

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COSTITUZIONALE

IUS/08

Ciclo XX

**IL DIRITTO DI ASILO
TRA ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E
SISTEMA EUROPEO DI PROTEZIONE
MULTILIVELLO.**

Tesi presentata da: Micaela Malena

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Augusto Barbera

Prof. Augusto Barbera

Anno accademico 2007-2008

INDICE

§ Introduzione. Oggetto, struttura e finalità della ricerca.

CAPITOLO PRIMO.

Il quadro internazionalistico.

La norma costituzionale e la natura del diritto d'asilo.

- 1.1 L'istituto dell'asilo nel diritto internazionale: origini antiche di un diritto "imperfetto".
- 1.2 Il dibattito in Assemblea costituente e la formulazione dell'art. 10, co. 3 Cost.
- 1.3 Le posizioni oscillanti della giurisprudenza sulla natura del diritto d'asilo. L'interpretazione della Corte costituzionale.
- 1.4 Il fondamento del diritto d'asilo: tra diritto soggettivo perfetto e contenuto minimo.

CAPITOLO SECONDO.

Il "vuoto" normativo dell'ordinamento italiano.

- 2.1 La riserva di legge contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost.: le "condizioni" del diritto d'asilo. Il carattere di specialità rispetto al "diritto dell'immigrazione" e la conflittuale convivenza tra i due ambiti normativi.
- 2.2 La normativa vigente e l'ambiguo rapporto con la disciplina del rifugio politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951: sovrapposizione o tutela dimezzata?
- 2.3 Proposte di legge attuativa del dettato costituzionale. Il mancato superamento del divario tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale.

CAPITOLO TERZO.

Droit d'asile e *Asylrecht*: il diritto d'asilo in Francia e Germania. Itinerario comparatistico.

- 3.1 La costituzionalizzazione del *droit d'asile*: l'interpretazione della norma del Preambolo della Costituzione del 1946 nelle decisioni del *Conseil constitutionnel*. Una duplice protezione.
- 3.2 La disciplina dell'asilo in Francia tra riforme e retaggi. La revisione costituzionale e la difficile lettura dell'art. 53-1 Cost. Il Libro VII del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: la disciplina legislativa del rifugio per «*les combattants de la liberté*».

3.4 Evoluzione del quadro costituzionale tedesco e giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. L'art. 16a GG ed i suoi "limiti immanenti". Il lungo cammino giurisprudenziale sulla natura delle "azioni" e degli "agenti" della persecuzione: i confini della «*politische Verfolgung*» ed il nuovo art. 60, *Aufenthaltsgesetz*.

CAPITOLO QUARTO.

Il diritto d'asilo nell'ordinamento europeo: sistema di protezione multilivello.

4.1 Il sistema di protezione CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 3: lettura estensiva del divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

4.2 L'ordinamento comunitario (I): Protocollo Asilo e Direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea. Verso un regime comune europeo di asilo.

4.3 L'ordinamento comunitario (II): il rapporto tra la Direttiva 2004/83/CE su qualifica di "rifugiato" e protezione sussidiaria e la Direttiva 2005/85/CE sulle procedure.

CONCLUSIONI.

Asilo costituzionale e rifugio convenzionale: quali prospettive di "conciliazione"?

5.1 L'attuazione della Direttiva "qualifiche" nell'ordinamento italiano e la percorribilità di una disciplina legislativa organica.

5.2 La definizione dei presupposti per il riconoscimento dello *status*: il nuovo concetto normativo di "persecuzione" alla prova. Sviluppi della prassi amministrativa e della giurisprudenza in tema di "appartenenza ad un particolare gruppo sociale" e di non-statalità degli agenti persecutori.

5.3 Il complesso quadro degli strumenti di protezione politico-umanitaria: profili di interazione reciproca, ambiti di applicazione ed estensione della tutela. Aspetti di efficienza e nodi irrisolti.

5.4 Recessività dell'asilo costituzionale o potenzialità di riemersione? Una proposta di attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost.

§ Bibliografia citata nel testo.

INTRODUZIONE.

Oggetto, struttura e finalità della ricerca.

Il presente lavoro intende ricostruire - attraverso lo studio della normativa e della giurisprudenza rilevanti in Italia, Francia e Germania - l'ambito soggettivo di applicazione del diritto costituzionale d'asilo e del suo rapporto con il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951¹, nonché con le altre forme di protezione della persona emergenti dal diritto comunitario e dal sistema CEDU di salvaguardia dei diritti fondamentali.

In particolare, la previsione contenuta nell'art. 10, co. 3 della Costituzione italiana - ove si riconosce il diritto d'asilo allo "straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche" garantite dalla nostra Carta fondamentale - convive, da un lato, con l'assenza di una disciplina legislativa attuativa del dettato costituzionale stesso, e, dall'altro, con il nuovo impulso dato dal diritto comunitario alla materia *asylum*.

L'indagine non può, quindi, prescindere dalla comprensione di quale sia il meccanismo surrogatorio di tutela dei richiedenti asilo attivato nel nostro ordinamento, anche alla luce della comparazione con i sistemi francese e tedesco, che - seppure senza eliminare una tendenza forte alla assimilazione tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale - hanno scelto di declinare a livello legislativo le rispettive norme costituzionali relative al *droit d'asile* ed all'*Asylrecht*².

Ai sensi del quarto paragrafo della Costituzione francese del 1946, "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République": tale enunciazione è stata riprodotta testualmente nella Costituzione del 1958, nell'ambito della quale, inoltre, a seguito della revisione del 1993, il primo comma dell'art. 53 stabilisce che sebbene sia conferito allo Stato il potere di concludere con altri Paesi europei, vincolati da identici obblighi

1 Convenzione di Ginevra per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, adottata dalla Conferenza dei plenipotenziari sullo statuto dei rifugiati e degli apolidi, convocata dall'ONU il 28 luglio 1951 (*infra* CG).

² Le rispettive disposizioni costituzionali dei tre ordinamenti considerati, infatti, presentano alcuni tratti comuni, ma soprattutto significative differenze dovute alla diversa sedimentazione storica di riforme o, viceversa, di silenzi del legislatore, così come al differente impianto costituzionale in materia di diritti fondamentali e di rapporto con l'ordinamento internazionale. Una comparazione di ulteriori previsioni costituzionali in materia di diritto d'asilo si trova in O. KIMMINICH, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, Köln, 1962, p. 364 ss. Una recente analisi delle più rilevanti legislazioni europee di attuazione delle relative norme costituzionali è in P. BALBO, *Rifugiati e asilo. Il diritto reale soffocato: excursus tra direttive europee e leggi nazionali*, Matelica (ed. Halley), 2007.

internazionali in materia di asilo, accordi per il riparto delle rispettive competenze ad esaminare le domande d'asilo presentate, permane, pur sempre, in capo alle autorità nazionali - quand'anche non si possa configurare, in virtù di quegli stessi accordi, una loro specifica competenza - "le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollecite la protection de la France pour un autre motif".

L'articolo 16a della Legge fondamentale tedesca del 1949, entrato in vigore all'esito della sofferta riforma costituzionale del 1993³, inoltre, stabilisce con la formula criptica del suo primo comma che "politisch Verfolgte genießen Asylrecht", cui fa seguito nei paragrafi successivi una complessa disamina del rapporto tra asilo e rifugio politico e l'introduzione di una riserva di legge per l'individuazione dei "sicure Drittstaaten", ossia gli Stati terzi definiti "sicuri" in base ad una serie di criteri stabiliti dalla stessa disposizione costituzionale, la provenienza dai quali esclude l'invocabilità del diritto d'asilo costituzionale.

Sul versante del diritto comunitario, la fonte che ha avuto maggiore impatto sulla disciplina della materia negli ordinamenti interni degli Stati membri è la Direttiva del Consiglio 2004/83/CE 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" (c.d. Direttiva Qualifiche)⁴.

Essa prevede che in tutta l'Unione europea si applichino criteri comuni per identificare coloro che hanno *effettivamente* bisogno di protezione internazionale, garantendo che questi soggetti possano godere in tutti gli Stati membri di un livello minimo di diritti e prestazioni (permessi di soggiorno, accesso all'istruzione e all'occupazione, assistenza sanitaria e sociale, unità del nucleo familiare ed integrazione). La Direttiva, inoltre, introduce un regime armonizzato di protezione sussidiaria per quanti - pur necessitando di protezione internazionale - non rientrano nel campo di applicazione della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

Tale disciplina ruota intorno alla definizione giuridica del concetto di "persecuzione", sia nel suo elemento dinamico, concernente i comportamenti e gli agenti persecutori, sia nel suo aspetto genetico, relativo alle ragioni della persecuzione.

La Direttiva Qualifiche rappresenta una svolta decisiva nell'articolato scenario della protezione internazionale della persona in cerca di rifugio, in quanto è il primo

³ Per una ricostruzione della lunga e difficile gestazione della riforma, G. MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano, 1999, p. 97 ss.

⁴ *Infra* DQ.

strumento giuridicamente vincolante, a valenza sopranazionale, che riconosce un *diritto soggettivo* d'asilo ai rifugiati ed agli altri soggetti comunque bisognosi di protezione internazionale, azionabile innanzi ai giudici nazionali nonché alla Corte di giustizia della Comunità europea. Ebbene, la latitudine della nozione di "*persecution*" determina l'ampiezza dell'ambito di applicazione di tale protezione e risente della lunga evoluzione giurisprudenziale e legislativa, che si è gradualmente sedimentata negli ordinamenti nazionali come risposta all'esigenza di superare le anguste condizioni di operatività della Convenzione di Ginevra⁵.

Al fine di valutare appieno la portata del diritto d'asilo ed il raggio di copertura della tutela individuale che esso garantisce, in questa sede si propone l'esame dell'interazione tra la norma costituzione e le seguenti disposizioni configuranti un vero e proprio "sistema europeo"⁶ di tutela multilivello⁷:

5 Requisito fondamentale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è il fondato timore di essere perseguitato, se non la vera e propria persecuzione in concreto: la nozione è ristretta nella misura in cui esclude dal suo ambito di applicazione i c.d. rifugiati umanitari o *de facto*, cioè coloro che sono costretti a lasciare il proprio Paese d'origine a causa del mancato rispetto dei diritti fondamentali, ma che – a differenza dei richiedenti asilo che soddisfano le condizioni previste per la fattispecie del rifugio convenzionale – non fuggono da una situazione caratterizzabile in termini di persecuzione personale, bensì da un contesto di violenza o disordini generalizzati. Sul punto, si vedano F. PEDRAZZI, *Commento all'art. 1 decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 98; G. BRUNELLI, *Art. 18. Diritto di asilo*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 154. A conferma dell'inadeguatezza della disciplina della Convenzione e della necessità di superarne i parametri, si considerino i vari interventi di ampliamento del mandato dell'UNHCR, che ha progressivamente esteso le proprie competenze fino a comprendere anche la protezione degli sfollati e dei rifugiati economici in forza dell'art. 8 lett. d) dello Statuto (Gen. Ass. Res. 428.V, 14.12.1950), ove si invitano i Governi a cooperare con l'Alto Commissariato nell'esercizio delle sue funzioni, "ammettendo sul loro territorio i rifugiati senza escludere coloro che appartengano alle categorie più diseredate" ("promoting the admission of refugees, not excluding those in the most destitute categories, to the territories of the State"). Sia le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU approvate dal 1956, sia il Comitato esecutivo dei Programmi, istituito nel 1957, hanno esteso le funzioni assistenziali e di protezione dell'UNHCR a scopi umanitari (in favore delle "displaced persons" ovvero, più genericamente, di "refugee of concern to the international community" anche in caso di esodi di massa). A. BEGHÉ LORETI, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea*, Padova, 1990, p. 20 ss.

6 Si consideri che accanto al principio di prevalenza dei trattati internazionali precedentemente stipulati, sancito dall'art. 307, co. 1 del Trattato CE (*infra* TCE), gli Stati membri sono tenuti ad impegnarsi ad eliminare ogni possibile contrasto tra le obbligazioni assunte in forza della loro partecipazione alla Comunità europea e quelle derivanti dal diritto internazionale (ad es. modificando o denunciando i pregressi trattati internazionali incompatibili, ai sensi dell'art. 307, co. 2 TCE). Inoltre, secondo l'art. 63, co. 1 TCE, la Direttiva Qualifiche deve tenere conto della Convenzione di Ginevra e dei relativi Protocolli, così come degli altri trattati rilevanti in materia di asilo quali fonti pattizie vincolanti (tra cui la CEDU, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nonché la Convenzione contro la tortura del 1984) nonché del complesso tessuto normativo di salvaguardia

- i. Art. 2, lett. c), lett. e); Art. 6; Art. 9, Art. 10; Art. 15 DQ – Art. 1 A CG (definizione di rifugiato e di persona meritevole di protezione sussidiaria);
- ii. Art. 21, co. 1 DQ - Art. 33 CG (principio di *non refoulement*)⁸;
- iii. Art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti) ed i criteri di determinazione della domanda d'asilo stabiliti dal Regolamento del Consiglio n. 343/2003⁹;
- iv. Art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000¹⁰ sul diritto d'asilo.

La Direttiva Qualifiche contiene, infatti, decisive disposizioni volte a sciogliere il significato di alcuni termini chiave adottati dalla Convenzione di Ginevra per la definizione di "rifugiato" e di "protezione sussidiaria".

Gli aspetti più interessanti da approfondire concernono la norma che include entità non statali tra i possibili agenti persecutori (art. 6 lett. c) e la delimitazione del

dei diritti fondamentali formato dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quali principi generali di diritto comunitario, ai sensi dell'art. 6, co. 2 TCE letto alla luce della Carta UE. In verità, le implicazioni del rapporto tra disciplina comunitaria del diritto d'asilo e diritto internazionale umanitario emergeranno soltanto nello sviluppo della futura prassi: certamente, la prima non può che essere interpretata alla luce del diritto internazionale su cui si innesta. Pertanto, alla luce della clausola di primazia del diritto comunitario ed in virtù dell'azionabilità di questo innanzi ai giudici nazionali, ci si può ragionevolmente attendere che l'efficacia dei vincoli posti in materia dal diritto internazionale umanitario (innanzitutto il principio di *non refoulement*), in prospettiva, si rafforzi.

7 L'espressione richiama un ampio universo concettuale di cui non si può dare pienamente conto in questa sede (A. D'ATENA - P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello : tra Europa e stati nazionali*, Milano, 2004) e che concerne l'interazione dinamica non soltanto tra fonti promananti da diversi livelli di governo (in particolare, nazionale e sovranazionale), bensì anche tra la giurisprudenza prodotta dalle diverse Corti: A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 89-98.

8 Il principio di *non refoulement* è altresì previsto dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti - siglata nel 1984 ed entrata in vigore il 26.6.1987 (*infra* CAT, ossia "Convention against torture") - ai sensi del quale "no State Party shall expel, return (*refouler*) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture" (co. 1). Il co. 2 precisa che "for the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights".

9 Reg. (CE) 18 febbraio 2003, Regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo (c.d. Dublino II, in quanto in parte sostituisce la disciplina prevista dalla precedente Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990).

10 *Infra*, Carta UE.

concetto di appartenenza ad un particolare gruppo sociale come motivo di persecuzione (art. 10, lett. d).

Per quanto riguarda il *non refoulement* - ossia il divieto, in presenza di determinate condizioni, di allontanare un richiedente asilo - l'art. 21 della Direttiva fa riferimento alle obbligazioni contratte dagli Stati membri a livello internazionale: rilevano, in proposito, innanzitutto i limiti stabiliti dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, il quale impone agli Stati parte un divieto di espulsione o rimpatrio di rifugiati in caso di "minaccia" alla "vita o libertà" degli stessi in ragione della loro "razza, religione, appartenenza ad un particolare gruppo sociale od opinione politica".

D'altra parte, però, la regola del *non refoulement* - inteso come principio contenente un più ampio divieto di allontanamento verso Paesi ove sussiste rischio di tortura, desumibile estensivamente dall'art. 3 CEDU - integra altresì una norma di diritto internazionale generale, ulteriore fonte di riferimento per l'individuazione dei principi supremi del diritto comunitario: la Corte di giustizia, del resto, ha affermato che la violazione di una consuetudine internazionale potrebbe invalidare un atto della Comunità¹¹.

Viceversa, se si considera l'art. 3 CEDU quale divieto di tortura e trattamento inumano e degradante in senso stretto, occorre osservare che il Giudice di Lussemburgo non ha mai statuito che esso costituisca principio generale del diritto comunitario, sebbene lo consideri inderogabile. In un *obiter dictum*, infatti, ha dichiarato che il diritto alla vita così come il divieto di tortura - entrambi previsti dalla CEDU - "non ammettono restrizioni" e sono "assoluti"¹².

Inoltre, proprio in forza del disposto dell'art. 6, co. 2 TCE - essendo la CEDU fonte speciale dei principi generali del diritto comunitario - si presume che almeno ogni diritto fondamentale che in essa trova copertura rientri nella categoria dei *general principles*. In relazione alla Carta UE, infine, si osservi che l'art. 18 si riferisce espressamente al "*right to asylum*", stabilendo che esso debba essere garantito nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 e del Protocollo di New York del 1967, nonché in armonia con il Trattato CE e con il principio di *non refoulement*¹³.

Si configura, quindi, una rete intricata¹⁴ di clausole di protezione del soggetto in cerca di rifugio, inserite in fonti diverse, dotate di diverse sfere di applicabilità e

11 C-162/96, *Racke*, 1998, 45-46.

12 C-112/00, *Schmidberger*, 2003.

13 L'art. 19 della Carta UE, infatti, vieta il respingimento, l'espulsione o l'estradizione "verso uno Stato in cui esiste un rischio serio" che il soggetto sia "sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti".

