al primo periodo del presente comma, *anche* di eventuali condanne, pronunciate da un giudice italiano o straniero, per uno o più delitti non colposi, consumati o tentati, contro la vita o l'incolumità della persona, ovvero di eventuali condanne per uno o più delitti corrispondenti alle fattispecie indicate nell'art. 8 della legge 22.4.2005, n. 69, o di eventuali ipotesi di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per i medesimi delitti o dell'appartenenza a taluna delle categorie di cui all'art. 1 della legge 27.12.1956, n. 1423, e successive modificazioni, o di cui all'art. 1 della legge 31.5.1965, n. 575, e successive modificazioni, nonché di misure di prevenzione o di provvedimenti di allontanamento disposti da autorità straniere».

19. «L'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé» il provvedimento di allontanamento e, pertanto, non individua per sé sola la «minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza».

particolare, sentenze 10.7.1984, causa 72/83, Campus Oil e a., Racc. p. 2727, punti 34 e 35; 17.10.1995, causa C-70/94, Werner, Racc. p. I-3189, punto 27; Albore, cit., punto 22, nonché 25.10.2001, causa C-398/98, Commissione/Grecia, Racc. p. I-7915, punto 29)»; «il comportamento della persona deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società o dello Stato membro in questione» e «la sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza; non sono prese in considerazione giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale».

2.4. Il recepimento di un'ulteriore ipotesi di esclusione dello status di rifugiato: il «diniego» ex art. 12 d.lgs. n. 251/2007, lett. b) e c)

In quanto ugualmente fondate sulla pericolosità del richiedente protezione, devono essere qui analizzate pure le due ipotesi di «diniego dello *status* di rifugiato» previste alle lettere b) e c) dell'art. 12.

Secondo le lettere di tale articolo, infatti, «sulla base di una valutazione individuale, lo *status* di rifugiato non è riconosciuto quando: b) sussistono fondati motivi per ritenere che lo straniero costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato; c) lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale».

La norma ha recepito il comma quinto dell'art. 14 della Direttiva qualifiche n. 95/2011, per cui «gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo *status* a un rifugiato, quando la decisione non è ancora stata presa», «nelle situazioni previste al paragrafo 4» dello stesso articolo 14, cioè quando: a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro²⁰.

20. Sul punto, è utile segnalare che, con domanda di pronuncia pregiudiziale del 13.1.2017, il Conseil du Contentieux des Étrangers (Belgio) ha chiesto alla Corte di giustizia: (A.) «se occorra interpretare l'art. 14, paragrafo 4, della direttiva 2011/95/UE nel senso che crea una nuova clausola di esclusione dello *status* di rifugiato previsto all'art. 13 della stessa direttiva e, di conseguenza, dell'art. 1, lettera A), della Convenzione di Ginevra; (B), in caso di risposta affermativa alla questione *sub* A, se l'art. 14, paragrafo 4, così interpretato, sia compatibile con l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali e con l'art. 78, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, i quali prevedono, in particolare, la conformità del diritto europeo derivato alla Convenzione di Ginevra, la cui clausola di esclusione, prevista all'art. 1, lettera F), è formulata in modo esaustivo e va interpretata in modo restrittivo». Seguono altre tre

Il nostro Stato, pertanto, ha recepito la facoltà di ulteriormente completare il sistema delle cause di esclusione dello *status* di rifugiato con la considerazione del pericolo per la sicurezza interna o, in caso di responsabilità per la commissione di reati di particolare gravità, per la comunità; ne è derivata una identità di disciplina dell'esclusione in entrambe le protezioni maggiori.

3. L'applicazione

Se l'individuazione di un fatto escludente la protezione deve essere effettuata con estremo rigore e con interpretazione restrittiva, altrettanto rigore deve regolare il metodo di applicazione della causa di esclusione nella costruzione della decisione sull'istanza di protezione: è sufficiente in questa sede rammentare che la decisione sulla domanda di protezione internazionale deve essere assunta a seguito di un'analisi graduale, la cui progressione è predeterminata dalla stessa disciplina delle Direttive²¹; non può, pertanto, essere utilizzata la cosiddetta «ragione liquida» (nella giurisprudenza di merito, invece, talvolta è stato deciso il rigetto della protezione, senz'altra statuizione, soltanto per la sussistenza di una causa di esclusione, prima ancora della verifica dei fattori di inclusione).

Deve, quindi, rimarcarsi che nell'accertamento della sussistenza della causa di esclusione l'onere della prova grava sull'autorità del Paese di approdo che resiste al riconoscimento del diritto fondamentale alla protezione²².

È, poi, normativamente proposto lo standard «fondati motivi per ritenere»: questo standard di prova è superiore a quello per la valutazione del rischio significativo per la protezione, generalmente interpretato come «ragionevole grado di verosimiglianza»; questo significa che per escludere un richiedente, devono sussistere informazioni chiare e affidabili, non semplici sospetti; lo standard di prova suggerito è allora il criterio del «più probabile che non» (equilibrio delle probabilità); non è, invece, necessario raggiungere lo standard dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», rilevante per stabilire la «responsabilità penale»²³.

questioni pregiudiziali qualora le ipotesi del comma 4 dell'art. 14 debbano essere considerate motivi di revoca. (Causa C-78/17).

21. Secondo l'art. 10 della Direttiva procedure n. 32/2013, «nell'esaminare una domanda di protezione internazionale, l'autorità accertante determina anzitutto se al richiedente sia attribuibile la qualifica di rifugiato e, in caso contrario, se l'interessato sia ammissibile alla protezione sussidiaria.»

22. *EASO Practical Guide: Exclusion* in <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO%20Practical%20Guide%20-%20Exclusion%20%28final%20for%20web%29.pdf>, p. 19 par. 5. *Evidence assessment*.

23. *EASO Practical Guide: Exclusion* cit.

Evidentemente, non può neppure essere utilizzato il criterio della confessione civilistica, perché, *ex art. 2730 c.c.*, sono²⁴ confessabili soltanto fatti obiettivi e non opinioni o giudizi: ciò esclude possa avere valore di confessione l'ammissione che un certo evento sia ascrivibile a propria colpa, trattandosi di un giudizio a formare il quale concorrono valutazioni di ordine giuridico²⁵; in ogni caso, il racconto della pregressa commissione di un reato nel Paese di origine avrebbe per sua natura una valenza doppia di dichiarazione a sé sfavorevole e favorevole (considerate le conseguenze in ordine al divieto di respingimento) e, come tale, potrebbe essere soltanto apprezzato liberamente, *ex art. 2734 c.c.*

3.1. *Nelle Linee guide dell'UNHCR*

Già nelle prime Linee guida sull'applicazione delle cause di esclusione, pubblicate il 2.12.1996²⁶, al punto 83, l'UNHCR sottolineava che, in ogni caso, il richiedente protezione la cui storia rientra nelle ipotesi di esclusione è comunque e sempre portatore di diritti umani fondamentali.

Pertanto, seppure al punto 6 fosse evidenziato che lo scopo delle cause di esclusione era privare gli autori di atti efferati e gravi reati comuni di protezione, ma anche salvaguardare il Paese di accoglienza da criminali che rappresentassero un pericolo per la sicurezza del Paese²⁷, al punto 7 era esplicitamente affermato che lo Stato non era obbligato a seguire una particolare linea di condotta dopo aver preso la decisione di applicare la causa di esclusione, in quanto manteneva il diritto sovrano a concedere altri *status* e condizioni di residenza a coloro che fossero stati esclusi e che, in ogni caso, l'individuo poteva ancora essere protetto dal respingimento dall'applicazione di altri strumenti internazionali, in particolare l'art. 3 della Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti e l'art. 22, paragrafo 8 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969²⁸.

24. Peraltro, secondo la dottrina più accreditata, non nelle cause di *status*, in cui è obbligatorio – come nella specie – l'intervento del pubblico ministero. V. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, vol.II, Il processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 140.

25. Cass. civ., sez. III 18.10.2011, n. 21509.

26.

<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3ae6b31d9f&skip=0&query=exclusion%201996>.

27. «6. *The logic of these exclusion clauses is that certain acts are so grave as to render the perpetrators undeserving of international protection as refugees. Thus, their primary purposes are to deprive the perpetrators of heinous acts, and serious common crimes, of such protection; and to safeguard the receiving country from criminals who present a danger to the country's security.*».

28. «7. *While a State's decision to exclude removes the individual from the protection of the Convention, that State is not compelled to follow a particular course of action upon making such a determination (unless other provisions of*

Al successivo punto 9, tuttavia, era indicata la necessità di procedere alla valutazione della causa di esclusione soltanto dopo la verifica della sussistenza dei presupposti dello *status* di rifugiato (la protezione sussidiaria non era ancora stata introdotta) in modo da poter comparare la natura del crimine e il ruolo svolto dal richiedente (compresi eventuali fattori attenuanti) da un lato e la gravità della persecuzione temuta, dall'altra, «pesando» questi elementi «l'uno contro l'altro» in un «test di proporzionalità»²⁹.

Al punto 10, era quindi soltanto auspicato, con l'uso del modale «*should*», che le cause di esclusione non fossero utilizzate per determinare l'ammissibilità di una domanda o di una richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato³⁰.

A distanza di un anno, il 30 maggio 1997, nella «*Note on the Exclusion Clauses EC/47/SC/CRP.29*»³¹ l'UNHCR *Standing Committee* precisava, nell'introduzione, che «l'idea di una protezione individuale “non meritevole” è conseguenza dei legami intrinseci tra i principi di umanità, equità e il concetto di rifugio», che lo scopo principale delle cause di esclusione è «quello di privare gli autori di atti efferati e gravi reati comuni di tale protezione e di salvaguardare il Paese di accoglienza da criminali che presentano un pericolo per la sua sicurezza», perché il riconoscimento della protezione agli autori di gravi reati «sarebbe in diretto conflitto con il diritto nazionale e internazionale e sarebbe in contraddizione con la natura umanitaria e pacifica del concetto di asilo» e che, in questa prospettiva, le cause di esclusione aiuterebbero a «preservare l'integrità del concetto di asilo»³².

international law call for the extradition or prosecution of the individual). States retain the sovereign right to grant other status and conditions of residence to those who have been excluded. Moreover, the individual may still be protected against refoulement by the application of other international instruments, notably Article 3 of the 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment[3] and Article 22(8) of the 1969 American Convention on Human Rights».