14 In modo efficace, è stata usata la metafora del geroglifico: M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, p. XIII.

portatrici di *rationes* non sempre coincidenti. La finalità di questa ricerca è quella di tracciare le linee evolutive dell'asilo costituzionale in Italia, Francia e Germania e di verificare il grado di sovrapposizione tra queste discipline ed il multiforme sistema europeo di protezione, così come progressivamente si struttura in vista di un vero e proprio regime comunitario unificato.

Restano sullo sfondo, invece, le implicazioni del sistema procedurale di accesso al rifugio convenzionale, introdotto dall'altra recente fonte comunitaria in materia, la Direttiva 2005/85/CE del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato. Essa sarà presa in esame secondo una precisa posizione prospettica: quella della sua ricaduta sul diritto sostanziale, ossia sulla disciplina contenuta nella Direttiva Qualifiche, di cui tende a frustrare le potenzialità espansive, limitando il grado di effettività della protezione accordata.

La questione ancora aperta, che pervade l'intero lavoro, consiste nella prospettabilità di un diritto d'asilo autonomo ed *effettivamente* più ampio rispetto al riconoscimento dello *status* di rifugiato, con il quale tradizionalmente tende a confondersi in un processo storico di promiscuità terminologica, concettuale ed applicativa¹⁵, che si traduce in un affievolimento della tutela complessivamente garantita¹⁶.

15 Il progressivo incremento delle domande di ingresso di cittadini stranieri nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea ha determinato nei governi interessati una crescente preoccupazione per il potenziale impatto del fenomeno migratorio sugli interessi nazionali. Pertanto, anche la questione del diritto d'asilo ha risentito degli effetti stranianti di politiche volte alla tutela della sicurezza interna e dell'ordine pubblico, piuttosto che alla realizzazione degli obiettivi di protezione umanitaria che all'asilo – per definizione – appartengono. Tale tendenza si è ulteriormente accentuata a causa della recente recrudescenza del terrorismo internazionale, che ha prodotto un irrigidimento delle normative interne in materia di immigrazione ed asilo, tale da sollevare forti perplessità in merito alla loro compatibilità con gli obblighi di diritto internazionale a carico degli Stati in tema di protezione dei rifugiati e rispetto dei diritti fondamentali. F. LENZERINI, *La compatibilità dei disegni di legge della XIV Legislatura in materia di diritto di asilo con i principi di diritto internazionale relativi alla salvaguardia dei diritti fondamentali*, "Rassegna parlamentare" n. 1/04, p. 340.

16 Secondo M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris, 1989, p. 17 "l'ambiguità atiene proprio alla struttura del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo": infatti, "pur considerando che *lo scopo del Consiglio è di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri e che l'unico modo di raggiungere questo scopo è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Preambolo CEDU), gli Stati membri non intendono rinunciare alla propria sovranità, nè astenersi dal prendere misure discrezionali in nome dell'interesse generale" (trad. nostra). L'ambiguità deriva da quella ambivalenza normativa ricorrente nella CEDU che, accanto al riconoscimento del diritto ed alla garanzia della sua protezione, introduce possibilità di deroga o di affievolimento del diritto stesso. L'A. afferma la necessità di rileggere in chiave moderna il concetto di ragione di Stato ("la raison d'Etat"), tentando di darne un'accezione più ponderata ("raisonnée"), ed anche – ci sia permesso aggiungere – ragionevole. Dopo aver analizzato la struttura delle diverse clausole derogatorie contenute nelle disposizioni CEDU (quali "misure necessarie in una società democratica"), l'A. analizza la giurisprudenza di Strasburgo in materia ed i suoi riflessi sulla *lutte*

CAPITOLO I

IL QUADRO INTERNAZIONALISTICO.

LA NORMA COSTITUZIONALE E LA NATURA DEL DIRITTO D'ASILO.

«On ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers qui,
chassés de leur patrie, cherchent une retraite,
pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi, et qu'ils observent
toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions (...).
C'est le propre des Barbares de repousser les étrangers (...).»

Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625 (Libro II, Cap. II, XVI), trad. fr. P. Pradier-Fodéré, Paris, 1999.

1.1 L'istituto dell'asilo nel diritto internazionale: origini antiche di un diritto "imperfetto".

Nell'ambito del "diritto degli stranieri" o "dell'immigrazione"¹⁷, la questione del diritto d'asilo emerge con caratteri e dinamiche particolari e con prospettive di evoluzione profonda.

In ogni forma di moderno Stato democratico-pluralista, infatti, la disciplina del diritto d'asilo è ispirata a valori propri ed a criteri in parte derogatori rispetto a quelli che sovrintendono alla restante normativa sull'immigrazione, in quanto prevede uno

contre le terrorisme e sulla police des étrangers nel contesto della legislazione di alcuni Stati europei, tra cui anche l'Italia, adottando come chiavi di lettura il principio di legalità ed i fondamenti dello stato di diritto. Rintraccia altresì nell'originalità del metodo interpretativo della Corte europea, così come nella fecondità della logica giuridica sottesa alla sua prassi ermeneutica, una "véritable mutation de la pensée juridique". Di estremo interesse, inoltre, è osservare come Delmas-Marty si districi tra il livello della Convenzione e livello dell'ordinamento comunitario (che nel 1989, anno in cui l'A. scrive, aveva ancora una politica incerta in materia di diritti umani), affermando che "se è vero che le procedure di ricorso e di sanzione sono diverse tra le due Europe, di contro, il meccanismo giuridico di controllo sulle deroghe, sulle eccezioni e sulle limitazioni ai diritti protetti si sviluppa – al di là dell'ambito geografico e istituzionale considerato – seguendo le stesse due tecniche, in base alle quali la clausola derogatoria è invocata a titolo temporaneo, in ragione di circostanze eccezionali (deroghe), o a titolo permanente (eccezioni e restrizioni)" [trad. nostra].

17 B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, per la prima volta, coordina e aggiorna gli interventi più significativi della dottrina giuridica italiana in materia di immigrazione e asilo. Le analoghe esperienze straniere sono più consolidate e risalenti: *Immigration and Nationality law, Ausländerrecht, Droit des étrangers* rappresentano storicamente materie dotate di dignità autonoma. Cfr. K. GROENENDIJK, *Why a New Journal on Migration and Law*, "European Journal of Migration and Law", 1999, p.1 ss.; K. HAILBRONNER., *Ausländerrecht: Europäische Entwicklung und deutsches Recht*, "Aus Politik und Zeitgeschichte", Beiheft 21-22, 1999; ID., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, 2000; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, Paris, 2000, p. 13 ss.

status personale più favorevole e delinea, pertanto, un trattamento giuridico speciale¹⁸.

Sussiste una stretta connessione tra i principi cardine del costituzionalismo moderno – quali, in particolare, il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, l'eguaglianza e la tutela delle minoranze – e la scelta dell'ordinamento di garantire una maggiore protezione all'ingresso ed al soggiorno sul territorio statale di stranieri la cui vita, sicurezza e libertà siano in pericolo - concreto ed attuale - nel contesto di forme di Stato che negano la salvaguardia effettiva di quei medesimi principi e diritti fondamentali¹⁹.

La materia, inoltre, è particolarmente sensibile ai principali eventi storico-politici che animano le relazioni internazionali²⁰: da qui, il crescente numero di accordi stipulati per fronteggiare crisi migratorie causate da emergenze belliche o da disordini politici interni o da altre forme di persecuzione, nonché volti alla creazione di forme di "asilo provvisorio" come temporanea soluzione di redistribuzione degli oneri umanitari tra gli Stati di prima accoglienza e gli altri. Un ulteriore profilo di specialità della disciplina dell'asilo consiste nella sua originaria inidoneità ad essere qualificato come istituto specifico del diritto internazionale generale (anche se assai

18 P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1136. Si osservi che per i non cittadini non sussiste un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio dello Stato di emigrazione, né a livello di diritto internazionale né all'interno dell'ordinamento costituzionale (la materia dell'ingresso, anzi, non è neppure contemplata nella nostra Costituzione ed esso integra, secondo alcuni, un mero interesse legittimo). In entrambi i sistemi, infatti, si configura unicamente un diritto ad espatriare (come diritto di emigrazione del cittadino e contestuale libertà per lo stesso di rientrare nel territorio italiano, art. 16, ult. co. Cost.; analogamente, l'art. 13, co. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani prevede che "ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese"). Si può, tuttavia, individuare una tutela "indiretta" della libertà di ingresso nelle ipotesi in cui essa sia collegata a garanzie costituzionali indipendenti dalla cittadinanza (v. *Conseil constitutionnel*, 13.8.93, n. 325). Sul punto è decisiva la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa agli artt. 3, 8 CEDU (*infra*), su cui si veda, tra gli altri, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 232 ss. Sull'ingresso ed il soggiorno in Italia come mero interesse legittimo degli immigrati c.d. "economici", ossia degli stranieri diversi dai richiedenti asilo, si vedano Cons. Stato 27 febbraio 1952, n. 208 (*Foro it.*, 1952, III, p. 107 ss.) con nota di A. C. JEMOLO; Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1956 (*Riv. dir. internaz.*, 1957, p. 432) con nota di G. BISCOTTINI; Cons. Stato 2 maggio 1958, n. 374 (*Riv. dir. internaz.*, 1959, p. 652) con nota di A. CASSESE.

19 G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, p. 4; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 34.

20 Il diritto d'asilo, a ben vedere, si traduce nella realizzazione di concrete politiche per l'asilo: D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Parigi, 2002, p. 13. Gli A. osservano come la questione del diritto d'asilo possa essere affrontata sotto molteplici punti di vista - tra cui quello politico, economico e storico-filosofico - innanzitutto come l'emersione della "*histoire d'une violence*": all'indagine giuridica spetta, tuttavia, il particolare compito di indagare i motivi dell'esilio, le cause della persecuzione.

spiccata è la tendenza ad assumerlo come tale per la categoria dei rifugiati politici): esso, infatti, emerge caso per caso, in base a norme di diritto convenzionale o consuetudinario particolare²¹.

Successivamente ai due conflitti mondiali²², risentendo inevitabilmente degli ingenti spostamenti di persone da uno Stato all'altro, le nozioni di asilo e rifugio politico si sono trasformate, acquisendo una definizione di portata generale²³, contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951²⁴, siglata in piena guerra fredda²⁵.

L'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)²⁶ stabilisce che ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni²⁷, salvo che la persona sia effettivamente ricercata per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi fondanti le Nazioni Unite: tuttavia, tale

21 Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale è stato tradizionalmente considerato la risultante d'un complesso di norme particolari scritte e non scritte, o di comportamenti occasionali inerenti alla potestà di ciascuno Stato (ed eccezionalmente di organismi interstatuali), il quale accorda protezione permanente o temporanea nel proprio territorio o in altri ambiti di esercizio della propria sovranità ad individui o beni ad essi estranei che, intendendo sottrarsi a persecuzione di carattere politico, effettiva o potenziale, oppure costretti da vicende belliche, vi hanno trovato rifugio. M. UDINA, *Asilo (diritto di), I) diritto internazionale*, voce *Enciclopedia Giuridica*, vol. III, 1991.

22 F. BELVISI, *Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria*, "Sociologia del diritto" n. 1/1995, pp. 53 ss.

23 D. ALLAND, *Le dispositifs international du droit d'asile*, «Colloque de la SFDI sur le droit d'asile et des réfugiés», Paris, 1997.

24 Convenzione di Ginevra del 28.7.51 relativa allo statuto dei rifugiati, integrata dal Protocollo di New York del 31.1.67, che opera un ampliamento dell'ambito temporale di applicazione della Convenzione, estendendo la protezione anche alle persone rifugiate a seguito di eventi verificatisi dopo il 1.1.51.

25 La Dichiarazione sull'Asilo territoriale adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 15.12.67 (UNGA Res. 2312. XXII), inoltre, espressamente prevede che "la concessione da parte di uno Stato dell'asilo a persone che possono invocare l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo costituisce un atto pacifico ed umanitario che, in quanto tale, non deve essere considerato un atto ostile nei confronti di un altro Stato".

26 La norma è il frutto di un compromesso raggiunto a fronte della decisa opposizione della Gran Bretagna e di altre nazioni a consentire una specifica limitazione della propria sovrana discrezionalità.

27 Secondo la definizione elaborata dall'*Institut de droit international*, nella sessione congressuale di Bath del 1950, il diritto d'asilo consiste nella protezione accordata da uno Stato, all'interno della propria sfera territoriale (asilo territoriale) o in altro luogo (asilo extraterritoriale, ad es. presso missioni diplomatiche) ad uno straniero che ne faccia richiesta, in quanto perseguitato per motivi politici. Perché vi sia asilo, dunque, non è sufficiente che lo Stato di emigrazione offra allo straniero una qualche forma di rifugio, con la conseguente ammissione sul proprio territorio, ma occorre che ne assuma la protezione contro ogni forma di ritorsione eventualmente attuata da altri Stati. Nella sua veste moderna, dunque, l'asilo è espressione di una "strategia di lotta indiretta" condotta dagli Stati liberali contro gli Stati assoluti dell'*ancien régime*. In questi termini l'asilo politico è stato previsto, per la prima volta, nella Costituzione francese del 1793: "Il popolo francese dà asilo agli stranieri banditi dal loro paese per la causa della libertà e lo rifiuta ai tiranni". E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. I, pp. 421-430.

previsione è tradizionalmente considerata un mero “ideale comune” per “tutti i popoli e tutte le Nazioni”, in quanto ogni Stato è libero di determinare le condizioni per la concessione del diritto d’asilo, nel pieno esercizio della propria sovranità.

Sintomatica, a tale riguardo, la circostanza per cui l’art. 14 citato non trova alcun riscontro nei due Patti internazionali sui diritti dell’uomo delle Nazioni Unite (1966) né nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950). Al di fuori degli obblighi eventualmente risultanti da accordi internazionali, sul piano del diritto internazionale generale si rileva la totale assenza di vincoli alla libertà dello Stato di concedere o negare l’asilo sul proprio territorio²⁸. La nuova concezione dell’asilo politico – affermata, dunque, tra il secondo dopoguerra e la fine degli anni ’80 – tende a ricondurlo nell’alveo del diritto internazionale umanitario in quanto diritto fondamentale dell’individuo.

Permane, tuttavia, un irrisolto conflitto tra la nuova natura dell’asilo finalmente riconosciuta dal diritto internazionale e la “sovranità resistente” degli Stati, refrattari a riconoscerlo come diritto soggettivo perfetto²⁹ e ad assumersi gli obblighi necessari alla sua realizzazione, che la stessa Convenzione di Ginevra del 1951 – infatti - espressamente non impone, al di fuori del solo principio del *non refoulement* (artt. 32-33, divieto di espulsione o respingimento alla frontiera di un rifugiato verso un territorio in cui la sua vita e la sua libertà siano minacciate, a meno che non sussistano gravi motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale).

Tale elemento di spiccata ambiguità del diritto in questione deriva altresì dalle radici storiche dell’asilo, configuratosi originariamente come “*devoir d'accueil*” piuttosto che come vero e proprio “*droit d'asile*”³⁰. Nasce, infatti, come diritto del sovrano³¹

28 M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)*, c) diritto internazionale, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, 1958, pp. 204 ss.; A. AZARA, *Asilo (diritto internazionale)*, voce in *Nss. Dig. it.*, I, tomo II, p. 1039.

29 Si rinvia al nutrito dibattito sulla natura di diritto soggettivo perfetto dell’asilo costituzionale nell’ordinamento italiano, alla luce della celebre sentenza Cass. S.U., 12 dicembre 1996, n. 4674/97 e della più recente Cass. Sez. I Civ. 25 novembre 2005, n. 25028, che ribalta il precedente orientamento (*infra*).

30 D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, op. cit., pp. 14 e 27 ss. Gli A. distinguono, inoltre, a livello terminologico tra *droit de l'asile* e *droit d'asile*, indicando con la prima espressione il profilo di diritto oggettivo (l'insieme delle prescrizioni giuridiche che regolano la ricerca di protezione presso uno Stato estero di una persona privata della protezione del proprio Paese d'origine e di appartenenza, così come il riconoscimento od il diniego di tale rifugio da parte dello Stato cui la domanda d'asilo è rivolta), e con la seconda quello di diritto soggettivo, ovvero sia il diritto *all'asilo*.

31 Sul punto è emblematico il pensiero di Jean Bodin, il quale sostiene che «si le prince, auquel s'est retiré le fugitif, trouve qu'il soit injustement poursuivi, il ne doit pas le rendre: car même il défendu par la loi de Dieu de rendre l'esclave qui s'en est fuit en la maison d'autrui pour éviter la fureur de son maître » (J. BODIN, *Les Six livres de la République* (1576), Paris, 1986, III L., VI. Traspare anche da questa visione come - almeno fino al XVIII secolo - il diritto d'accesso degli

di accogliere sul proprio territorio colui che cerca rifugio: come diritto dello Stato, quindi, di concedere la propria protezione ad uno straniero, ovvero sia come espressione piena ed ultima della sovranità statale di estendersi anche a quei soggetti che di norma - vale a dire in virtù della cittadinanza di appartenenza o della residenza - ne sarebbero esclusi.