29. «9. *In principle, the applicability of the exclusion clauses should be considered only after the adjudicator is satisfied that the individual fulfills the criteria for refugee status. This is chiefly because cases of exclusion are often inherently complex, requiring an evaluation of the nature of the crime and the applicant's role in it (including any mitigating factors) on the one hand, and the gravity of the persecution feared, on the other. An assessment of the case requires that these elements be weighed against one another (often referred to as the “proportionality test”)*».

30. «10. *The exclusion clauses should therefore not be used to determine the admissibility of an application or claim for refugee status.[5] A preliminary or automatic exclusion would have the effect of depriving such individuals of an assessment of their claim for refugee status. By their very nature, the exclusion clauses relate to acts of an extremely serious nature*».

31. <http://www.unhcr.org/excom/standcom/3ae68cf68/note-exclusion-clauses.html>.

32. «**A. Rationales of exclusion clauses 3.** *The exclusion clauses enumerated in Article 1F of the 1951 Convention operate to disqualify persons from the benefits of refugee status by reason of serious transgressions committed, in principle, prior to seeking asylum. The idea of an individual “not deserving” protection as a refugee is related to the intrinsic links between ideas of humanity, equity, and the concept of refuge. The primary purposes of these exclusion clauses are to deprive the perpetrators of heinous acts and serious common crimes, of such protection, and to safeguard the receiving country from criminals who present a danger to that country's security. If the protection provided by refugee law were permitted to afford protection to perpetrators of grave offences, the practice of international protection would be*

Quindi, al punto 6 del sottoparagrafo B sui principi generali, esplicitamente affermava che «l'esclusione dallo *status* di rifugiato non comporterà sempre l'espulsione dell'individuo dal Paese di asilo, in quanto la persona esclusa ha ancora diritto alla protezione delle pertinenti leggi locali e internazionali; ad esempio, la persona può ancora essere protetta dal respingimento ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti o dell'art. 22, paragrafo 8, della Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969.»³³.

Poi, alla sezione III «Sfide nell'applicazione delle clausole di esclusione», affermava che «in un clima di numerose sfide in materia di asilo, le clausole di esclusione non dovrebbero diventare un'altra strada per cui ai casi meritevoli è negato l'accesso alla protezione internazionale; per ridurre al minimo le possibilità di uso improprio, l'applicazione delle clausole di esclusione deve sempre avvenire tramite procedure corrette, con regole chiare che ne disciplinano l'utilizzo; nelle ipotesi di afflusso di massa la determinazione dello *status* individuale per tutti i richiedenti asilo può essere fisicamente impossibile, tuttavia il riconoscimento dello *status* di rifugiato *prima facie* significa, in alcune situazioni, che i persecutori possano ricevere una misura di protezione internazionale insieme alle vittime della persecuzione; durante gli arrivi di massa, l'imperativo umanitario fondamentale di preservare la vita impone che l'asilo e l'assistenza materiale abbiano inizialmente la precedenza sulla necessità di identificare le persone che non meritano lo *status* di rifugiato; è fondamentale, tuttavia, che il processo di considerare l'esclusione delle persone inizi il più presto possibile; lo *status* di rifugiato può essere ritirato se venissero alla luce fatti che giustifichino l'esclusione di una persona»³⁴.

Infine, nella sezione di conclusione, esplicitamente sanciva che le cause di esclusione fanno parte della definizione di chi ha il diritto di godere dell'asilo e, perciò, i principi che governano la loro applicazione includono salvaguardie che riducono al minimo la possibilità di abuso dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo e che *cercano di rafforzare l'obbligo di non-refoulement*. Il nucleo fondamentale di questi principi è che gli interessi internazionali tutelati dalle clausole di esclusione non possono essere perseguiti a scapito

in direct conflict with national and international law, and would contradict the humanitarian and peaceful nature of the concept of asylum. From this perspective, exclusion clauses help to preserve the integrity of the asylum concept».

33. «**B. General principles governing application of exclusion clauses.** 6. *Exclusion from refugee status will not always result in the individual's expulsion from the country of asylum, as the excluded person is still entitled to the protection of relevant municipal and international laws. For example, the person may still be protected against refoulement by Article 3(1) of the 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, or Article 22(8) of the 1969 American Convention on Human Rights».*

34. Il riferimento è all'arrivo massiccio di quasi due milioni di rifugiati ruandesi nel 1994: sin dall'inizio, era risaputo che l'influsso includeva alti ufficiali del precedente governo ed esercito ruandese, membri delle milizie di *Interhamwe* e dei loro sostenitori civili che avevano collaborato o partecipato a crimini contro l'umanità.

dei diritti dei veri rifugiati o al costo di diminuire i precetti basilari della protezione internazionale³⁵.

Nelle ultime Linee guida, redatte nel 2003, ai punti 8 e 9 del sottoparagrafo «Conseguenze dell'esclusione» (lett. F del paragrafo II) si afferma che «[...] lo Stato interessato può scegliere di garantire all'individuo escluso la possibilità di rimanere sul proprio territorio in base ad altre motivazioni, ma obblighi derivanti dal diritto internazionale potrebbero richiedere che la persona interessata sia perseguita penalmente o estradata» e che «un individuo escluso potrebbe essere comunque tutelato dall'essere rinvio in un Paese dove rischierebbe di subire maltrattamenti, in virtù di altri strumenti internazionali. Ad esempio, la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984 proibisce nel modo più assoluto il rinvio in un Paese nel quale vi sia un rischio di essere sottoposti a tortura. Disposizioni simili si trovano anche in altri strumenti di diritti umani internazionali e regionali».