Il diritto d'asilo, nella storia degli Stati nazionali, è divenuto strumento tipico di politica intergovernativa atto a configurare una "protezione sostitutiva" accordata da uno Stato diverso da quello che dovrebbe garantirla, e proprio in ragione della sua inerzia, intesa sia come incapacità di proteggere i soggetti sottoposti alla propria sovranità sia come difetto della volontà di farlo. Come già visto, infatti, soltanto nel quadro giusinternazionalistico contemporaneo della promozione generale dell'individuo e della salvaguardia dei diritti dell'uomo come diritti soggettivi di libertà contrapposti alla sovranità statale - o comunque da essa svincolati -, si afferma il diritto d'asilo come diritto *all'asilo*³². Sono questi, dunque, i due volti storici del diritto d'asilo: esso è contestualmente facoltà discrezionale dello Stato e diritto soggettivo dell'individuo, ovvero espansione massima della sovranità statale e aspirazione di diritto e di appartenenza alternativa a quella di origine.

Le due identità sembrano, inoltre, inconciliabili in quanto rispondono a logiche contrapposte e producono conseguenze diametralmente diverse: infatti, la consacrazione di un vero e proprio diritto *all'asilo* pregiudica l'assoluta discrezionalità degli Stati nella determinazione dei beneficiari della propria protezione, che costituisce uno degli elementi chiave della loro sovranità.

Ed è proprio intorno a questa tensione fondamentale che si è sviluppato il moderno dibattito dottrinale e giurisprudenziale. La concezione giusinternazionalistica contemporanea dell'asilo risente fortemente della genesi storica dell'istituto³³, legato ad un concetto fondamentale di inviolabilità o immunità³⁴. Tuttavia, se ne distanzia

stranieri in cerca di rifugio nel territorio di uno Stato non può in alcun modo riposare sulla filosofia dei diritti della persona, ma bensì sul diritto naturale ovvero sugli usi comuni alle nazioni civili.

32 D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, *ibidem*.

33 Per una premessa storica relativa all'età antica si rinvia a G. CRIFO', *Asilo (diritto di)* - a), voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 191 ss., e per il medioevo a P. CIPROTTI, *Ivi* - b), p. 198 ss.

34 L'etimo è *ασυλία*: da *α* privativo e *συλάω*, *spoliare*. Il vocabolo rimanda ad un'idea negativa di eccezione al saccheggio in virtù di una valutazione di carattere religioso-sacrale, che suggerisce di estendere all'individuo o alla cosa che venga in contatto con un luogo sacro la protezione che la divinità ha assicurato a tale sede. Occorre, tuttavia, distinguere l'*asilìa* dalla *κερεία*: mentre il primo termine indica l'istituto giuridico del diritto d'asilo, da cui discendono diritti e obblighi, il secondo si limita a definire la generica protezione che nasce dalla paura della divinità che si presume oltraggiata dalla violazione del luogo sacro a lei dedicato. L'elemento che segna l'evoluzione giuridico-sociale dell'asilo, dunque, è l'insorgenza del relativo riconoscimento statale del rapporto tra individuo (o cosa) e luogo particolare al quale l'autorità stessa abbia attribuito il privilegio dell'immunità ovvero

in modo significativo nella misura in cui non configura più un asilo "interno"³⁵, ovvero una forma d'immunità³⁶ territoriale o personale concessa nell'ambito di una comunità sottoposta al medesimo potere sovrano, come prevalentemente avveniva, invece, nel mondo antico e medievale³⁷. Rispetto alla sua fase genetica, inoltre, mutano le finalità. Nell'età antica, ma soprattutto nell'alto medioevo, l'asilo rispondeva ad un bisogno collettivo di sicurezza ovvero alla necessità di contrastare - attraverso la creazione di luoghi separati ed inviolabili - la devastazione periodica delle invasioni barbariche, le stragi di guerra e le vendette private³⁸. Si trattava, altresì, di uno strumento particolare di mitigazione del rigore legislativo e di limite all'esercizio della giustizia, soprattutto di quella penale³⁹, nonché di estrinsecazione

rispetto al quale l'agente persecutore sia tenuta ad arrestarsi. Si osservi, comunque, che anche nella Grecia classica non si ebbe mai un diritto d'asilo generalizzato, bensì una costellazione di siti neutrali ove l'individuo *ἄσυλος* era salvaguardato da qualsiasi turbamento alla persona ed ai beni da parte degli abitanti del paese che attribuiva il privilegio, e del quale normalmente godevano categorie di soggetti dotate di elevata stima sociale (D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 19).

35 Sebbene sopravviva un'importante prassi di questo tipo, che è l'asilo diplomatico (ovvero extraterritoriale, *supra* n. 10) quale protezione accordata da parte di uno Stato al di fuori della propria sfera territoriale tramite agenti operanti entro il territorio di uno Stato straniero) ad individui sottoposti alla propria sovranità che intendano sottrarsi alla giustizia locale, l'aspetto più dinamico del diritto d'asilo è senz'altro la dimensione internazionale che progressivamente acquisisce.

Dal punto di vista storico, si consideri che quando la riflessione filosofica si concentra sulla sovranità statale e sul suo elemento territoriale nonché sulla repressione penale, l'asilo interno tende a scomparire sia come dovere sia come diritto. Tra gli intellettuali illuministi colui che si scagliò contro l'istituto dell'asilo interno, mostrandosi più favorevole all'accoglienza degli stranieri in fuga da tiranni, fu Cesare Beccaria (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764 - rist. Milano, 1964). Sotto un profilo più strettamente tecnico-giuridico, l'asilo extraterritoriale non sostanzia una mera manifestazione della libera discrezionalità dello Stato che lo concede: esso è ammissibile soltanto se previsto in apposito accordo internazionale ovvero in quanto sussistano norme generali che obblighino lo Stato territoriale a tollerare una situazione di ospitalità-immunità da parte di agenti esterni, nell'ambito della sfera spaziale loro concessa per l'assolvimento delle proprie funzioni (M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)* - c) *Diritto internazionale*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 209 ss.).

La sentenza del 20 novembre 1950 della Corte internazionale di Giustizia, in merito ad una controversia tra Colombia e Perù, distingue efficacemente tra asilo territoriale ed asilo diplomatico, statuendo che nel primo caso una decisione relativa all'extradizione del rifugiato "implica solamente il normale esercizio della sovranità territoriale (...) ed una decisione di concedergli asilo non deroga affatto alla sovranità di tale Stato", e che viceversa nel secondo caso "il rifugiato si trova nel territorio dello Stato nel quale egli ha commesso il delitto", essendo pertanto la decisione di accordargli l'asilo diplomatico una sottrazione del reo alla giustizia competente ossia una "deroga alla sovranità statale".

36 Nel diritto ecclesiastico, la categoria dell'*immunitas* - che comprende tutti i privilegi ecclesiastici - acquista autonomia rispetto all'istituto dell'asilo soltanto dopo il Medioevo, nell'elaborazione delle somme di Giovanni da Faenza e di Ugucione.

37 Si consideri, infatti, che benchè la tradizione giudaico-cristiana sia arrivata a concepire un diritto d'asilo riconosciuto allo straniero, non è stata mai la qualità in sè di non cittadino a rilevare (D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 25).

38 P. CIPROTTI, cit., pp. 198-199.

39 A tale proposito, si pensi alla pratica della *intercessio*, sviluppatasi presso le chiese cristiane a partire dal IV secolo, come richiesta di clemenza avanzata dai chierici innanzi al giudice o

di un'aspirazione ideale alla solidarietà tra i membri del genere umano⁴⁰. Tuttavia, la sua ambigua natura di diritto "imperfetto"⁴¹ affonda le radici nel diritto internazionale classico⁴², senza soluzione di continuità rispetto alle fasi storiche precedenti.

Si noti che, in una prima accezione, il termine *asilo* è impiegato nella pratica internazionale per indicare la protezione ed il rifugio accordati dallo Stato *entro la propria sfera territoriale* ad individui che vi siano entrati per sfuggire alla giustizia o per sottrarsi ad un'insostenibile situazione oggettiva esistente nel territorio dello Stato cui appartengono (c.d. asilo territoriale o asilo esterno). Il fenomeno del rifugio è parzialmente diverso: si tratta della tolleranza da parte di uno Stato neutrale

all'imperatore a favore di quanti si rivolgevano al vescovo o al clero proprio affinché potesse intercedere presso l'autorità pubblica per mitigarne la condanna.

40 H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* (1625), rist. anast. Aalen, 1993, libro II, cap. XXI, il quale - tuttavia - considera che la possibilità di offrire rifugio all'interno di uno Stato a colui che ha violato il diritto di un'altro è fattore di discordia internazionale: pertanto, l'asilo deve essere concesso solo a coloro che sono "vittime di un odio ingiusto" e non a chi ha commesso qualcosa di nocivo per la società (libro II, cap. II). L'idea solidaristica che fonda la dottrina dell'asilo in Grozio riconduce l'istituto a quelle "cose che l'umanità condivide", nel senso che il territorio non può costituire la proprietà particolare di un popolo, bensì deve restare aperto all'accoglienza (*ibidem*, XIII). Appare alquanto icastica la citata immagine dell'odio ingiusto: essa può efficacemente preludere alla nostra trattazione del tema della "persecuzione", rivelando che si tratta di un elemento chiave per la disamina del diritto d'asilo.

41 E' Christian Wolff che introduce la distinzione tra "diritto perfetto" e "diritto imperfetto", a seconda che sia il contrattare di un'obbligazione inderogabile o meno (C. WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1764, Clarendon Press - 1934, libro IX, cap. II, XXI, trad. nostra). In quest'ottica, pertanto, esistono due specie di diritti: quelli "perfetti", come il diritto all'autoconservazione o all'autodifesa, che rispondendo all'esigenza di tutelare il bene vita possono essere difesi con la forza; e quelli "imperfetti" che - come il diritto a ricevere l'altrui assistenza - dipendono dalla volontà altrui e sono ad essa subordinati. La mancata volontà di fornire asilo, dunque, non è sanzionabile in quanto esso è totalmente rimesso alla discrezionale - ed insindacabile - valutazione che il singolo compie sulla potenziale dannosità che l'atto umanitario comporta: nessuno, dunque, può essere legittimamente coartato ad adempiere ai suoi "doveri di umanità" (*ibidem*, libro I, cap. III, XVII).

42 Samuel Pufendorf - pur richiamando Grozio in alcuni passaggi essenziali - suggerisce espressamente di subordinare la prassi della concessione dell'asilo all'interesse dello Stato ospitante: ne riconosce l'aspetto umanitario-solidaristico, ma non ritiene che vi sia un'obbligazione di diritto naturale consistente nel "ricevere e dare rifugio *indifferentemente* a tutti gli stranieri" (S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, London, 1672, libro III, cap III, IX). L'A. sostiene, infatti, che in caso di stranieri espulsi dai propri Paesi "per un motivo che li rende degni di compassione" e senza che "il loro insediamento nel nostro Paese possa in alcun modo contrastare con l'interesse generale, l'umanità consente a che si conceda loro questa grazia, che non è pericolosa nè troppo onerosa" (*ibidem*, X, trad. nostra). Analogamente, Wolff definisce l'esilio come la situazione di chi lascia la terra d'origine "senza marchio d'infamia", distinguendo tra "esuli" e "supplici" ma precisando che l'asilo è sempre una prerogativa statale (C. WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, op. cit., libro IX, cap. II, XX, trad. nostra).

verso la penetrazione nel proprio territorio - in tempo di guerra - di navi od aeromobili militari di Stati belligeranti (o di reparti delle loro forze armate).

Dal momento che, in forza di una norma internazionale consuetudinaria, ogni Stato è obbligato a rispettare l'altrui sovranità territoriale ovvero a non fare ingresso né in alcun modo ad intervenire sul territorio di Paesi con cui intercorrano rapporti di pace, la sfera territoriale di uno Stato che dia asilo costituisce per l'individuo in questione uno spazio protetto (almeno finché egli sia ammesso a soggiornarvi). Secondo la dottrina, a ben guardare, tale rifugio presenta più propriamente i caratteri dell'asilo solo allorché vi sia da parte dello Stato ospitante non un mero atteggiamento di tolleranza, bensì un comportamento attivo di assunzione degli oneri della protezione del soggetto, nel senso di un impegno a non dar seguito alle richieste di consegna avanzate dalle autorità del Paese di cui questo sia cittadino o cui spetti la relativa giurisdizione⁴³.

Trattandosi essenzialmente della mera libertà di un membro della comunità internazionale di disporre del proprio territorio, la rilevanza giuridica dell'asilo territoriale a livello internazionale risiede nella configurabilità di norme internazionali - di origine consuetudinaria o pattizia - che istituiscano dei limiti all'assolutezza di tale discrezionalità, o nel senso dell'introduzione di obblighi di estradizione⁴⁴ ovvero di divieti di *refoulement*⁴⁵.

La realtà di una materia refrattaria a qualsiasi vincolo di diritto internazionale generale emerge, però, con chiarezza nella duplice direzione indicata: da un lato, i

43 M. GIULIANO, cit., p. 205.

44 Gli obblighi di estradizione sono posti in fonti pattizie o particolari, ossia in accordi internazionali, prevalentemente bilaterali ma talora anche multilaterali: da questi trattati discende un limite indiretto, ma pregnante, alla libertà di concedere asilo territoriale degli Stati parte della convenzione. Tali norme, infatti, fondano il diritto di ogni Stato contraente di chiedere ed ottenere la consegna dei soggetti imputati o condannati dalle proprie autorità per la commissione di determinate categorie di fattispecie criminose. Sebbene vi sia una stretta relazione tra asilo ed estradizione ("*in so far as refusal of extradition may amount to the granting of asylum and ... extradition means denial of asylum*"), il primo ha una portata più ampia in quanto comprende alcune facoltà statali in più, quali il diritto a non espellere l'asilante, ad ammetterlo sul proprio territorio, a consentirgli il soggiorno, nonché il "diritto a non perseguirlo, punirlo o comunque a restringere la sua libertà" (A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, London, 1980, p. 12).

45 Di particolare interesse, sul punto, la nostra disposizione costituzionale dell'art. 10, co. 4 - ai sensi della quale "non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici" - stabilisce di un divieto di estradizione che può tradursi in vero e proprio asilo territoriale, nella misura in cui l'obbligo di non estradare integra anche un divieto di espulsione quale strumento di estradizione "mascherata" (M. GIULIANO, cit., p. 206). Un esempio più eclatante di indiretta limitazione convenzionale della libertà degli Stati in materia di asilo è l'art. 33 della Convenzione di Ginevra sul *non refoulement*: la norma impone, infatti, agli Stati contraenti un divieto di espulsione o rimpatrio di rifugiati in caso di "minaccia" alla "vita o libertà" degli stessi in ragione della loro "razza, religione, appartenenza ad un particolare gruppo sociale od opinione politica".

governi hanno sempre inequivocabilmente manifestato la convinzione di non sentirsi internazionalmente obbligati a concedere l'estradizione se non per espressa clausola pattizia⁴⁶; dall'altro, l'inesistenza di obblighi internazionali generali a concedere l'asilo è opinione consolidata della dottrina⁴⁷ nonché riflesso del granitico atteggiamento sinora assunto dagli Stati, profondamente riluttanti ad accettare in materia gli stessi obblighi di natura convenzionale⁴⁸.

La concessione dell'asilo territoriale, dunque, non sostanzia mai - in quanto tale - una violazione di obblighi giuridici dello Stato verso altri Stati, se non nei limiti delle previsioni convenzionali eventualmente stipulate tra i Paesi in questione, né configura un illecito internazionale, a meno che lo Stato di rifugio ometta di provvedere al controllo degli individui ammessi a soggiornare sul proprio territorio al fine di impedire che ivi impiantino la base di attività offensive a danno di altri Stati⁴⁹.

La Risoluzione sull'asilo nel diritto internazionale pubblico, emessa nel 1959 dall'*Institut de droit international*, ha consolidato tali prassi diplomatiche cristallizzando al suo art. 2 la nozione di asilo territoriale: *"Ogni Stato che, nell'adempimento dei suoi doveri di umanità, accordi asilo sul proprio territorio, non incorre per questo fatto in alcuna responsabilità internazionale (co. 1). Non si ha responsabilità internazionale dello Stato, a causa delle attività della persona cui è stato accordato asilo, che alle stesse condizioni nelle quali la si avrebbe a causa delle attività di un qualsiasi altro individuo presente sul territorio. Tale regola si applica tanto nell'ipotesi che lo Stato sia in grado, se del caso, di espellere l'individuo che ha avuto asilo, quanto nell'ipotesi che l'espulsione sia resa impossibile dal rifiuto degli altri Stati di riceverlo (co. 2)"*.

46 Cfr. Corte Suprema USA in *Factor c. Laubheimer, U.S. Marshal* (1933), ove si afferma che "I principi dell'ordinamento giuridico internazionale non riconoscono un diritto soggettivo all'estradizione all'infuori di un accordo internazionale. E mentre un governo, se questo sia conforme alla sua costituzione ed alle sue leggi, può volontariamente esercitare il potere di consegnare un fuggitivo dalla giustizia al Paese dal quale esso è sfuggito, ed anzi è stato detto che un governo sarebbe moralmente obbligato a ciò, (...), il diritto soggettivo di domandare la sua estradizione ed il correlativo obbligo giuridico di consegna (...) sussiste solamente in quanto creato da un accordo internazionale" (<http://supreme.justia.com/us/290/276/case.html>).

47 Vi sono, tuttavia, autorevoli voci dissonanti: A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, 1966, vol. II, p. 4 ss.; D. BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Paris, 2001, p. 42 ss.

48 A tale riguardo, è emblematico il comportamento del Governo inglese in occasione della stipula della Convenzione del 1933 sulla condizione dei rifugiati.