Nel febbraio 2018, infine, sono stati offerti ulteriori approfondimenti dei criteri di interpretazione e applicazione delle cause di esclusione nei «Commenti dell'UNHCR sulla proposta della Commissione europea per un Regolamento sulle qualifiche - COM (2016) 466»³⁶: sono le raccomandazioni elaborate in relazione alla proposta della Commissione europea del testo del Regolamento³⁷ che – come detto – dovrebbe disciplinare le qualifiche della protezione invece delle Direttive.

In particolare e soprattutto, per quel che qui rileva, è stata ribadita l'immanenza del criterio di proporzionalità sull'applicazione delle cause di esclusione: nel testo del Regolamento, infatti, è stata proposta, tra l'altro, l'aggiunta di un sesto comma all'art. 12, secondo cui «l'esclusione di una persona dallo *status* di rifugiato dipende esclusivamente dalla sussistenza delle condizioni di cui ai paragrafi da 1 a 5 e non è soggetta ad ulteriori valutazioni della proporzionalità in relazione al caso di specie.».

35. «**IV. Conclusion** 25. *The exclusion clauses help maintain the integrity of the institution of asylum, by not according the rights and benefits attached to the possession of refugee status to persons bearing the taint of grave rights violations or serious criminal conduct. Clearly, it is desirable that there be consistency in the interpretation and application of exclusion clauses, in a climate of cooperation between States and UNHCR. Exclusion clauses form part of the definition of who has the right to enjoy asylum. For this reason, the principles governing their application include safeguards which minimize the possibility of abuse of refugees' and asylum-seekers' rights, and which seek to reinforce the obligation of non-refoulement. The fundamental core of these principles is that the international interests served by exclusion clauses may not be pursued at the expense of the rights of genuine refugees, or at the cost of diminishing the basic precepts of international protection.*».

36. UNHCR Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation - COM (2016) 466 in <http://www.refworld.org/docid/5a7835f24.html>.

37. Proposta di Regolamento della Commissione europea - Bruxelles, 13.7.2016 - COM(2016) 466 final - 2016/0223(COD) cit.

Fondatamente, l'UNHCR ha sottolineato che questa proposta sembrerebbe «riecheggiare le conclusioni della CGUE in B. e D.³⁸», ma, in effetti, non considera che la Corte di giustizia è giunta a questa conclusione solo dopo aver sottolineato che, per applicare l'esclusione, è assolutamente necessaria una valutazione individuale, supportata da un'analisi caso per caso, basata su fatti specifici: prima che l'autorità possa escludere una persona dallo *status* di rifugiato, è «necessario esaminare tutte le circostanze rilevanti». Una lettura letterale del sesto comma come proposto, invece, potrebbe suggerire che un'unica disposizione del diritto dell'UE possa abolire la proporzionalità come principio centrale di ogni analisi dei diritti umani. Ciò violerebbe la gerarchia delle fonti generalmente accettata e la stessa legge primaria europea: la proporzionalità è riconosciuta come principio generale dal diritto dell'UE; l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiede, infatti, una valutazione della proporzionalità per «[limitare] l'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta»³⁹ e la giurisprudenza della CGUE sottolinea fortemente la necessità di una valutazione della proporzionalità quando la limitazione dei diritti fondamentali è conseguenza delle ragioni di sicurezza».

Da queste considerazioni sull'immanenza e sulla centralità del principio di proporzionalità come sancito nell'art. 52 della Carta di Nizza risulta, dunque, ancor più evidente che la causa di esclusione, per essere applicata, presuppone l'avvenuto positivo riscontro, nel caso concreto, delle esigenze di protezione con cui deve essere soppesata.

3.2. Nella *Judicial Analysis* «*Qualification for international protection (directive 2011/95/EU)*» EASO

Diversamente che nella *Judicial Analysis* EASO del gennaio 2016 «*Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU)*» in cui era sottolineato che non è prescritto dal QD (rifusione) la valutazione dei fattori di inclusione prima dell'esclusione e che alcuni Stati membri (Paesi bassi e Spagna) prevedono una valutazione dei criteri di esclusione prima di procedere alla verifica della qualifica di richiedente protezione internazionale, nella più recente *Judicial Analysis* «*Qualification for international protection (directive 2011/95/EU)*» ed. dicembre 2016, curata per EASO dai giudici di

38. Corte giust. 661 2010, Grande Chambre, 9.11.2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B (causa C 57/09) e D (causa C 101/09)*.

39. Art. 52, co. 1 della Carta di Nizza: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

International Association of Refugee Law Judges European Chapter (IARLJ-Europe), la verifica della sussistenza di una causa di esclusione è esplicitamente prevista, nel «decision tree» (p. 122) quale ultimo *step* della costruzione della decisione sulla istanza di protezione internazionale: in tal modo, nell'applicare la causa di esclusione il decisore ha già stabilito che il soggetto richiedente rientra nel rischio di persecuzione o danno grave nel suo Paese di provenienza.