49 Tuttavia, il diritto internazionale generale non impone misure specifiche a tale scopo.

Il contraltare dell'assenza di responsabilità internazionale in materia, secondo la dottrina internazionalistica tradizionale, è la non configurabilità piena di un diritto soggettivo dell'individuo all'asilo sul territorio di determinati Stati: dalle limitazioni poste dalle norme internazionali convenzionali, infatti, discende soltanto un obbligo "relativo", ossia di uno Stato verso gli altri Stati parte dell'accordo.

Lo stesso art. 14 della Dichiarazione universale - in quest'ottica - si limita a fondare l'obbligo di ogni Stato contraente di adattare il proprio ordinamento interno al fine di garantire il diritto d'asilo territoriale agli individui in possesso di determinati requisiti.

Del resto, non è neppure possibile definire con rigore il contenuto della protezione che il diritto d'asilo, sul piano internazionale, comporta⁵⁰: certamente, lo Stato d'accoglienza è tenuto a garantire lo straniero contro l'esercizio della giurisdizione da parte di altro Stato⁵¹ nonché contro possibili danni alla vita od all'integrità fisica, che eventualmente l'asilante subisca - ad opera di entità statali e non - poichè privo della protezione del Paese d'origine⁵².

La sola traccia di evoluzione da diritto "imperfetto" a sistema di vincoli più stringenti a carico degli Stati è riscontrabile nell'unico atto di diritto internazionale incentrato unicamente sull'asilo territoriale - la Dichiarazione delle Nazioni unite del 1967⁵³ - ove, pur essendone ribadita la natura di mera prerogativa statale nell'esercizio pieno della sovranità nazionale, si tenta di orientare la prassi internazionale verso un modello di gestione condivisa delle emergenze umanitarie, secondo il criterio della distribuzione degli oneri o *burden sharing* (art. 2), ed altresì si definisce il contenuto minimo della protezione come divieto di allontanamento in caso di pericolo concreto per la vita o l'integrità fisica dello straniero ovvero *non refoulement*.

Il cammino storico compiuto dal diritto d'asilo a livello internazionale resta, comunque, imponente, poichè si passa da un sistema precario di aiuto ai rifugiati e limitato ad una categoria di persone nella sola Europa ad una protezione universale di cui possono beneficiare milioni di rifugiati in tutto il mondo⁵⁴.

50 G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, (II ed.), p. 174; A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees*, cit., pp. 186-190, il quale sostiene che in caso di cattura del rifugiato e di suo coattivo rimpatrio nello Stato di provenienza, quest'ultimo sia obbligato ad estradare il soggetto verso il Paese che gli aveva concesso l'asilo (su richiesta di questo), quand'anche l'azione fosse interamente imputabile ad un soggetto privato.

51 A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 1.

52 Si tratta della principale differenza tra asilo e rifugio (o asilo temporaneo), *ibidem*.

53 *Supra*, nt. 18.

54 E. M. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, "Rivista dei diritti dell'uomo", 2001, p. 537. Gli accordi

La svolta è da rintracciarsi nel nazismo e nelle sue pratiche di repressione e sterminio: la natura giuridica del problema muta profondamente, in quanto le vittime della persecuzione nazista non sono apolidi, continuando a beneficiare – almeno formalmente – del possesso di una nazionalità. La negazione della protezione dello Stato di appartenenza – ed anzi la sua diretta responsabilità nelle violenze subite – non emerge più, dunque, dalla privazione della cittadinanza.

Ai sensi della Convenzione del 10 febbraio 1938 relativa ai rifugiati tedeschi, pertanto, la definizione di rifugiato subisce uno slittamento semantico decisivo, nel senso di includere “le persone che hanno posseduto o non hanno posseduto la nazionalità tedesca, o non hanno posseduto alcuna altra nazionalità, e che non godono di alcuna forma di protezione da parte del governo tedesco, di diritto o di fatto”⁵⁵.

In conclusione, accanto alla tecnica normativa dei primi accordi internazionali in materia – i quali mirano a colmare, a livello giusinternazionalistico, l'assenza di protezione personale configurata come perdita della cittadinanza -, il quadro si evolve verso un sistema di garanzia più ampio e basato su presupposti diversi, ossia orientato anche verso coloro che conservano la nazionalità del proprio Paese d'origine⁵⁶.

internazionali adottati a partire dal 1922 si applicavano solo a particolari categorie di rifugiati, in particolare migliaia di russi (a seguito della rivoluzione del 1917), più di un centinaio di migliaia di armeni ed assiro-caldei, ma anche siriani, curdi e turchi, anch'essi vittime di massacri: fu in quella fase storica che la Società delle Nazioni - soprattutto per impulso di Frdtjof Nansen, il primo Alto Commissario per i rifugiati - decise di dotarsi di strumenti convenzionali *ad hoc*. All'Accordo del 12 maggio 1926, relativo al rilascio di documenti di riconoscimento ai rifugiati russi e armeni, si deve la prima definizione convenzionale di rifugiato: ossia "ogni cittadino russo che non gode più della protezione del governo dell'URSS e che non ha acquisito altra nazionalità". Si tratta, a bene vedere, ancora di una definizione basata sul criterio determinante della nazionalità di appartenenza. Il secondo tassello normativo è costituito dalla Convenzione relativa allo statuto internazionale dei rifugiati del 28 ottobre 1933, atto che consolida le disposizioni particolari rinvenibili nei diversi accordi: grazie ad essa, si addiène alla codificazione del principio fondamentale di *non refoulement*. L'origine del divieto di allontanamento dei rifugiati verso il proprio Paese d'origine, quale elemento fondamentale di protezione dalle persecuzioni – risale all'adozione da parte del governo russo di una legge repressiva che negava la cittadinanza ai rifugiati di origine russa e prevedeva la pena di morte per tutti coloro che avevano abbandonato il territorio russo senza autorizzazione.

55 *Ivi*, p. 538.

56 F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995, p. 66. Si consideri, tuttavia, che - durante la Seconda guerra mondiale – l'azione internazionale in favore dei rifugiati è fisiologicamente limitata dal fatto che gli stessi Paesi d'asilo sono coinvolti, se non altro come teatro bellico. La Società delle Nazioni, inoltre, attraversa una grave crisi politica, all'indomani dell'uscita della Germania nel 1934 e dell'esclusione della Russia nel 1939: la protezione giuridica dei rifugiati è affidata al CIR (*infra*).

Entra in scena un nuovo criterio definitorio, che tende a sostituirsi a quello tradizionale dell'origine nazionale: la persecuzione⁵⁷.

L'organismo che gestisce la protezione dei rifugiati, nel periodo bellico, è il Comitato intergovernativo per i rifugiati (CIR), il cui mandato si estende ad “ogni individuo, ovunque egli si trovi, che, a causa di eventi intervenuti in Europa, ha dovuto abbandonare o dovrà abbandonare il proprio paese di residenza per pericoli che minacciano la sua vita a causa della sua razza, della sua religione o delle sue opinioni politiche”. Nel 1946, infine, quando il mondo è attonito innanzi alle reali dimensioni dei crimini commessi dal nazismo, nasce l'Organizzazione internazionale per i rifugiati (OIR), il cui statuto si conforma ai fini ed ai principi della Carta delle Nazioni unite ed introduce una nuova definizione di rifugiato, seppure ancorata alla concezione classica degli accordi internazionali degli anni '30. Essa stabilisce un nuovo sistema di eleggibilità individuale che trascende l'appartenenza ad una categoria specifica collettivamente determinata, incentrandosi sul singolo e sulla sua storia personale: la codificazione di questo principio si realizza con la Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 giugno 1951⁵⁸.

Eppure, malgrado l'intenso percorso evolutivo che la materia ha compiuto, non esiste un organico regime internazionale sull'asilo, giuridicamente vincolante, bensì soltanto un coacervo di norme “incerte, parcellizzate, limitate ed ambigue”⁵⁹, che ne confondono la fisionomia, sempre oscillante tra diritto umanitario e prerogativa statale di sovranità territoriale.

1.2 Il dibattito in Assemblea costituente e la formulazione dell'art. 10, co. 3 della Costituzione italiana.

Il riconoscimento del diritto di asilo territoriale ha trovato nel comma 3 dell'articolo 10 una formula ampiamente garantista, tra le più ampie e lungimiranti nel panorama

57 Si desume *a contrario* anche dall'art. 1, co. 2 della citata Convenzione del 1938, ove si statuisce che “una persona non può ricevere la qualifica di rifugiato se ha abbandonato la Germania per motivi di pura convenienza personale”.

58 Sul contenuto della disciplina convenzionale non ci soffermiamo in questa sede, rinviandone la trattazione al cap. II, par. 2.2.

59 E. ZOLLER, *Le droit d'asile. Bilan des recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie*, in Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye, *Droit d'asile*, La Haye, 1989, p. 16 ss.

europeo⁶⁰. Infatti, mentre le costituzioni degli altri Paesi si limitano in molti casi a rinviare alla legge la definizione dei presupposti per la concessione dell'asilo⁶¹, oppure precisano che l'interessato deve essere oggetto di persecuzione politica nello Stato d'origine⁶², la nostra Carta fondamentale "non si limita ad offrire asilo a chi sia colpito o perseguitato perché sostenitore di idee e tendenze politiche ritenute degne di approvazione, ma considera perseguitato, colpito e meritevole di asilo chiunque sia cittadino di Paese nel quale non siano effettivamente riconosciute le fondamentali libertà democratiche dell'uomo"⁶³.

Esaminando i lavori preparatori dell'Assemblea costituente⁶⁴, si individuano tre atteggiamenti principali: quello assunto dai comunisti, che proponevano di vincolare la concessione del diritto al requisito della persecuzione conseguente alla difesa dei diritti di libertà e del lavoro, escludendo chi non fosse attivamente perseguitato da uno Stato estero in quanto "difensore" egli stesso di quei diritti, ma fosse comunque impedito nel godimento dei diritti fondamentali⁶⁵. La seconda posizione era espressa dai socialisti e da alcuni deputati di centro-destra: da un lato, si esigeva che i diritti per la cui difesa un perseguitato straniero doveva aver lottato erano quelli della Costituzione italiana; dall'altro, si ribadiva la volontà di escludere dal godimento del diritto i delinquenti comuni, che dimostrassero il mancato rispetto nel proprio Paese delle libertà garantite in Italia. La terza corrente di pensiero rappresentava la convergenza di socialdemocratici e democristiani, i quali si ispiravano al principio del riconoscimento dell'asilo a tutti gli stranieri cui fosse negato di fatto – a prescindere dall'astratta previsione nelle costituzioni degli Stati di provenienza – l'esercizio dei diritti di libertà protetti dalla Costituzione italiana, abolendo il riferimento alla "necessaria persecuzione".

Fu quest'ultima posizione⁶⁶ a prevalere attraverso la scelta della massima estensione della sfera dei possibili beneficiari, essendo stato eliminato qualsiasi riferimento sia

60 F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, "Politica del diritto" n. 1/2004, p. 151.

61 Vedi art. 4, co. 4 Cost. finlandese; art. 2, n. 2 Cost. Paesi Bassi; art. 13, n. 4 Cost. spagnola.

62 Vedi art. 53, co. 1 Cost. francese del 1958; art. 16, par. 1 *Grundgesetz* tedesco; art. 15, co. 2 ult. alinea Cost. greca; art. 33, n. 7 Cost. portoghese.

63 C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) – Diritto Costituzionale*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 222.

64 Il testo risultante dalla discussione svolta in seno alla I Sottocommissione della Commissione dei 75 era così formulato: "Lo straniero cui vengono negati nel proprio Paese i diritti e le libertà sanciti dalla presente Costituzione ha diritto d'asilo sul territorio dello Stato".

65 Una visione similmente ristretta della concessione del diritto d'asilo trovava richiami comparati sia nella Cost. sovietica del 1936 che in quella francese del 1947.

66 Cfr. intervento dell'On. Treves nella seduta antimeridiana dell'11 aprile 1947, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. I, p.794.

all'atteggiamento – ideologico o politico – del soggetto, sia all'atteggiamento delle autorità estere nei suoi confronti.

L'unico requisito previsto consiste in un elemento obiettivo, ovvero nel dato per cui lo Stato estero, dal quale il richiedente asilo fugge, impedisca il godimento dei fondamentali diritti liberal-democratici garantiti dalla nostra Costituzione.

Tale inquadramento storico avvalorava l'interpretazione dell'art. 10, co. 3 Cost. condivisa dalla dottrina e dalla recente giurisprudenza quale diritto soggettivo perfetto dello straniero - al quale nel suo Paese sia effettivamente negato l'esercizio anche di una sola delle nostre libertà – di entrare e soggiornare nel territorio dello Stato italiano, almeno al fine della presentazione della domanda d'asilo alle autorità italiane, diritto immediatamente azionabile anche in mancanza delle leggi ordinarie che fissino alcune condizioni per il suo esercizio⁶⁷.

Ad ogni modo, è opportuno considerare che l'insieme degli stranieri titolari del diritto d'asilo previsto in Costituzione è ben più ampio di quello dei soli perseguitati individuali definito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato⁶⁸, poiché comprende anche quei soggetti che fuggano dal proprio Paese per la necessità di salvare la propria vita, sicurezza o incolumità dal pericolo grave ed attuale derivante da situazioni di conflitto, guerra civile, disordini gravi e generalizzati, ferma restando la legittimità di misure statali volte a limitare l'ammissione degli stranieri nel territorio nazionale nel solo caso di esodo di massa⁶⁹.

Per precisare ulteriormente l'estensione dell'ambito soggettivo di efficacia della norma ex art. 10, co. 3 Cost.⁷⁰, si ritiene che vi siano ricompresi anche gli apolidi,

67 C. ESPOSITO, cit. p. 222 e 224; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975-1976, II, pp. 1049 e 1156; A. CASSESE, voce *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, I, pp. 526, 531 ss., 534; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988, pp. 168 e 173 ss.; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, p. 111 ss.; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, 1993, p. 377 ss.

68 Così in dottrina A. CASSESE, cit., p. 531 ss.; G. CONETTI, *Rifugiati*, voce *Noviss. Dig. it., App.*, vol. VI, Torino, 1986, p. 821 ss.; P. ZIOTTI, cit., pp. 168 e 173 ss. In giurisprudenza da ultimo Cass., sez. un. civ., sent. 12 dicembre 1996, n. 04674/97.

69 In tal senso si pronunciano C. ESPOSITO, cit., p. 225; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1985, p. 35; A. BERNARDI, *Asilo politico*, voce *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 427; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali: l'esperienza italiana*, "Riv. crit. dir. priv.", 1992, p. 230. La possibilità di introdurre un tetto numerico massimo di ingressi di richiedenti asilo, nell'ipotesi di esodi di massa, era stata già prospettata durante i lavori dell'Assemblea costituente dall'on. Nobile, in certo senso "profetico" se si pensa agli esodi degli albanesi nel 1991 e nel 1997.

70 Non rientrano tra coloro che possono godere del diritto d'asilo gli stranieri naturalizzati, così come gli italiani non appartenenti alla Repubblica, che la nostra Costituzione tendenzialmente

poiché una loro esclusione non rispetterebbe gli intenti dei Costituenti. La concessione del diritto d'asilo, infatti, prescinde dal fatto che lo straniero abbia la nazionalità dello Stato nel quale non può esercitare i diritti fondamentali di libertà: lo scopo della previsione costituzionale è quello di consentire il soggiorno nel nostro Paese a tutti i non cittadini che non possono godere delle libertà garantite in Italia nello Stato estero al quale sono stabilmente legati, ovvero del quale siano cittadini o nel quale risiedano abitualmente pur essendo apolidi.

L'espressione volutamente "aperta" della nostra norma costituzionale, inoltre, comporta l'inclusione nella categoria degli esuli anche di coloro i cui diritti fondamentali siano conculcati non da uno Stato – definibile come tale ai sensi delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – bensì da forze militari e paramilitari che ad esso si affianchino o sostituiscano⁷¹.

Tuttavia, dal momento che tra le libertà fondamentali riconosciute dalla nostra Carta non è espressamente prevista anche quella di operare contro la Costituzione – verso la quale sussiste, viceversa, l'obbligo positivo di rispettarla – la protezione di cui all'art. 10, co. 3 non si estende a coloro che abbiano compiuto atti contrari alla costituzione del proprio Paese e siano perseguiti nelle forme legali⁷². Pertanto, ai sensi del disposto del comma 3, la garanzia potrebbe coprire – al limite – chi, perseguito per attività anticostituzionale, è sottoposto ad un ordinamento che non rispetta i principi fondamentali di legalità, irretroattività ed umanità delle pene⁷³.

assimila ai cittadini (ad es. per l'ammissione ai pubblici uffici ed alle cariche elettive). Tuttavia, la legge n. 39/1990, all'art. 13 co. 1, estende l'applicazione delle disposizioni in essa contenute "in quanto più favorevoli, anche ai cittadini dei Paesi comunitari e agli apolidi nonché ai cittadini o ex cittadini italiani o ai cittadini stranieri di origine italiana che rientrino nel territorio nazionale": il requisito della cittadinanza italiana o europea, dunque, non potrà mai configurare situazioni anche solo teoricamente più gravose di quelle riconosciute agli stranieri.

71 E' interessante, a tale riguardo, stabilire una comparazione con il diritto tedesco. Una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, infatti, ha accolto il ricorso diretto presentato da alcuni cittadini afgani richiedenti asilo politico in Germania, perché fisicamente minacciati in patria da parte di milizie di *mujaidin*, per aver precedentemente appoggiato il regime comunista rovesciato nel 1992, ed ai quali il diritto d'asilo era stato negato dalle autorità amministrative e dal Tribunale amministrativo federale. Il Tribunale Costituzionale federale, pur richiamando la definizione di persecuzione politica – che per essere tale deve essere perpetrata da uno Stato -, afferma che siano ad essa equiparabili, in quanto emanazioni di un potere al quale l'individuo non può sottrarsi, le persecuzioni operate da milizie che controllano il territorio. Si tratta di uno dei rari casi in cui il BVfG non rigetta il ricorso individuale in tema di diritto d'asilo nonché di una pronuncia assai significativa, dal momento che ritiene prevalente il criterio di discriminazione sostanziale rispetto a quello formale, riconoscendo implicitamente i limiti del criterio formale della statualità in rapporto all'effettiva garanzia dei diritti fondamentali (BVfG, ordinanza 10.8.2000, in "EuGRZ" 2000, p.388).

72 C. ESPOSITO, voce *Asilo*, cit., p. 223.

73 *Ibidem*.

Eppure, leggendo questa norma congiuntamente all'ultimo comma dello stesso art. 10 Cost. - il quale non ammette estradizione dello straniero per reati politici – si deduce che, se non altro, il divieto di rimpatrio od espulsione è esteso a chi sia perseguito o perseguibile per l'attività politica svolta⁷⁴. E' opportuno, tuttavia, sottolineare che non è propriamente il diritto d'asilo costituzionale ad essere riconosciuto a chi rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 10, co. 4 Cost., bensì il solo divieto di estradizione ossia di consegna dello straniero affinché sia sottoposto alla giurisdizione penale competente. Inoltre, non è stato univocamente chiarito se – in questo caso – sia garantito un vero e proprio diritto di soggiorno assimilabile a quello riconosciuto al titolare dello *status* di rifugiato convenzionale, ovvero si tratti di una mera condizione giuridica personale di inespellibilità sprovvista di un quadro organico di diritti e doveri.

Sempre con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 10, co. 3 Cost., poi, resta escluso l'asilo extraterritoriale, che trova fondamento – secondo autorevole opinione dottrinale - nell'art. 2 Cost. come norma che impone anche all'autorità pubblica di proteggere i diritti inviolabili dell'uomo (o quantomeno di agire nel loro rispetto)⁷⁵ sia nei confronti dei cittadini sia degli stranieri, eventualmente anche prestando loro rifugio qualora siano vittime di persecuzione nei diritti fondamentali⁷⁶.

Questa prima analisi della disposizione costituzionale, in verità, non esaurisce l'indagine sul retroterra storico-politico e culturale su cui la norma si innesta, nell'ambito della sua sofferta elaborazione in Assemblea costituente⁷⁷.

Essa risente di quella tensione irrisolta, che pervade l'intera Carta repubblicana, tra dimensione statale della sovranità nazionale, da un lato, e vocazione internazionalistica e protezione universale dei diritti umani, dall'altro. A ben

⁷⁴ Secondo Esposito (*ibidem*), tale divieto è tanto più pregnante in quanto costituisce deroga al principio generale della collaborazione alla repressione dei delitti commessi dallo straniero, desumibile *a contrario* dall'art. 26 Cost. in materia di limiti all'extradizione del cittadino. Si noti, a margine, che sia per il cittadino sia per lo straniero vige un divieto costituzionale di estradizione per reati politici: tuttavia, per i primi sussiste l'ulteriore condizione che essa sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali (art. 26, co. 1 Cost.).

⁷⁵ Tale soluzione interpretativa incontra un limite importante nel principio sancito dal comma 2 dell'art. 10 Cost., in base al quale la disciplina della condizione giuridica dello straniero è sottoposta a riserva rinforzata di legge, nella misura in cui è rimessa alla legge in conformità del diritto internazionale pattizio. La fattispecie dell'asilo diplomatico, dunque, dotata di copertura costituzionale solo in forza di una norma generale e sprovvista di previsione specifica può essere legittimamente ristretta in virtù di speciali clausole inserite in trattati internazionali di cui l'Italia sia parte.

⁷⁶ *Ibidem*. L'A. non precisa cosa si intenda per “persecuzione nei diritti inviolabili dell'uomo”, ma si presume che si tratti della violazione sistematica dei diritti fondamentali.

⁷⁷ M. BENVENUTI, op. cit., p. 11 ss.

guardare, però, il principio personalista⁷⁸ sovrasta la finalità di difesa statale: in quest'ottica, il diritto d'asilo - collocato in posizione intermedia tra catalogo "aperto" dei diritti fondamentali della persona umana⁷⁹ e nuovo approccio alle relazioni

78 A tale proposito, è opportuno richiamare un passaggio saliente dell'ordine del giorno presentato da Giuseppe Dossetti il 9.9.1946 ove si afferma il principio della "precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella" (Ass. Cost., Commissione per la Cost., I Sottocomm., in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VI, pp. 323-324). Il principio personalista esprime una priorità di valore, quella della persona umana rispetto allo Stato, come reazione alla funzionalizzazione dei diritti individuali rispetto ad interessi collettivi od ai poteri pubblici, tipico dei sistemi totalitari. Pertanto, sebbene il contenuto dei diritti dei singoli non sia illimitato - in quanto si ricava dal complesso delle disposizioni costituzionali, le quali contemplan anche altre finalità meritevoli di tutela - essi non possono subire restrizioni tali da compromettere il fine prioritario ed ultimo dell'intera organizzazione sociale, ossia lo sviluppo libero ed eguale della personalità, di ogni singola persona umana (V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, p. 101 ss. e la bibliografia ivi citata, p. 115).

Una rappresentazione filosofica di grande efficacia del concetto di dignità - ricordata da A. Cassese come appartenente al sostrato culturale della dottrina dei diritti umani - è quella di Immanuel Kant. Egli scrisse che "nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità" e che "ciò ha un prezzo può essere sostituito con qualcosa d'altro a titolo equivalente; al contrario, ciò che è superiore a quel prezzo e che non ammette equivalenti è ciò che ha una dignità (...)" (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785, ed.a cura di V. Mathieu, Milano, 2003). Pertanto, "ciò che permette che qualche cosa sia un *fine a se stesso* [*Zweck an sich selbst*] non ha solo un valore relativo, e cioè un prezzo, ma ha un valore intrinseco, e cioè una dignità" (*ibidem*, cit. in A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2007, p. 54).

79 Di particolare limpidezza l'osservazione di C. Esposito, secondo il quale la disposizione sul diritto d'asilo "muove dall'idea della rispondenza a natura umana delle libertà garantite dalla Costituzione italiana". L'art. 2 Cost. - come norma cardine per il riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo - è applicabile a tutti gli individui, senza distinzione alcuna in base alla cittadinanza, proprio in ragione del fatto che protegge la persona in quanto tale. Un'intensa riflessione dottrinale ed una stratificata elaborazione giurisprudenziale hanno permesso di ricostruire lo *status* costituzionale dello straniero, superando il mero dato testuale delle norme sulle libertà fondamentali, formalmente scisse tra diritti dei "cittadini" e diritti spettanti a "tutti". La titolarità dei diritti costituzionalmente garantiti al non cittadino, infatti, è questione da indagare attraverso un'interpretazione sistematica della disciplina costituzionale delle libertà, alla luce del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10, co. 2 Cost. (tra le altre, cfr. Corte cost. 120/67, 104/69, 454/1998, 172/99, 198 e 376 del 2000, 223/04, 78 e 432 del 2005). Si rinvia, innanzitutto, a M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, il quale compiutamente dimostra la relatività del riferimento testuale al "cittadino", per quanto concerne la titolarità dei diritti e delle libertà fondamentali: in Costituzione, non esiste alcuna dicotomia normativa tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino, di cui è l'interprete a dover individuare il rispettivo confine. L'A., inoltre, sostiene che il concetto costituzionale di cittadinanza - sotteso al discorso sulla condizione giuridica del non cittadino - si fonda sulla disciplina costituzionale delle libertà, rappresentandone uno sviluppo necessario, piuttosto che sulle categorie tradizionali di sovranità statale ed appartenenza alla comunità politica.

Più in generale sull'art. 2 Cost., A. BARBERA, voce *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.

internazionali all'insegna di una forte sensibilità umanitaria - non dovrebbe poter cedere di fronte ad esigenze di ordine pubblico⁸⁰.

Il ruolo cruciale assunto dall'art. 10, co. 3 nel quadro dei diritti fondamentali è messo in luce da A. Cassese, secondo il quale "più che nelle altre norme della nostra Costituzione, è nell'art. in esame 3° comma che viene alla luce la *filosofia* generale del nostro costituente sui diritti della persona umana"⁸¹. Infatti, mentre dal complesso delle disposizioni costituzionali su diritti e libertà fondamentali - nonché dall'art. 2 Cost. con fulcro - si evince che la Repubblica riconosce e garantisce a chiunque, in Italia, i diritti inviolabili dell'uomo, dal tenore testuale del citato comma 3 - "e soprattutto dall'abbandono in esso del concetto di *persecuzione politica*"⁸² - invece, si desume che il costituente considera quei diritti imprescindibili non solo in Italia ma anche in qualsiasi entità statale, ed intende risarcire della privazione di libertà subita lo straniero che ne sia vittima, accogliendolo in Italia.

Non si tralasci di considerare, del resto, che i membri dell'Assemblea costituente erano, loro stessi, i superstiti di un periodo di devastanti persecuzioni politiche e razziali, di cui erano stati proprio i primi bersagli, e che avevano talora sperimentato - come fatalmente provvidenziale - proprio l'asilo, ossia l'ospitalità e la protezione garantiti all'estero⁸³. Di certo, l'aver consapevolmente scelto di costruire una proposizione costituzionale così ampia - in grado di riconoscere la titolarità del diritto d'asilo nel territorio repubblicano agli stranieri che soffrono in patria l'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite nella nostra Costituzione - esclude che possa trattarsi della fattispecie di mera concessione discrezionale espressione di sovranità, in certo senso, verticale.

La volontà di affrancare il diritto d'asilo dall'angusto spazio riservato al rifugio convenzionale appartiene - seppure in misura diversa - a tutte le costituzioni del Secondo dopoguerra. Infatti, se la Convenzione di Ginevra s'inscrive nell'ambito della concezione del diritto internazionale classico (seppure temperata dalla nuova centralità della dignità della persona umana emergente nel periodo post-nazista), relegando il rifugio politico al ruolo di strumento delle relazioni intergovernative, il

80 Si noti, tuttavia, che secondo autorevole dottrina, l'unico limite invalicabile alle restrizioni cui il principio personalista può essere sottoposto è costituito dai diritti inviolabili dell'uomo (V. ONIDA, cit., *ibidem*).

81 A. CASSESE, *Art. 10*, cit., p. 532.

82 *Ibidem*.

83 Una notevole porzione dei deputati della Costituente, infatti, durante il regime fascista e durante la guerra aveva goduto del diritto d'asilo in altri Paesi, e pertanto aveva piena consapevolezza del suo valore e dell'esigenza di un suo riconoscimento il più possibile inclusivo (P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1137).

diritto d'asilo così come affermato nella Dichiarazione universale delle Nazioni unite - nonché *a fortiori* nella Costituzione italiana - è a tutti gli effetti un diritto umano fondamentale, afferente al diverso ambito dei rapporti tra individuo e Stato⁸⁴.

1.3 Le posizioni oscillanti della giurisprudenza sulla natura del diritto d'asilo. L'interpretazione della Corte costituzionale.

Le questioni giuridiche più controverse relative al diritto d'asilo costituzionale consistono nella determinazione della sua natura e del suo contenuto: ed è su questi temi che la dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza, hanno costruito tesi e stratificato contraddizioni.

Tra le pronunce più risalenti, la decisione del Consiglio di Stato n. 374/58⁸⁵ dichiara legittimo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 il rilascio ad un rifugiato di un permesso di soggiorno a tempo determinato, rinnovabile periodicamente. Si ritiene, infatti, che l'art. 10, co. 3 Cost. “riconosce il così detto diritto d'asilo politico all'esule politico, ma solo in modo condizionato”, ed in particolare “la determinazione delle relative condizioni è lasciata alla legge ordinaria”, identificando quest'ultima con la legge di esecuzione della Convenzione, la legge n. 722/54.

Il precedente giurisprudenziale, rispetto al quale tale pronuncia si conforma, è la sentenza dello stesso Consiglio di Stato n. 208/52⁸⁶, ove si statuisce che la disposizione costituzionale di cui all'art. 10, co. 3 Cost. “è priva di immediata efficacia, perchè essa non ha valore precettivo, ma direttivo o programmatico”, ed

84 G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, op. cit., p. 54. *Supra* par. 1.1.

85 Cons. Stato, IV sez., 2.5.58, n. 374 (est. Meregazzi) – *Bermudez De Madariaga c. Ministero interno*, “Riv. Dir. Internaz.”, 1959, p. 652, con nota di A. CASSESE, *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, p. 653 ss.

86 Cons. Stato, IV sez., 27.2.52, n. 208, “Foro italiano”, 1952, III, p. 113. Nel senso che la legge attuativa potrà introdurre condizioni restrittive al riconoscimento del diritto d'asilo, si veda anche BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1953, p. 320. *Contra* P. BARILE, *Il soggetto nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 61, secondo il quale la formulazione costituzionale “non intende affatto conferire al legislatore il potere di *limitare* il diritto, ma solo, come appare ovvio ad un'attenta lettura, di porre condizioni alla condotta dello straniero nella Repubblica”. La tesi di A. CASSESE, *ivi*, p. 654, è intermedia, dal momento che l'A. sottolinea che certamente la legge di attuazione dell'art. 10, co. 3 non può apportare “limitazioni sostanziali all'esercizio del diritto di asilo, che siano tali da violare il precetto costituzionale” ed aggiunge che limitazioni al suo esercizio possono derivare da disposizioni legislative già vigenti, “che si possano coordinare con il precetto costituzionale, sempre che non siano ad esse contrarie” (*infra*).

altresì che la legge che dovrà specificare “le condizioni nelle quali deve essere esercitato quel diritto, in quanto determina i requisiti che deve presentare l'esule politico, i motivi per i quali egli può essere espulso o respinto dal territorio italiano, ecc., potrà porre restrizioni e limitazioni all'esercizio del diritto detto”⁸⁷.

La dottrina che ha commentato la pronuncia del 1958 ha sostanzialmente aderito all'impostazione ivi proposta⁸⁸, interpretando la disciplina costituzionale dell'asilo e quella convenzionale del rifugio come un sistema integrato ed unitario.

In particolare, l'art. 10, co. 3 viene letto come contenente un “duplice precetto”⁸⁹: in quest'ottica, la norma conferirebbe “allo straniero che si trovi in determinate condizioni (fuoruscito politico, al quale sia negato nel suo Stato l'esercizio effettivo delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione italiana, per due possibili ragioni: o perchè egli è perseguitato per motivi razziali, religiosi, ecc.; o perchè lo Stato, in cui si trova, non garantisce effettivamente a tutti i suoi cittadini i diritti e le libertà fondamentali” un diritto soggettivo ad essere ammesso sul territorio della Repubblica, ossia ad ottenere un permesso di soggiorno⁹⁰. Interessante notare come la riserva assoluta di legge, contenuta nell'art. 10, co. 3, viene interpretata sia in proiezione futura come un “invito a provvedere” rivolto dal costituente al legislatore ordinario, sia nel suo “valore attuale ed immediato”, nel senso di dover rintracciare nell'ordinamento positivo disposizioni legislative vigenti che possano coordinarsi con il dettato costituzionale in quanto vertano sulla stessa materia.

Tale autorevole dottrina, pertanto, fa riferimento alla Legge n. 722/54 come recante “norme sull'asilo di perseguitati politici e sulla loro condizione giuridica”⁹¹: in questa descrizione, è ben esemplificata quella tendenza “sincretistica” ricorrente in tutto il panorama giuridico italiano, vale a dire la sovrapposizione tra le due diverse fattispecie dell'asilo costituzionale e del rifugio convenzionale.

Ciò nonostante, viene messa a fuoco la differenza irriducibile tra i due istituti, vale a dire il loro ambito di applicazione soggettiva, individuando così tre categorie di soggetti bisognosi di protezione, definiti “fuorusciti” ovvero “profughi”:

87 Crisafulli aveva, in un primo tempo aderito a tale impostazione, avanzando successivamente dei dubbi sulla natura programmatica dell'art. 10,co. 3 Cost. (*In tema di incolato di apolide*, “Foro amm.”, n. 1/57, p. 11.

88 A. CASSESE, *ibidem*.

89 *Ibidem*.

90 Analogamente, P. BARILE, *Il soggetto nella Costituzione italiana*, op. cit., p.174; M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1951, p. 32. Secondo il C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, 1953, p. 35, invece, non si avrebbe un diritto, bensì una mera situazione di garanzia indiretta.