3.3. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Infine, giova ancora considerare che, al punto 72 della sentenza 31.1.2017, causa C-573/14, (Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides contro Mostafa Lounani), la Grande Chambre della Corte di giustizia ha ribadito che l'autorità competente dello Stato membro considerato non può applicare le cause di esclusione prima di aver proceduto, per ciascun caso individuale, ad una valutazione dei fatti precisi di cui essa ha conoscenza, al fine di determinare se sussistano fondati motivi per ritenere che gli atti commessi dalla persona interessata – «*che per il resto soddisfa i criteri per ottenere lo status di rifugiato*» – rientrino in uno di quei due casi di esclusione; in altri termini, anche secondo la Corte, prima di procedere all'applicazione delle cause di esclusione, l'autorità competente dello Stato membro considerato deve verificare prima se la persona interessata «soddisfa i criteri per ottenere lo *status* di rifugiato»: l'utilizzo dell'espressione «per il resto» implica, infatti, il preventivo esame dei fattori di inclusione esclusi poi da una delle ipotesi di cui all'art. 1 F della Convenzione di Ginevra.

Identica espressione per l'identico concetto era stata utilizzata al punto 87 della richiamata Corte giust. Grande Chambre, del 9.11.2010 (Bundesrepublik Deutschland contro B - causa C-57/09 e D - causa C-101/09).

4. Le protezioni maggiori e il divieto assoluto di respingimento: la disciplina del d.lgs. n. 286/98 e del d.p.r. attuativo n. 394/99

L'insistenza sul metodo di applicazione delle cause di esclusione e sulla necessità di posporre la loro valutazione alla previa verifica dei fattori di inclusione ha il relevantissimo scopo di non rischiare il respingimento di un richiedente protezione soltanto in considerazione del suo passato o del suo presente di soggetto pericoloso.

La drammaticità di questo rischio è particolarmente chiara ed esplicita nelle conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi nelle cause riunite C-57/09 e C-101/09 Bundesrepublik Deutschland contro B (C-57/09) e D (C-101/09), poi decise con la sentenza Corte giust. Grande Chambre, del 9.11.2010, prima riportata.

L'Avvocato generale, infatti, dapprima ha affermato, al punto 95, che «il principio di proporzionalità riveste un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali e in generale nell'applicazione degli strumenti del diritto internazionale umanitario» e, in sostanza, è alla base della verifica della sussistenza di una causa di esclusione; quindi, al successivo punto 97, ha sottolineato che «[...] entra in linea di conto la circostanza che il richiedente benefici di una tutela effettiva contro il *refoulement*, che sia in applicazione di strumenti internazionali o in virtù del diritto nazionale; ove tale protezione sia disponibile e concretamente accessibile, il richiedente potrà essere escluso dallo *status* di rifugiato che comporta una serie di diritti che vanno al di là della protezione contro il *refoulement* e che devono, in linea di principio, essere negati a chi si mostra indegno di protezione internazionale; nel caso in cui, invece, il riconoscimento di tale *status* costituisca l'unica possibilità per evitare il respingimento verso un Paese in cui il richiedente ha serie ragioni di temere che sarà sottoposto per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, a persecuzioni tali da mettere in pericolo la sua vita o la sua integrità fisica o di subire trattamenti disumani o degradanti, l'esclusione non potrà essere dichiarata»⁴⁰.

4.1. Il divieto assoluto di refoulement, il permesso di soggiorno per motivi umanitari e i motivi di sicurezza o di ordine pubblico

Ebbene, nel nostro Paese il rischio di respingimento è già scongiurato dalla corretta applicazione di due nostre norme interne, preesistenti alle Direttive in materia di protezione ma rimaste in vigore dopo il recepimento di quest'ultime⁴¹: sono l'art. 28 del d.p.r. n. 394/99, attuativo del TU e l'art. 19, co. 1 dello stesso TU.

L'art. 28, che disciplina il rilascio dei «permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento», dopo aver previsto che il questore rilasci il permesso di soggiorno «quando la legge dispone il divieto di espulsione» e, cioè, nelle ipotesi di minori (lett. a e a-*bis*), di particolari ipotesi di legami familiari (lett. b) e di cure mediche delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (lett. c), aggiunge alla lettera d) che il permesso è concesso «per motivi umanitari, *negli altri casi*, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che

40. Per verità, dopo tale affermazione, lo stesso Procuratore generale dubita sia possibile il bilanciamento in ipotesi di reati di eccezionale gravità.

41. La permanenza in vigore di queste norme nel nostro sistema è confermata certamente dalla modifica del primo comma dell'art. 19 TU operata in tempi recentissimi dall'art. 3, co. 1 della l. 14.7.2017, n. 110 di «Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano».

provvede ad accordare una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'art. 19, comma 1, del Testo unico».

La formulazione di questa norma preziosa non è, invero, piana e di immediata comprensione: non vi sono determinati «*gli altri casi*» e vi è contenuta una disposizione «a contrario»: il permesso di soggiorno non è rilasciato (è questo il senso della congiunzione avversativa «salvo che») quando è possibile il respingimento, mentre deve essere rilasciato se il respingimento è precluso perché lo Stato di origine non «provvede ad accordare una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'art. 19, comma 1, del Testo unico».

Ma qual è lo Stato che non provvede alla protezione di cui all'art. 19, comma 1 del TU?