91 A. CASSESE, *Sul soggiorno*, cit., p. 655.

1. quelli che sono destinatari sia dell'art. 10, co. 3 Cost. sia della Convenzione, ossia i fuorusciti politici che non godevano nel loro Stato dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche ed inoltre, o posseggono la qualifica di rifugiato⁹² ai sensi dell'art. 1A, par. 1 della Convenzione di Ginevra oppure si trovano al di fuori del loro Paese a causa di avvenimenti accaduti prima del 1° gennaio 1951 in Europa⁹³;
2. i destinatari del solo art. 10, co.3 Cost. (sono i fuorusciti politici che non godevano della qualifica di rifugiato in virtù di un accordo precedente alla Convenzione, ma che comunque non potevano esercitare, nello Stato in cui si trovavano, le libertà fondamentali garantite in Italia, in seguito ad avvenimenti successivi al 1° gennaio 1951);
3. i rifugiati convenzionali che non rientrano nel campo di applicazione dell'asilo costituzionale (sono coloro che possono essere considerati rifugiati in quanto si trovano al di fuori dello Stato di residenza abituale o di appartenenza non per

92 Precisando che si tratterà più avanti della specifica disciplina prevista dalla Convenzione di Ginevra, in via preliminare, si chiarisce che il suo primo articolo reca la definizione di rifugiato politico, qualificandolo come - ai sensi della lettera A, par. 1 - colui che è considerato rifugiato in applicazione dei precedenti Accordi internazionali del 12.5.26 e del 30.6.28, ovvero in applicazione delle Convenzioni del 28.10.33 e del 10.2.38 nonché del Protocollo del 14.9.39 o ancora in conformità dello Statuto dell'OIR. Inoltre, le decisioni di ineleggibilità assunte dall'OIR, nello svolgimento del suo mandato, non possono essere di ostacolo al riconoscimento dello *status* di rifugiato a coloro che soddisfano le condizioni previste dal par. 2 del medesimo articolo. Quest'ultima disposizione stabilisce che sia qualificato rifugiato anche chi, a causa degli avvenimenti occorsi prima del 1.1.51 ed a causa del fondato timore di essere perseguitato in ragione della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche, si trovi fuori del Paese di cui ha la cittadinanza, e che non possa - alla luce del suddetto timore - o non voglia chiederne la protezione, ovvero l'apolide che si trovi fuori dello Stato di sua abituale residenza in seguito a tali avvenimenti, e non può - per il fondato timore di persecuzione - ovvero non vuole farvi ritorno. Tale definizione prevede, quindi, tre requisiti essenziali: a) il trovarsi fuori del proprio Paese di origine (o di mera residenza in caso di apolide); b) il non potere o non volere avvalersi della protezione delle autorità del proprio Paese; c) l'avere un ragionevole timore di persecuzione, insorto prima o anche successivamente alla fuga, sulla base dei motivi tassativamente elencati dalla disposizione convenzionale.

Sussiste, infine, una clausola di chiusura in base alla quale non può essere considerato come privato della protezione del Paese di origine colui che - senza un motivo apprezzabile, fondato su un giustificato timore (*"sans raison valable fondée sur une crainte justifiée"*) - abbia omissso di chiederne la protezione.

93 Ai sensi dell'art. 1B, par. 1 della Convenzione, ogni Stato - al momento della firma o della ratifica - può dichiarare se considera "gli avvenimenti accaduti prima del 1° gennaio 1951" come esclusivamente quelli che hanno avuto luogo in Europa, ovvero anche in altri Stati. L'Italia utilizzò la clausola di limitazione geografica, dichiarando al momento della ratifica di considerare solo gli eventi occorsi in Europa (*Bulletin of the Office of the High Commissioner for Refugees*, HCR/DC/3/Rev. 7, p. 10). Tale limitazione inserita anche nel testo della legge di recepimento, L. 24 luglio 1954, n. 722, fu poi abolita con l'entrata in vigore del D.L. n. 416/89 convertito nella c.d. Legge Martelli (L. 39/90).

l'impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche, bensì per altri motivi come gli eventi bellici o le deportazioni naziste)⁹⁴.

In quest'ottica, la categoria meno protetta risulta essere la seconda alla luce del carattere “vago e indeterminato” - nella perdurante assenza della normativa di attuazione - dell'art. 10, co. 3 Cost. Gli esuli che rientrano, invece, nella terza possono usufruire della più dettagliata disciplina - “immediata e concreta”⁹⁵ - disposta dalla Convenzione.

Nel caso di specie, quello che origina appunto la pronuncia del Consiglio di Stato, il ricorrente presenta i requisiti della prima categoria suesposta, e - pertanto - nell'interpretazione dell'art. 10, co. 3 Cost. che il Giudice ha reso, è titolare di un diritto soggettivo ad essere ammesso sul territorio italiano.

Non essendoci una legge di attuazione, tuttavia, si ritiene che per la determinazione della sua condizione giuridica sia applicabile la disciplina convenzionale, ed in via sussidiaria - ove la prima fosse carente - la generale normativa in materia di *status* dello straniero⁹⁶.

Dopo questo primo inquadramento, è la Corte di cassazione ad emettere una serie di celebri - quanto oscillanti - decisioni.

Nel 1997, le Sezioni unite civili, con sentenza n. 4674⁹⁷, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione⁹⁸, statuiscono che la competenza giurisdizionale in materia di diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost. spetta al giudice ordinario, “trattandosi di un diritto soggettivo al quale non è applicabile la disciplina sullo *status* di rifugiato (D.L. 30 dicembre 1989 n. 416, convertito dalla L. 28 febbraio

94 A. CASSESE, *Sul soggiorno*, cit., p. 655 ss.

95 A. CASSESE, *ivi*, p. 657.

96 Ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione, “*sous réserve des dispositions plus favorables prévues par cette Convention, tout Etat Contractant accordera aux réfugiés le régime qu'il accorde aux étrangers en général*”. In virtù della riserva assoluta di legge contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost., il riferimento operato dalla suddetta disposizione della Convenzione alle norme interne sulla condizione giuridica dello straniero - per la disciplina dei rapporti che non sono regolati direttamente dalla Convenzione - comporta il solo rinvio a norme di rango primario, al limite estendibile anche ai regolamenti di esecuzione purchè fondati su norme di legge che già stabiliscano una prima fondamentale disciplina della materia. Un'ulteriore condizione cui è sottoposto l'intervento in via suppletiva della normativa generale sugli stranieri è che essa non sia in contrasto con il disposto della proposizione costituzionale sull'asilo (A. CASSESE, *ivi*, p. 657).

97 Cass. S.U. Civ., 26 maggio 1997, n. 4674 (pres. La Torre - rel. Triola).

98 La sentenza trae origine dal caso di un cittadino liberiano, impedito nel Paese d'origine nell'esercizio delle libertà democratiche, il quale ha proposto innanzi al Tribunale civile di Roma azione per il riconoscimento del diritto costituzionale di asilo; l'Avvocatura generale dello Stato, costituitasi in giudizio per il Ministero dell'Interno, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in quanto in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'art. 5, co. 2 del D.L. 416/89 - modificato in sede di conversione - prevedeva espressamente la giurisdizione del giudice amministrativo.

1990 n. 39⁹⁹), la quale, viceversa, espressamente prevede la giurisdizione del giudice amministrativo¹⁰⁰.

La Cassazione cita in motivazione le “ormai lontane pronunce di segno contrario da parte della giurisprudenza amministrativa”, per discostarsene alla luce dell'opinione dottrinale “attualmente pressochè pacifica” dell'art. 10, co. 3 Cost. come norma che attribuisce allo straniero che si trovi nella situazione descritta “un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento”.

Il carattere precettivo e l'immediata operatività della disposizione costituzionale sono ricondotte alla “sufficiente chiarezza e precisione” della fattispecie introdotta, la quale – stante, comunque, la necessità di una disciplina attuativa – individua nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche “la causa di giustificazione del diritto” e nell'effettività il “criterio di accertamento”.

A questo punto del ragionamento, il Collegio nega che la normativa sui rifugiati politici sia applicabile, al fine di colmare l'assenza della legge di attuazione cui la norma costituzionale rinvia, dal momento che se ne riconosce con fermezza il diverso ambito soggettivo di applicabilità, essendo la categoria dei rifugiati convenzionali meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo costituzionale, “in quanto la citata Convenzione di Ginevra prevede, quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, terzo comma, Cost.”. Vi è, inoltre, un passaggio successivo molto rilevante della motivazione della Suprema Corte, che spesso i commentatori hanno tralasciato.

99 La sentenza è così massimata in “Rivista amministrativa della Rep. it.”, n. 9/97, p. 927, con nota di I. DE ANGELIS, *In attesa di una legge organica in materia di diritto d'asilo*, *ivi*, p. 928 ss.

100 Si tratta della competenza giurisdizionale prevista dal quadro normativo allora vigente. Infatti, con l'art. 1 della c.d. Legge Martelli (L. 39/90 di conversione del D.L. 416/89) - ed in occasione del ritiro della riserva geografica relativa al recepimento della Convenzione di Ginevra, come già ricordato - è stata introdotta una procedura amministrativa per l'accertamento dello *status* di rifugiato, istituendo a tal fine, con D.P.R. n. 136/90, una Commissione centrale. Il citato art. 5 della stessa legge, nel disciplinare la tutela giurisdizionale avverso tutti i provvedimenti amministrativi relativi alla condizione giuridica dello straniero (ingresso, soggiorno, allontanamento), stabiliva che per i ricorsi contro i decreti della Commissione centrale fosse competente “il tribunale amministrativo regionale del luogo del domicilio eletto dallo straniero”. Il Testo unico del 1998 ha, poi, abrogato tutta la normativa pregressa in materia di immigrazione, ed in particolare anche l'art. 5 della Legge Martelli in materia di tutela giurisdizionale: tale riforma ha comportato nuovi ricorsi per regolamento di giurisdizione, su cui si è pronunciata la Suprema Corte con sentenza a sezioni unite n. 907/99, prendendo atto dell'avvenuta abrogazione ed affermando conseguentemente la nuova giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, sia per l'asilo costituzionale sia per lo *status* di rifugiato convenzionale (*infra*, nt. 99).

L'inapplicabilità della disciplina convenzionale ai fini della determinazione del concreto *status* dei titolari dell'asilo costituzionale è giustificata anche in forza di un argomento di interpretazione logico-formale¹⁰¹.

Innanzitutto, la Convenzione di Ginevra non prevede espressamente – in nessuna sua disposizione – un vero e proprio “diritto all'asilo” per i rifugiati politici; in secondo luogo, secondo la Corte, sarebbe incongruente attribuire lo stesso trattamento giuridico a fronte di diversi presupposti, trattandosi per gli asilanti di soggetti “ai quali viene *semplicemente* impedito nel loro Paese di origine l'esercizio delle libertà democratiche” e sussistendo, invece, per gli esuli politici “*quantomeno* [il] fondato timore di essere perseguitati per le loro idee”¹⁰².

E' evidente, quindi, che la Cassazione prospetta¹⁰³ per i titolari del diritto d'asilo un trattamento normativo meno favorevole rispetto a quello previsto dalla Convenzione di Ginevra per i rifugiati, in ragione delle diverse condizioni richieste, qui graduate gerarchicamente¹⁰⁴. Ebbene, *rebus sic stantibus*, ovvero in assenza di una disciplina attuativa del dettato costituzionale, “allo straniero il quale chiede il diritto d'asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato”; viceversa, il rifugiato politico – ove riconosciuto tale – gode, in base alla Convenzione di Ginevra, di uno *status* di particolare favore, all'esito di una particolare procedura connotata da forte discrezionalità, basata sull'accertamento del presupposto essenziale del fondato timore di persecuzione¹⁰⁵.

E' opportuno rilevare che – sulla scorta di questo orientamento delle Sezioni unite della Cassazione¹⁰⁶ nonché della sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 23

101 In particolare, la Cassazione esclude la pertinenza della disciplina in materia di rifugiati convenzionali, contenuta nella c.d. Legge Martelli, all'attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost. constatando che non è sufficiente la menzione nel titolo dell'asilo politico, “in quanto anche con riferimento ai rifugiati nel preambolo della Convenzione di Ginevra si parla di *droit d'asile*” senza che, peraltro, tale formulazione abbia seguito alcuno nel restante testo normativo. Ritiene, invece, dirimente il riferimento espresso alla Convenzione e l'assenza, viceversa, di qualsivoglia richiamo alla disposizione costituzionale.

102 Cors. nostri.

103 Come monito al legislatore l'affermazione della Cassazione è assai significativa: la disciplina in concreto della condizione giuridica del titolare dell'asilo costituzionale, infatti, è tuttora un nodo irrisolto.

104 In verità, sembra alquanto difficile per l'interprete stabilire se sia più vessatorio per il soggetto l'essere sottoposto ad un regime liberticida ovvero l'essere destinatario di persecuzione individuale: solo la valutazione del singolo caso di specie può rilevare sul punto.

105 I. DE ANGELIS, cit., p. 929.

106 La pronuncia del 1997 è confermata dalla successiva sentenza – sempre a Sezioni unite – Cass. Civ. 17 dicembre 1999, n. 907, relativa al caso di un cittadino congolese vittima delle rappresaglie politiche dei sostenitori di Kabila, insediatosi al governo con il colpo di Stato che ha deposto Mobutu. Il diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato viene impugnato davanti al TAR Lazio ed in pendenza del relativo giudizio amministrativo, il ricorrente propone istanza di

marzo 1968 sull'immediata precettività dell'art. 10, co. 3 Cost. – si è sviluppata una giurisprudenza di merito molto frammentaria: da una parte si è sostenuto, alla luce della necessità di un'attuazione legislativa del dettato costituzionale, che la fonte primaria in questione fosse la L. 39/90, riducendo così la nozione di asilante ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost. a quella di rifugiato convenzionale¹⁰⁷; in altri casi, è stato negato il carattere immediatamente precettivo della norma costituzionale in ragione della mancata approvazione della legge attuativa¹⁰⁸. Infine, coloro che hanno distinto nettamente tra la nozione di asilante e quella di rifugiato politico hanno assegnato valore precettivo alla norma costituzionale, in armonia con quanto affermato dalla Consulta¹⁰⁹.

Nella sentenza n. 11/68, la Corte costituzionale dichiara, infatti, l'illegittimità dell'art. 45¹¹⁰ della Legge 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti, nella parte in cui – in combinato disposto con l'art. 36¹¹¹ della stessa legge – si risolve nel divieto assoluto di accesso alla professione giornalistica per gli stranieri cittadini di uno Stato che non pratici il trattamento di reciprocità, nell'ipotesi in cui quest'ultimo non garantisca l'esercizio effettivo della libertà di manifestazione del pensiero, la “più eminente manifestazione” delle libertà democratiche ai sensi

regolamento di giurisdizione, chiedendo che sia dichiarata la competenza giurisdizionale del giudice ordinario.

La Suprema Corte accoglie l'istanza, stabilendo che “le controversie riguardanti il riconoscimento del diritto d'asilo o la posizione di rifugiato rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria”, trattandosi di *status personae* ovvero di “diritto soggettivo, con la conseguenza che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva”. Precisa, inoltre, che – per quanto riguarda la qualifica di rifugiato politico - è la stessa Convenzione di Ginevra a garantire al soggetto “il libero e facile accesso ai tribunali nel territorio degli Stati contraenti, con conseguente sostanziale parificazione del rifugiato al cittadino ai fini della delibazione relativa alla sussistenza della giurisdizione”. Infine, si noti che sebbene la Cassazione accomuni le due posizioni soggettive – quella di rifugiato e quella di asilante – ne chiarisce, seppure incidentalmente, la differenza sostanziale, sottolineando che la qualifica di rifugiato convenzionale “richiede, quale fattore determinante, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, 3 comma, Cost.”.

107 Si vedano TAR Lazio, dec. nn. 620/92 e 526/93.

108 Si vedano TAR Lazio, dec. nn. 155 e 562 del 1992, nn. 422, 656, 657, 661, 662 del 1993, ed infine n. 1456/94.

109 Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia dec. nn. 532 e 535 del 1991, nn. 15, 91, 92, 93 e 410 del 1992; TAR Lazio dec. nn. 659/86, 1607/87.

110 L'art. 45 è stato definito dalla Corte norma di chiusura dell'intero sistema: esso prevede che nessuno possa assumere il titolo né esercitare la professione di giornalista se non è iscritto nell'albo professionale, e sanziona penalmente le trasgressioni a tale divieto.

111 L'art. 36 condiziona l'iscrizione all'albo dei giornalisti ex art. 28, L. 69/63 di un cittadino straniero al rispetto della condizione di reciprocità, nel senso che esclude da tale speciale elenco lo straniero qualora nel suo Stato di appartenenza non venga garantito un trattamento di reciprocità al cittadino italiano nell'esercizio della professione giornalistica.

dell'art. 10, co. 3 Cost.¹¹². La Consulta – pur avallando, in termini generali, la condizione di reciprocità in relazione al criterio della ragionevolezza¹¹³ - osserva che, nel caso di specie, “il presupposto di reciprocità rischia di tradursi in una grave menomazione della libertà di quei soggetti ai quali la Costituzione – art. 10, terzo comma – ha voluto offrire asilo politico e che devono poter godere *almeno in Italia* di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*”¹¹⁴.

Ebbene, l'interpretazione che la Corte fornisce della norma costituzionale sull'asilo - sebbene sintetica, incidentale ed isolata nel suo complessivo panorama giurisprudenziale in materia di condizione giuridica dello straniero¹¹⁵ - è ricca di

112 Corte cost., sent. 23 marzo 1968 n. 11 (pres. Sandulli – rel. Bonifacio), Considerato in dir. par. 6, “Giurisprudenza costituzionale”, 1968, p. 311 ss., con nota di G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, *ivi*, p. 330 ss.

113 Ritiene, infatti, che “in sé considerato, il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso alla professione giornalistica non sia illegittimamente stabilito, e ciò perchè è ragionevole che in tanto lo straniero sia ammesso ad una attività lavorativa in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale il primo appartiene” (*ibidem*).

114 *Ibidem*. E' interessante notare che la Corte, in conclusione, riconosce espressamente il diritto dell'asilante (o del richiedente asilo) a manifestare il proprio pensiero attraverso mezzi di stampa (qualificando l'attività giornalistica professionale come il cuore di uno dei "fondamentali diritti democratici"), escludendo - al tempo stesso - dal bagaglio di diritti a questo garantiti quelli "inerenti allo *status civitatis*". Sebbene, nella sua argomentazione, la Consulta non menzioni esplicitamente quale parametro di legittimità l'art. 3 Cost., la tematica dell'estendibilità al cittadino straniero del principio di eguaglianza emerge in controtuce. Soltanto un anno prima, del resto, con sent. n. 120/67, il Giudice costituzionale aveva statuito che "se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali". Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, p. 174.