È lo «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 rinvitato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*»; è pure, per il comma 1.1. come aggiunto dall'art. 3 della l. 14.7.2017, n. 110 che ha introdotto il delitto di tortura nell'ordinamento italiano, lo Stato in cui fondati motivi fanno ritenere che una persona «rischi di essere sottoposta a tortura» o dove esistano «violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

Ciò posto, è di immediata evidenza che lo Stato descritto nel comma 1 e 1.1. dell'art.19 TU è lo stesso Stato di cui all'art. 7 della Direttiva qualifiche che non può o non vuole fornire protezione da atti persecutori o danni gravi; è questo lo Stato da cui si è allontanato il cittadino di un Paese terzo o l'apolide che «per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese o non vuole farvi ritorno e al quale non si applica l'art. 12» o che «non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'art. 15, e al quale non si applica l'art. 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese»⁴².

Dalla constatazione di questa coincidenza deriva allora l'individuazione de «*gli altri casi*»: sono i casi in cui l'applicazione di una causa di esclusione o di revoca o di diniego di

42. Per un recente, approfondito esame delle nozioni di atto di persecuzione (artt. 9 e 10 DQ), danno grave (art. 15 lett. a), b), c) DQ), responsabili della protezione o del danno grave (art. 6 DQ) o protezione (art. 7 DQ) v. *Judicial Analysis* EASO del dicembre 2016 «*Qualification for international protection (directive 2011/95/eu)*» *op.cit.*

cui agli artt. 10, 12 lett. b) e c) o 16, d.lgs. 251/07 hanno precluso la concessione dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

In altre parole, dal combinato disposto dell'art. 28, d.p.r. 394/99 e 19, co. 1, TU deriva che, in ipotesi di applicazione della causa di esclusione o di revoca o di diniego, sussistendo il divieto assoluto di respingimento perché il Paese di provenienza è uno Stato a rischio di persecuzione o tortura, dovrà essere riconosciuto il diritto ad un permesso di soggiorno per motivi umanitari⁴³.

Diversamente ritenendo, non avrebbe evidentemente senso la previsione all'art. 28 d.p.r. 394/99 lett. d) della concessione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari in un'ipotesi – quella del primo comma dell'art. 19 TU – in cui sarebbe concedibile lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria.

Un'ultima notazione sul punto: il primo comma dell'art. 19 TU, a differenza del secondo comma, prevede testualmente che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento» verso lo Stato a rischio di persecuzione o tortura; è, infatti, prevista soltanto al secondo comma la “salvezza” dei «casi previsti dall'art. 13, comma 1» e, cioè, l'espulsione «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato».

La mancata previsione della “salvezza” dei motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato al primo comma significa, pertanto, che, nelle ipotesi di cui agli artt. 10, b) e d) dell'art. 12 e 16 del d.lgs. n. 251/07 lo straniero avente diritto a protezione perché a rischio di persecuzione o danno grave ma riconosciuto come “pericoloso” sarà “escluso” dalla protezione maggiore, ma non potrà essere assolutamente espulso e avrà perciò diritto comunque al permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex art. 28 lett. d) d.p.r. 394/99*.

Questo è lo stato della normativa vigente.

Può dirsi, dunque, che il permesso di soggiorno conseguente alla sussistenza di un divieto assoluto di respingimento *ex art. 19, co. 1, TU* è un'ipotesi tipizzata per legge, “obbligatoria e dovuta”, di permesso per motivi umanitari.

Peraltro, deve considerarsi che lo straniero che non può essere espulso deve, evidentemente, avere comunque all'interno di uno Stato di diritto un suo *status* giuridico e, attualmente, nel nostro Stato, al permesso di soggiorno per motivi umanitari corrisponde il nucleo minimo di diritti e facoltà previsto nel nostro ordinamento.

43. Questa ricostruzione è stata offerta da C. De Chiara nel corso di formazione della Scuola superiore della magistratura *Questioni in tema di diritto d'asilo*, tenutosi in Roma, il 21 e 22.1.2016 e, poi, in *L'Unione Europea e il diritto di asilo. Da “Dublino” alla Turchia in Vergogna ed esclusione*, a cura di U. Curi, Roma, Castelvechi, 2017, pp. 91-116. De Chiara prospetta altresì possa essere compresa ne «*gli altri casi*» l'ipotesi del richiedente protezione che non abbia presentato domanda di protezione: questa ipotesi ulteriore comunque non esclude la coerenza della ricostruzione sistematica precedente.

In particolare, il permesso di soggiorno per motivi umanitari ha durata limitata a un biennio, rinnovabile previa verifica della permanenza dei presupposti del rilascio, consente il lavoro sia autonomo che dipendente (ma non pubblico), non consente il ricongiungimento familiare (art. 28, comma 1, TU) e, infine e soprattutto, a differenza degli altri permessi, non consente di richiedere il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9, comma 3, lett. b), TU): questo significa che lo straniero che non sia meritevole di protezione per il suo passato o il suo presente di soggetto pericoloso comunque non potrà circolare liberamente in Europa e non avrà diritto al ricongiungimento con la sua famiglia di origine.

Nel quadro ricostruttivo prima proposto, resta infine preclusa dallo stesso sistema normativo la possibilità di applicazione dell'art. 20 d.lgs. 251/07, secondo cui «il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione sussidiaria è espulso quando: a) sussistono motivi per ritenere che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato; b) rappresenta un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni», posto che lo stesso articolo mantiene «ferma»⁴⁴ la previsione del divieto assoluto di respingimento verso lo Stato a rischio di persecuzione o tortura, cioè verso lo stesso Stato da cui è stata concessa protezione al soggetto che si individua come passibile di espulsione per motivi di sicurezza.

4.2. L'art. 20 d.lgs. n. 251/2007 e la possibilità di espulsione per motivi di ordine o sicurezza pubblica o per condanna definitiva alla reclusione tra quattro e dieci anni: un'incoerenza del sistema

Dell'art. 20 d.lgs. n. 251/07 si è recentemente occupata la prima sezione penale della Cassazione, nella sentenza n. 49242 del 26.10.2017.

Dalla narrativa del fatto si ricava che un cittadino nigeriano che aveva violato la disciplina stupefacenti, destinatario anche della misura di sicurezza dell'espulsione (applicata ai sensi dell'art. 86 d.p.r. n. 309/90 con sentenza del 12.3.2013), durante l'espiazione della pena, aveva chiesto la revoca anticipata della suddetta misura di espulsione per la sussistenza dei presupposti del diritto alla protezione sussidiaria; il giudice di sorveglianza aveva rigettato l'istanza, non esaminandola in considerazione del «non prossimo» fine pena; il Tribunale di sorveglianza, invece, aveva poi respinto l'appello e confermato l'infondatezza dell'istanza in ragione dell'insussistenza dell'interesse dello straniero detenuto ad ottenere un immediato accertamento incidentale della condizione

44. «fermo restando quanto previsto» - così, testualmente, nell'art. 20, d.lgs. n. 251/07.

ostativa alla espulsione, posto che – in ogni caso – il mancato completamento della pratica amministrativa (in tempo antecedente al fine pena) avrebbe dato luogo esclusivamente al trattenimento ulteriore presso il CIE e non all'esecuzione dell'espulsione.

La Corte ha innanzitutto individuato il «tema introdotto dalla parte» nella «ineseguibilità» della specifica misura irrogata (l'espulsione) in rapporto ad una condizione che opera come «limite esterno» alla eseguibilità del provvedimento, correlato al rispetto di previsioni regolatrici diverse, sia interne che di natura pattizia (il divieto di respingimento *ex art. 3 CEDU*).

Quindi, ai fini che qui rilevano, ha richiamato la precedente sentenza della Cassazione penale sez. VI n. 20514 del 28.4.2010 in cui è stato esplicitamente sancito il divieto di dar luogo alla misura di sicurezza dell'espulsione «in dipendenza delle fonti sovranazionali (qui la Conv. europea del 1950), pur in presenza di accertamento positivo della pericolosità della persona, con correlato obbligo per il giudice interno di dichiarare ineseguibile l'espulsione e applicare misura di sicurezza diversa».

Aderendo a tale indirizzo ermeneutico, la Corte ha sostenuto altresì la necessità della verifica di conformità della disciplina interna ai contenuti delle fonti sovranazionali, da cui derivano precisi obblighi per lo Stato italiano di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Individuata, allora, proprio nell'art. 20, d.lgs. 251/07 la norma regolatrice della fattispecie, la Corte ha affermato che il legislatore utilizza in tale articolo, in apertura, una espressione di “raccordo” al comma 1 dell'art. 19, d.lgs. n. 286 del 1998 (fermo restando...) non per ribadire la natura assoluta del divieto di respingimento, quanto piuttosto per enunciare il principio che, con la successiva parte della disposizione ha voluto derogare e, cioè, la possibilità di respingimento per motivi di ordine e sicurezza interna.

Ciò posto, ha rimarcato che una tale deroga si appalesa contraria sia all'art. 19 della Carta di Nizza che all'art. 3 CEDU: ha allora ritenuto – da un canto – la norma comunitaria come provvista di efficacia diretta ed ha “ricordato” che è preclusa al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, con necessaria disapplicazione di queste ultime; d'altro canto, ha poi aggiunto che «nell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima») e che «verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost. deve sollevare questione di legittimità costituzionale».

Questa pronuncia ha il grande merito – come la precedente citata Cassazione penale sez. VI n. 20514 del 28.4.2010⁴⁵ – di aver ribadito l'immanenza al nostro sistema dell'art. 3 CEDU e il carattere assoluto del divieto di respingimento nelle ipotesi di Paese a rischio di persecuzione o tortura, anche in ipotesi di straniero pericoloso per la sicurezza interna e l'ordine pubblico; tuttavia, ritaglia all'art. 20 d.lgs. 251/07 uno spazio di applicazione che, invece, è in effetti inesistente perché, senza necessità di ricorrere alla disapplicazione o all'eccezione di costituzionalità, la pratica operatività di questo articolo è esclusa già – come detto – dal combinato degli artt. 19 TU e 28 d.p.r. attuativo 394/99 come esposto al paragrafo precedente.

Invero, questa norma è soltanto conseguenza di un mancato coordinamento – da parte del legislatore – tra le norme del TU e le norme di recepimento della Direttiva qualifiche.