115 Secondo G. ZAGREBELSKY, *cit.*, p. 348 ss., la soluzione interpretativa della Corte è “equivoca” e conduce “ad una situazione normativa paradossale”. Non si comprende, infatti, se il Giudice costituzionale abbia dichiarato l'illegittimità dell'art. 45 L. 69/63, per contrasto con il principio della ragionevolezza – in relazione alla sua applicabilità a tutti gli stranieri provenienti da Paesi non democratici (ove cioè siano violate le libertà garantite dalla nostra Costituzione) oppure soltanto con riferimento agli stranieri che abbiano chiesto (ed ottenuto) asilo politico. A sostegno di questa seconda lettura, l'A. valorizza l'elemento del necessario accertamento del regime liberticida vigente nel Paese di provenienza del soggetto, al fine di escludere per questo il divieto di iscrizione all'albo in caso di mancato rispetto della reciprocità: sarebbe, pertanto, verosimile che tale accertamento si compia nell'ambito della procedura d'esame della domanda d'asilo politico. In effetti, però, la Corte non fornisce indicazioni univoche. Il carattere paradossale consiste nel fatto che la declaratoria di illegittimità colpisce l'art. 45, e non l'art. 36 (poiché estraneo al *thema decidendum*), con l'effetto di far venire meno per una categoria di soggetti la stessa obbligatorietà dell'ammissione all'ordine quale presupposto per l'esercizio dell'attività giornalistica, con evidente disparità di trattamento rispetto ai cittadini italiani. Quest'ultimo profilo non rileva ai fini della nostra analisi, ma contribuisce a ricostruire il tipo di tecnica decisoria scelto dalla Corte nonché il vero obiettivo del suo intervento censorio.

significato sotto molteplici punti di vista. E' stato osservato¹¹⁶ che l'oggetto della decisione lambisce quello più ampio dell'applicabilità del principio costituzionale di eguaglianza ai non cittadini: la Corte, infatti, usa la categoria della ragionevolezza – ritenendo, appunto, arbitraria la situazione che la normativa sull'ordine dei giornalisti crea per gli stranieri provenienti da Paesi non democratici – ma non cita mai espressamente, quale parametro di legittimità, l'art. 3 Cost.

L'unica disposizione costituzionale richiamata è l'art. 21 Cost., che “a tutti, e non solo ai cittadini, garantisce il fondamentale diritto di esprimere liberamente e con ogni mezzo il proprio pensiero”¹¹⁷. In questa chiave interpretativa, allora, risultano incongrue le conclusioni della Corte, che avrebbe dovuto pronunciare, viceversa, l'illegittimità della clausola di reciprocità rispetto a tutti gli stranieri.

Pertanto, l'aver preso in considerazione il disposto dell'art. 10, co. 3 Cost. - non configurandosi come un passaggio obbligato bensì come un'inaspettata deviazione argomentativa – riveste un'importanza non trascurabile. La Corte ha applicato la norma costituzionale sull'asilo direttamente, presumendone la precettività immediata: non si è, infatti, trincerata in alcun modo dietro l'assenza della disciplina legislativa di attuazione, ma anzi ha scelto tale norma come parametro di legittimità dell'art. 45, al di là delle stesse censura mossa dalle ordinanze di rimessione.

Dopo questa prima fase interpretativa della giurisprudenza di legittimità, tendenzialmente propensa a riconoscere all'asilo costituzionale la natura di diritto soggettivo perfetto, con sentenza n. 25028/05¹¹⁸ la Cassazione ribalta il proprio precedente orientamento, dando una lettura estremamente riduttiva della portata della norma costituzionale.

Secondo la Suprema Corte, infatti, in assenza di una legge organica sull'asilo politico - che ne fissi le condizioni, i termini, i modi ed individui gli organi competenti in materia di richiesta e concessione - il diritto di cui al co. 3 dell'art. 10 Cost. deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Il diritto d'asilo costituzionale, pertanto, non ha contenuto legale più ampio e diverso del mero diritto ad ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per la durata dell'istruttoria volta all'accertamento della fondatezza della domanda di rifugio

116 G. ZAGREBELSKY, *ivi*, p. 354.

117 Cons. in dir., *ibidem*.

118 Cass. I sez. civ., sent. 25 novembre 2005 n. 25028 (pres. Vitrone - rel. Del Core), pubblicata in "Dir. imm. citt." n. 2/06, p. 93 ss. con nota di D. CONSOLI, *ivi*, p. 105 ss.

convenzionale¹¹⁹. La Corte ha, quindi, cassato la sentenza impugnata escludendo che il Tribunale, prima, e la Corte d'appello, poi, potessero dichiarare il diritto d'asilo in favore dello straniero, in quanto la Commissione centrale aveva già escluso la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Nell'argomentazione della Suprema Corte, pertanto, il diritto d'asilo costituzionale viene sì qualificato come diritto soggettivo, ma - in assenza di una specifica normativa di attuazione ed alla luce dell'uso ambivalente che la legislazione ordinaria fa dei termini "asilo" e "rifugio" - lo stesso è condizionato all'esperimento della medesima procedura amministrativa prevista per il rifugio convenzionale.

Analogamente la Corte si esprime nella sentenza n. 18941/06¹²⁰.

Nel caso di specie, il Tribunale di Firenze aveva respinto il ricorso avverso il diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato emesso dalla Commissione centrale nei confronti di un cittadino turco di etnia curda, dichiarandosi incompetente per difetto di giurisdizione¹²¹ in ordine alla richiesta di permesso di soggiorno a fini umanitari e, contestualmente, accordando al ricorrente il diritto all'asilo politico ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost.

Nel conseguente reclamo della Commissione centrale e del Ministro dell'interno, proposto innanzi alla competente Corte d'appello, si eccepiva il difetto di legittimazione in relazione al riconoscimento della titolarità dell'asilo costituzionale

119 D. CONSOLI, cit., p. 108, ha definito tale interpretazione della norma costituzionale sull'asilo - quale mero "diritto d'accesso" - una "terza via" tra il diritto d'ingresso ed il diritto di permanenza dello straniero che chiede accoglienza.

120 Cass. I sez. civ., sent. 1 settembre 2006 n. 18941 (est. Cultrera), pubblicata in "Dir. imm. citt." n. 4/06, p. 112 ss. con nota di L. MELICA, *La Corte di cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Nota alle recenti sentenze della I sezione della Corte di cassazione*, ivi, p. 57 ss.

121 La questione della competenza giurisdizionale, infatti, si complica sensibilmente a seguito della sentenza Cass. I sez. civ., sent. 18 giugno 2004 n. 11441 (rel. Macioce), pubblicata in "Dir. imm. citt." n. 4/04, p. 110 con nota di D. CONSOLI, p. 119, ss., ove si stabilisce che per i ricorsi avverso il diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'unico foro competente è il Tribunale di Roma. La motivazione si fonda sul criterio del luogo della sede del Ministero dell'Interno: oggetto del procedimento è il provvedimento della Commissione centrale, organo privo di personalità giuridica ma riconducibile al Viminale. Il giudizio, quindi, verte su un atto dell'amministrazione centrale: pur assumendo quest'ultima la parte di convenuta, tuttavia, non trova applicazione l'ultima parte dell'art. 25 c.p.c. (poichè si esclude che oggetto del giudizio sia un'obbligazione ex art. 1182 c.c.) bensì la prima parte, che rinvia alle "norme generali". Viene così in rilievo il disposto dell'art. 19 c.p.c., secondo il quale la competenza territoriale del giudice del luogo ove ha sede l'amministrazione centrale. Dall'emanazione di tale sentenza, i tribunali di merito hanno dichiarato la propria incompetenza territoriale a decidere sulle impugnazioni o sui ricorsi afferenti lo *status* di rifugiato, determinando l'instaurarsi di numerosi procedimenti per regolamento di competenza, di norma assegnati sempre alla I sezione, la quale - ad oggi - ha ribadito il medesimo indirizzo. Si osservi, infine, che l'ultimo intervento normativo in materia - l'art. 16, co. 4 del D.P.R. n. 303/04 (nuovo regolamento attuativo del Testo unico) - ha suscitato ulteriori controversie interpretative, posto che si fa riferimento ad un non meglio precisato "tribunale territorialmente competente" e la locuzione è ancora più indecifrabile alla luce dell'istituzione delle sette diverse Commissioni territoriali.

nonché l'inammissibilità di tale domanda in ragione della sua mancata presentazione in sede amministrativa, e si sosteneva – comunque - la sua infondatezza nel merito. Ebbene, la Suprema Corte ha rigettato nel merito tutte le domande formulate dal resistente, “quella di rifugiato perchè non ne erano provate le condizioni e per l'effetto quella di concessione del permesso di soggiorno, quella di asilo perchè la norma costituzionale, che riconosce tale diritto “*alle condizioni stabilite dalla legge*”, come enunciato nella sentenza S.U. n. 4674/97, ha contenuto precettivo solo in relazione al diritto dello straniero di entrare in Italia, ma non di restarvi”, alla del fatto che – come sottolinea la Cassazione - “manca la legge di attuazione della norma costituzionale, né può considerarsi tale la legge n. 39/90”¹²².

La motivazione in diritto s' incentra sui seguenti snodi concettuali:

1. in S.U. n. 4674/97, la Cassazione si è limitata ad escludere la piena coincidenza tra la nozione di rifugiato e quella di asilante “essendo la prima meno ampia della seconda”;
2. in armonia con le proprie precedenti pronunce nn. 8323/04 e 25020/05, il diritto d'asilo deve intendersi come mero diritto di entrare nel territorio dello Stato al fine di accedere alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato;
3. la cognizione sul diritto d'asilo spetta al giudice ordinario, il quale però può essere adito solo in via subordinata, ossia a fronte del diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Si noti che – quasi paradossalmente – lasciando inalterato il principale approdo teorico della citata pronuncia delle Sezioni unite, la Corte giunge a conclusioni diametralmente diverse. Non disconosce, infatti, la natura precettiva della norma costituzionale sull'asilo - ovvero la sua immediata applicabilità anche in assenza di un disciplina attuativa di rango primario – ma ne riduce drasticamente il contenuto, limitandola alla “pretesa” del richiedente “all'ingresso ed al soggiorno nel nostro territorio” da intendersi “solo a titolo provvisorio”, vale a dire nelle more della procedura di accertamento delle condizioni per il rifugio convenzionale. In particolare, la Cassazione statuisce che le due categorie – quella dell'asilo e lo *status* di rifugiato - “restano ontologicamente distinte nella nozione, nel contenuto, nell'onere della prova, non richiedendosi per l'asilante la prova del presupposto della persecuzione”. Risulta del tutto peculiare che il Giudice di legittimità non si sia pronunciato più approfonditamente sui diversi ambiti di applicazione soggettiva delle due fattispecie, neutralizzando – per così dire – quella dell'asilo costituzionale in ragione del difetto di disciplina legislativa di attuazione.

122 *Ibidem*, in “Svolgimento del processo”.

1.4 Il fondamento del diritto d'asilo: tra diritto soggettivo perfetto e contenuto minimo.

La sentenza del Tribunale di Roma relativa alla richiesta di asilo politico di Abdullah Ocalan¹²³ rappresenta una tappa importante del percorso della giurisprudenza sulla natura del diritto costituzionale ex art. 10, co.3, un vero e proprio spartiacque¹²⁴.

In questa pronuncia, innanzitutto, si afferma l'idoneità della norma costituzionale a far nascere in capo al soggetto - che rientri nel suo ambito di applicazione - un diritto soggettivo perfetto, azionabile in giudizio pur in assenza di norme legislative di attuazione¹²⁵: l'art.10, co. 3 Cost. è di per sé idoneo “a regolare gli aspetti salienti dell'istituto quanto ai presupposti ed al contenuto e, d'altra parte, contiene una precisa delimitazione dei poteri delle leggi ordinarie che, in una prospettiva futura, dovranno disciplinare le condizioni di esercizio”¹²⁶. Si precisa, inoltre, che spetta “indefettibilmente” al giudice la valutazione circa l'effettiva democraticità dell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'asilante, anche qualora vi fosse una disciplina attuativa, analogamente a quanto già demandato

123 Tribunale di Roma, sez. II civ., 1.10.99. La pronuncia trae origine da un atto di citazione proposto da Ocalan, leader del movimento per la liberazione del popolo curdo in Turchia, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno, al fine di accertare il proprio diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost. L'istanza contiene la richiesta di una dichiarazione che attesti l'impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche nel suo Paese d'origine, e che contestualmente imponga alle Amministrazioni convenute il rilascio di un “permesso di soggiorno a tempo indeterminato”.

124 Si vedano i commenti di E. CANNIZZARO, *Un bilanciamento tra la gravità del reato e le violazioni subite dall'imputato*, “Guida al diritto”, n. 42/99, p. 49, e di L. MELICA, *Riconosciuto il soggiorno permanente anche in assenza dello status di rifugiato*, ivi, p. 51.

125 Il Tribunale di Roma definisce l'art.10, co. 3 Cost. “di contenuto precettivo ed immediatamente operativo, e in quest'ottica “il diritto d'asilo si configura, quindi, come un diritto soggettivo perfetto che sorge in capo allo straniero allorchè venga accertato l'impedimento nel Paese di origine dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”.

126 E' interessante notare che, in questo stesso passaggio della motivazione, il Giudice ritiene che “la norma costituzionale pone certamente un divieto, ad esempio, alla limitazione del beneficio agli appartenenti a determinati paesi; ovvero alla ottemperanza di condizioni formali da parte dell'asilante ovvero, ancora, alla previsione di requisiti e situazioni soggettive diverse ed ulteriori rispetto a quanto previsto dal dettato costituzionale”. Non viene, in alcun modo, chiarito come la laconica formulazione dell'art. 10, co. 3 Cost. possa sottendere tali e tanti aspetti della disciplina, sebbene contenga una riserva di legge rinforzata che vincola la fonte primaria di attuazione al rispetto del presupposto espressamente indicato per il riconoscimento del diritto stesso (“la legge ordinaria non può modificare il presupposto a cui il dettato costituzionale subordina il sorgere del diritto d'asilo né, tantomeno, diversamente condizionarlo”).

all'apprezzamento discrezionale dell'Autorità giudiziaria in sede di riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi della Legge Martelli¹²⁷.

In merito al rapporto tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale, infine, il Tribunale di Roma sostiene che si tratta di due diritti diversi per presupposti, “sicchè le due categorie – definite, peraltro, con un criterio puramente concettuale dalla Costituzione e con un diverso criterio attinente ad una specifica situazione personale dalla Convenzione – non coincidono (né può oscurare tale distinzione la confusione terminologica in cui spesso le Convenzioni internazionali e le leggi che le rendono esecutive incorrono)”. E puntualizza che un ulteriore profilo di distinzione riguarda la diversa fonte da cui scaturiscono: “il diritto al rifugio ha origine da una norma convenzionale internazionale, il diritto all'asilo da una previsione costituzionale che, con una scelta precisa, ha inteso porre non già un'enfatica dichiarazione di principio, bensì un preciso precetto giuridico”.

Sebbene la giurisprudenza abbia progressivamente riconosciuto il carattere di diritto soggettivo perfetto dell'asilo¹²⁸ - superando il limite della presunta mera programmaticità dell'art. 10, co. 3 Cost.¹²⁹, e dunque l'immediata azionabilità dello

127 Secondo il Tribunale di Roma, il diritto al riconoscimento dello status di rifugiato convenzionale sorge analogamente “allorchè ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, lo straniero ritenga a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche”.

128 A partire dalla seconda metà degli anni '80, alcuni tribunali amministrativi regionali hanno espressamente dichiarato l'immediata applicabilità dell'art. 10, co. 3 Cost. soprattutto in presenza di provvedimenti espulsivi verso Paesi dove il soggetto straniero del caso di specie era vittima di persecuzioni (cfr. sentenze citate in M. BENVENUTI, op. cit., pp. 39-40, spec. nt. 17-19).

129 In verità, il Consiglio di Stato ha confermato – anche in tempi recenti – la propria posizione favorevole ad una lettura in senso meramente programmatico della norma sul diritto d'asilo costituzionale. Si veda Cons. St. sez. IV, dec. 15 ottobre 2002, n. 2366 in www.giustiziaamministrativa.it, che parla di “natura programmatica” del 3° comma dell'art. 10 Cost. tale da consentire “al legislatore nazionale di dettare le condizioni ed i limiti del riconoscimento del diritto di asilo che, comunque, devono essere temperati con altri interessi di indiscusso rilievo costituzionale come quelli dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale ed altri” (*contra* sul punto Corte cost. 11/68). In Cons. St. sez. IV, dec. 29 ottobre 2002, n. 5919, peraltro, si giunge a ritenere che “deve... escludersi che lo straniero possa vantare, nel nostro ordinamento, situazione soggettive di diritto che gli derivino direttamente dalla Costituzione”. Si noti, tuttavia, che i giudici di Palazzo Spada hanno sempre riconosciuto “la ontologica differenza fra diritto d'asilo e statuto del rifugiato politico”, osservando – sulla scorta di un'interpretazione estensiva dell'art. 10, co. 3 Cost. - che “mentre per ottenere lo *status* di rifugiato necessita almeno il pericolo reale di subire persecuzioni, perchè venga integrata la previsione del comma 3 dell'art. 10 Cost., è sufficiente la mancanza di libertà democratiche nel paese di provenienza”. Soltanto negli ultimi anni, è emerso anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato un tentativo di armonizzazione delle contraddittorie posizioni precedentemente assunte. Infatti, in Cons. St., sez. per gli atti normativi, par. 19 aprile 2004, n. 200, e in Cons. St. sez. IV, dec. 25 settembre 2006, m. 5605, si riscontra il riconoscimento della competenza giurisdizionale del giudice ordinario in materia di diritto d'asilo, sul presupposto che esso rientri nella categoria degli *status* e dei diritti soggettivi. Sulle importanti conseguenze pratiche che derivano dal riconoscimento del diverso ambito di applicazione soggettiva delle due fattispecie dell'asilo

stesso diritto d'asilo innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria - in armonia con quanto affermato dalla più autorevole dottrina¹³⁰, resta un insuperabile cono d'ombra sul contenuto di garanzia da attribuire alla norma costituzionale

Occorre soffermarsi, innanzitutto, sulla portata di questo primo approdo ermeneutico relativo alla natura del diritto d'asilo costituzionale.