Deve considerarsi, infatti, che gli articoli 12, 14, 17 e 19 della Direttiva qualifiche non violano l'art. 19 della Carta di Nizza laddove consentono di escludere o negare lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria quando lo straniero rappresenti un pericolo per la sicurezza interna dello Stato e l'ordine pubblico perché negare la protezione internazionale non significa perciò stesso respingere al Paese di origine rischioso; all'art. 21, infatti, la stessa Direttiva prevede che gli Stati membri rispettano il principio di «*non refoulement*» in conformità dei propri obblighi internazionali e, al secondo comma, che il respingimento per motivi di sicurezza e pericolo per la comunità sia possibile soltanto «qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali previsti dal paragrafo 1» come proprio e invece è nelle ipotesi di esclusione o revoca o cessazione delle protezioni maggiori⁴⁶.

La regolamentazione dello *status* dello straniero a cui è consentito di rimanere all'interno dei confini perché non è possibile il respingimento al suo Paese in quanto a rischio di persecuzione o tortura⁴⁷ esorbita, invece, dall'ambito di applicazione della direttiva (considerando 15 Direttiva qualifiche).

Ciò in altri termini significa che il legislatore comunitario ha dato sì rilievo alle ragioni di sicurezza e di pericolo di ciascun Stato membro, ma soltanto allo scopo di limitare la concessione delle protezioni maggiori, non potendo interferire con i divieti conseguenti agli obblighi CEDU e non volendo interferire con la disciplina interna dello *status* concesso da ciascun Stato membro in ipotesi di applicazione del divieto di respingimento.

45. Un prezioso commento a quest'ultima pronuncia, con ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza nazionale, comunitaria ed europea sul divieto assoluto di respingimento è in R. Barberini, *L'espulsione dello straniero a rischio tortura: una sentenza della Cassazione riletta alla luce degli sviluppi giurisprudenziali – nazionali ed internazionali – successivi*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 6, p. 2225 e ss.

46. L'obbligo internazionale è, infatti, in tali ipotesi, nell'art. 3 CEDU.

47. Nel nostro ordinamento il permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Così ricostruita, la disciplina delle direttive e il suo recepimento in Italia non violano l'art. 19 della Carta di Nizza e, ancor prima, non implicano neppure violazione degli obblighi CEDU.

Correttamente e fondatamente, pertanto, la VI sezione della Cassazione penale, nella precedente e più volte citata sentenza n. 20514 del 28.4.2010, aveva soltanto affermato che, nel caso in cui lo straniero sia escluso per motivi di sicurezza, «ogni articolazione istituzionale della Repubblica» avrà, nel rigoroso rispetto dell'art. 3 della Convenzione, «il dovere di individuare e adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un'appropriata misura di sicurezza, diversa dall'espulsione, alla luce dei principi vigenti in materia e in considerazione della particolare situazione dei prevenuti».

5. «Il “rischio” e la “pericolosità” non si prestano ad un confronto»: conclusioni

Per concludere, è utile riportare l'ultimo punto dell'*Opinione concordante del giudice Zupančič* allegata, conformemente agli articoli 45 par. 2 della Convenzione e 74 par. 2 del Regolamento, alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, resa il 22.2.2008 nel ricorso n. 37201/06, Saadi c. Italia⁴⁸.

Il Giudice sottolinea innanzitutto l'importanza del paragrafo 139 della sentenza, in cui la Corte sancisce che «l'argomentazione di bilanciare da una parte il rischio che la persona subisca un pregiudizio in caso di respingimento e, dall'altra, la sua pericolosità per la collettività se non viene espulsa, si basa su una errata valutazione. Il “rischio” e la “pericolosità” non si prestano ad un confronto poiché si tratta di nozioni che devono essere valutate indipendentemente l'una dall'altra. In effetti, gli elementi di prova forniti alla Corte mostrano o che esiste un rischio sostanziale se la persona è rinviata oppure che non vi è. La prospettiva che la persona costituisca una minaccia grave per la collettività se non viene espulsa non diminuisce in niente il rischio che questa subisca dei maltrattamenti se viene respinta. È per questo motivo che sarebbe scorretto pretendere, come consiglia il terzo intervenente⁴⁹, un criterio di prova più rigoroso quando si ritiene che la persona sia un grave pericolo per la collettività, poiché la valutazione del livello di rischio è indipendente dalla valutazione della pericolosità»: perché un allontanamento forzato previsto sia contrario alla Convenzione, la condizione necessaria – e sufficiente – è che il rischio per l'interessato di subire nel Paese di destinazione trattamenti contrari all'articolo 3 sia reale e fondato su motivi seri e accertati.

48. Per un commento puntuale di questa sentenza v. R. Conti, *Il divieto di tortura rispetto all'espulsione per motivi di ordine pubblico: nessun bilanciamento con la sicurezza dello Stato -Corte dir.uomo 28 febbraio 2008 Saadi c. Italia-*, in www.europeanrights.eu. Nella sentenza sono riportati i numerosi precedenti conformi della stessa Corte.

49. Il Regno Unito.

Infine, il giudice Zupančič ribadisce che i principi di questo paragrafo della sentenza devono essere letti «come un imperativo categorico di protezione dei diritti dell'individuo. La sola maniera di uscire da questa necessità logica sarebbe quella di affermare che tali individui non meritano di vedere i loro diritti umani protetti [...] perché sono meno umani».

È lo stesso fondamento della invocazione di Edipo di Sofocle, riportata nell'esergo: lo Stato di diritto deve ugualmente proteggere i mortali giusti e gli empi.