Pur mancando la legge di attuazione del disposto dell'art. 10, co. 3 Cost., dunque, si è consolidato il principio in base al quale lo straniero che intenderà chiedere il riconoscimento del diritto d'asilo potrà adire direttamente il giudice ordinario, sulla base della sola sussistenza della causa di giustificazione contenuta nell'enunciato costituzionale e tramite una pronuncia che assumerà carattere dichiarativo, e non costitutivo¹³¹. Inoltre, il richiedente asilo potrà accedere al procedimento di urgenza

costituzionale e del rifugio convenzionale, si veda Cons. St. sez. VI, dec. 29 novembre 2005, n. 2868/06, ove si statuisce che "il diniego di rilascio del permesso di soggiorno, richiesto per asilo politico, non consegue automaticamente al mancato riconoscimento dello *status* di rifugiato politico". Il provvedimento espulsivo impugnato dalla ricorrente, cittadina eritrea, è illegittimo, in quanto "il questore avrebbe dovuto verificare... se non fossero vietati proprio l'espulsione o il respingimento verso lo Stato di appartenenza a causa dei motivi ostativi previsti dalla normativa e, quindi, se fosse possibile rilasciare il permesso di soggiorno per motivi umanitari" ai sensi dell'art. 5, co. 6 TU e dell'art. 28, co. 1 lett. d) D.P.R. n. 394/99 (sulla concreta applicabilità della normativa sul rifugio nell'ambito della procedura di riconoscimento dell'asilo costituzionale, *infra* CAP. II).

130 In particolare, si ricordi che P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., p. 34 rintraccia un indissolubile legame tra il disposto dell'art. 10, co. 3 Cost. e l'art. 2 Cost., constatando che la perdurante assenza di una disciplina legislativa - preordinata a definire i presupposti per l'esercizio del diritto d'asilo costituzionale nonché le modalità di godimento - non potrebbe pregiudicare l'immediata applicabilità da parte dell'interprete (nello stesso senso, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., p. 1156), trattandosi di un "vero e proprio diritto soggettivo" che ribadisce e rafforza l'istanza garantista contenuta nell'art. 2 Cost., posta a salvaguardia della "persona umana, cittadino o straniero che sia". *Contra*, come opinione isolata in dottrina, G. BISCOTTINI, *L'ammissione ed il soggiorno dello straniero*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, vol. I, p. 174.

¹³¹ In questo senso, Trib. Milano, sent. 7 febbraio 2005, n. 1451 (in "Dir. imm. citt.", n. 3/05, p. 108 ss.), ove si afferma che "la sussistenza della giurisdizione del G.O. con riferimento al diritto d'asilo non è in contestazione", in quanto devono ritenersi "ormai acquisiti il carattere precettivo e l'immediata operatività dell'art. 10, co. 3 Cost. e la conseguente qualificazione del diritto di asilo come vero e proprio diritto soggettivo (da ciò deriva inoltre la natura dichiarativa e non costitutiva di tutti i provvedimenti assunti in materia dagli organi competenti)". Nel caso di specie, un cittadino dello Stato africano del Gambia conveniva in giudizio il Ministero dell'interno, agendo contro la decisione di diniego dell'allora Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* rifugiato, fondata sull'insussistenza di una persecuzione individualmente caratterizzata ovvero del relativo fondato timore di subirla. L'attore proponeva, quindi, domanda di riconoscimento dell'asilo costituzionale, sostenendo come il sistema di governo del suo Paese fosse caratterizzato da "metodi antidemocratici, sistematica violazione dei diritti umani, persecuzione delle opposizioni politiche, attentati alla libertà di espressione e ai diritti umani anche per mezzo di detenzione di oppositori" a decorrere dal 1996. Lo stesso attore, in particolare, era stato sottoposto a minacce ed intimidazioni, "volti sempre ad impedire o intimidire l'attività politica del fratello", leader del partito di opposizione. Ebbene, il Tribunale di Milano ha ritenuto "non sufficientemente dimostrate le vicende personali e le persecuzioni" dell'attore, non considerando però questo elemento come "ostativo al riconoscimento

ex art. 700 c.p.c. al fine di sospendere l'immediata esecutività dell'eventuale provvedimento espulsivo a suo carico, adducendo un "fondato motivo di temer che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile"¹³².

Dal tenore testuale della disposizione costituzionale, inoltre, è possibile individuare il bene giuridico fondamentale tutelato dall'art. 10, co. 3 Cost. ovvero del "contenuto essenziale e minimo della garanzia accordata"¹³³.

Si tratta di due situazioni giuridiche soggettive, spettanti a tutti gli stranieri che si trovino nella condizione costituzionalmente tipizzata di impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Carta italiana ovvero – *rectius* – che siano in attesa dell'esito del relativo accertamento. Innanzitutto, essi godono del diritto di ingresso nel territorio della Repubblica immediatamente conseguente al divieto di respingimento alla frontiera, ovvero del diritto per lo straniero che presenti domanda d'asilo presso le autorità italiane diplomatiche o consolari di ottenere un visto d'ingresso¹³⁴. In secondo luogo, si configura un vero e proprio diritto di soggiorno a titolo provvisorio, conseguente al divieto di allontanamento (espulsione o rimpatrio), "nelle more dell'accertamento circa la sussistenza delle condizioni richieste dal disposto costituzionale e a tempo indeterminato una volta intervenuto l'esito positivo di tale accertamento"¹³⁵.

CAPITOLO II

del diritto d'asilo" poiché trattasi di diritto costituzionale al quale "è estraneo ogni elemento limitativo attinente alla persecuzione nello Stato di appartenenza". L'argomentazione si basa sulla "copiosa documentazione in atti", con particolare riferimento ai rapporti di Amnesty International, dalla quale "risulta il mancato rispetto delle libertà fondamentali nello Stato africano del Gambia", successivamente al colpo di stato del 1996, a seguito del quale "nonostante alcuni significativi cambiamenti e il rilascio di numerosi prigionieri politici (dopo lunga detenzione), i diritti umani continuano ad essere violati impunemente e i membri dei partiti di opposizione vengano perseguitati, sia con arresti illegali sia col mezzo della tortura". Interessante, infine, il passaggio della motivazione in cui il Giudice sottolinea che la mera celebrazione di elezioni politiche apparentemente pluralistiche, alle quali cioè hanno avuto accesso diversi partiti senza prova di palesi irregolarità, non rende *ipso facto* democratico lo Stato del Gambia, alla luce del fatto che "non può dirsi democratico uno Stato in cui la formazione del consenso sia viziata dalla violazione della libertà di stampa", che da sola produce "effetti distorsivi (...) sul regolare funzionamento delle regole della democrazia".

132 P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 128 ss. Analogamente secondo G. D'ORAZIO, voce *Asilo (diritto costituzionale)*, cit., p. 3 "la domanda di asilo ed il suo accoglimento sono, per la *ratio* stessa dell'istituto, atti compiuti in situazione di necessità e di urgenza, al fine di preservare altri beni giuridici, pur internazionalmente tutelati e posti, nella specie, in pericolo (quali la libertà personale e lo stesso diritto alla vita)".

133 P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo*, op. cit., p. 95.

134 P. ZIOTTI, *ivi*, p. 119.

135 E. BERNARDI, *Asilo politico*, cit., p. 427; C. ESPOSITO, voce *Asilo*, cit., p. 222; G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, op. cit., p. 57.

IL “VUOTO” NORMATIVO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO E LA SOVRAPPOSIZIONE TRA ASILO COSTITUZIONALE E DISCIPLINA DEL RIFUGIO CONVENZIONALE.

I guai cominciarono quando apparse evidente che le categorie dei perseguitati erano troppo numerose per una prassi riservata a casi eccezionali. Per giunta la maggioranza non aveva titoli sufficienti per il diritto d'asilo che presupponeva delle convinzioni politiche o religiose non vietate nei paesi ospitanti.

H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1948),
trad. it. A. Guadagnin, Torino, 2004, p. 407.

2.1 La riserva contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost.: le "condizioni" del diritto d'asilo. Il carattere di specialità rispetto al diritto dell'immigrazione e la conflittuale convivenza tra i due ambiti normativi.

Per comprendere appieno la portata della disposizione costituzionale sul diritto di asilo, anche alla luce del dibattito svoltosi in Assemblea costituente e precedentemente illustrato, è necessario analizzare l'elemento dell'*impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche* nel Paese di origine o provenienza. La dottrina ha chiarito che non si tratta di “mera condizione o presupposto” per il riconoscimento del diritto in questione, bensì di una “causa di giustificazione”¹³⁶ dello stesso.

La posizione dello straniero nel Paese di appartenenza, dunque, colta nella sua effettività¹³⁷ - ovvero sia la “situazione di fatto di carattere individuale, concreta ed attuale”¹³⁸ che lo ha spinto a fuggire da un regime di illibertà per cercare riparo in

¹³⁶ C. ESPOSITO, voce *Asilo*, cit., p. 226; R. D'ALESSIO, *Art. 10, co. 2°-4°*, in V. CRISAFULLI – L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 67.

¹³⁷ M. BENVENUTI, op. cit., pp. 54-55, il quale sottolinea il carattere “concreto e negativo” della valutazione che l'esame di una domanda d'asilo comporta sulla situazione del richiedente nel Paese di provenienza.

¹³⁸ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo - Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo in Italia*, cit., pp. 1140-1141. Tale interpretazione è condivisa da G. BISCOTTINI, *L'ammissione ed il soggiorno dello straniero*, cit., p.174; C. ESPOSITO, *ivi*, p. 222; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione italiana*, cit., p. 116; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, op. cit., p. 938. Quest'ultimo A., voce *Asilo (diritto di) – II) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, vol. III p. 4, ribadisce che, alla luce delle univoche risultanze dei lavori preparatori, “l'interprete deve

Italia¹³⁹ – deve essere l'oggetto di indagine dei pubblici poteri competenti in ordine all'esame della domanda d'asilo, prescindendo dalla situazione di diritto e dalle norme formalmente vigenti nel Paese in questione¹⁴⁰.

In particolare, la dottrina ha lucidamente rimarcato come l'esperienza storica abbia dimostrato quanto la mera proclamazione costituzionale dei diritti sia insufficiente a qualificare, se non in astratte classificazioni dottrinali, una forma di Stato, ed analogamente come la dichiarata adesione, mediante ratifica di trattati internazionali, “ad un comune concetto di democrazia o ad una *concezione comune* dei diritti umani e delle libertà fondamentali”, non possa precludere quell'accertamento di tipo sostanzialistico che la disposizione costituzionale sul diritto di asilo inequivocabilmente comporta¹⁴¹.

Mettendo a confronto l'ambito soggettivo di applicazione dell'asilo costituzionale con quello di altre forme di protezione politico-umanitaria che si sono radicate nel nostro ordinamento (anche in virtù dell'inerzia del legislatore nell'attuazione del dettato dell'art. 10, co. 3 Cost.), emerge innanzitutto la completa irrilevanza, ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo - oltre che della circostanza di una qualche forma di persecuzione (attuale o potenziale) individualmente orientata¹⁴² - dell'eventuale non imputabilità ad un “agente persecutorio” di matrice statale¹⁴³ dell'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche.

compiere il suo accertamento non con riferimento ai dati normativi testuali dell'ordinamento cui lo straniero appartiene (...), bensì occorre avere riguardo all'effettività dell'esercizio, cioè ad un ordine di considerazioni che, richiedendo una valutazione complessiva di natura anche non giuridica, o, comunque, non documentale o scritta, presenta, in definitiva, carattere politico e di fatto, inerente alla costituzione materiale del paese di appartenenza”.

¹³⁹ Secondo A. CASSESE, *ivi*, p. 536, “il Costituente ha voluto estendere il diritto di asilo anche a coloro che, pur senza essere perseguitati per essersi attivamente impegnati nella vita civile o politica, trovano tuttavia repugnante alla loro coscienza civile e morale vivere in uno Stato autoritario: il contrasto tra i propri principi etico-politici e una situazione obiettiva di illibertà nel proprio paese è il motivo determinante per il quale si può diventare titolari in Italia del diritto d'asilo”.

¹⁴⁰ Si veda l'intervento dell'on. Treves, il quale all'Assemblea costituente dichiarò che “quello che a noi preme di stabilire è se lo straniero può avere l'effettivo esercizio di questi diritti, e non che questi diritti siano astrattamente incorporati nella carta costituzionale del paese cui lo straniero appartiene” (Lavori preparatori, cit., p.2719).

¹⁴¹ G. D'ORAZIO, ult. op. cit., *ibidem*.

¹⁴² *Infra* 2.2.

¹⁴³ Il riconoscimento espresso della possibilità che gli agenti della persecuzione non siano esclusivamente autorità statali, bensì anche soggetti privati, si deve alla Direttiva Qualifiche (art. 6, *infra* CAP. IV). Precedentemente, l'ammissibilità – ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato – di tale ipotesi era relegata alla discrezionalità amministrativa delle competenti autorità dei singoli Stati. Le due posizioni interpretative che si sono tradizionalmente fronteggiate sull'art. 1A CG sono quella aderente alla c.d. *accountability theory* e quella orientata verso la c.d. *protection theory*: la prima ritiene, in senso più restrittivo, che lo *status* di rifugiato debba essere riservato a quei soggetti che temono di subire persecuzione ad opera delle autorità statali ovvero per mano di entità le cui

La *ratio* della norma costituzionale, infatti, è quella di accogliere in Italia chi non ha il concreto godimento delle libertà fondamentali all'interno del territorio del proprio Stato, in modo irrimediabile, ovvero senza che il potere sovrano di quest'ultimo sia in grado di tutelarla. In questo senso, persino il difetto di protezione da parte dello Stato di origine, nel caso di cittadini, o di provenienza, nel caso di apolidi – elemento costitutivo tipico di tutti gli strumenti internazionali di garanzia della persona che subisce una “migrazione forzata”¹⁴⁴ – sembra non essere un presupposto necessario, poiché la fattispecie risulta integrata in presenza della mera situazione di fatto descritta.

Inoltre, non sarebbe costituzionalmente ammissibile una legge di attuazione che, in ipotesi, limitasse il beneficio di cui all'art.10, co. 3 Cost. solo agli stranieri cittadini di determinati Paesi¹⁴⁵. Analogamente, la previsione legislativa di un elenco di Stati c.d. sicuri¹⁴⁶ – in base al quale predeterminare che agli stranieri provenienti da quei

azioni vessatorie, sebbene solo indirettamente, siano riconducibili alla responsabilità dello Stato; la seconda tesi, viceversa, prescinde del tutto dalla natura dell'agente persecutorio. M. BENVENUTI, op. cit., p. 54 ss.

¹⁴⁴ E' interessante analizzare il concetto di *forced migration* in relazione al termine *refugee*.

Con l'espressione “migrazione forzata” si indica un campo semantico ampio, inteso in senso dinamico-evolutivo come l'insieme della cause che concorrono a produrre il fenomeno migratorio dei richiedenti asilo ovvero di coloro che fuggono da una situazione di violazione più o meno intensa di diritti o di persecuzione, non assimilabili a quei cittadini stranieri che coltivano un libero e volontario progetto migratorio. Il termine “rifugiato” designa lo statuto personale di colui che ottiene il riconoscimento di quel particolare beneficio previsto e disciplinato dalla Convenzione di Ginevra, ed è quindi un concetto giuridico in senso stretto. Sul punto, R. ZETTER, *Preface*, “Journal of Refugee Studies” vol. 20, n. 2/07, pp. 1-2 fornisce una chiara spiegazione: “the concept of the *refugee* has come under increasing scrutiny as the causes and consequences of forced migration evolve”.

Il Refugee Studies Centre di Oxford, diretto da R. Zetter, nasce proprio con l'obiettivo di condurre una particolare forma di ricerca accademica volta ad indagare le cause multiformi che hanno alimentato la crescita esponenziale del numero di profughi e richiedenti asilo, nei vari contesti regionali a livello internazionale, ed instaurare con i soggetti politici ed istituzionali un dialogo su quali pratiche pubbliche efficacemente perseguire nel settore. Tutta la produzione scientifica del RSC si concentra sullo studio della *forced migration*, come nuovo campo di analisi che mette in crisi la perdurante validità del più ristretto concetto di *refugee*: l'A., infatti, fa riferimento ad un “discourse seeking to secure the continuing conceptual and methodological relevance of the term *refugee* under contemporary conditions” (*ibidem*).

¹⁴⁵ Alla luce di questa osservazione, risulta incompatibile con il dettato costituzionale l'eventuale adozione, tramite disciplina statale di attuazione, di una norma legislativa che limiti alla sola Europa – analogamente a quanto consentito agli Stati parte dall'art.1B lett. a) della Convenzione di Ginevra – l'area geografica rilevante come territorio di provenienza dei possibili asilanti, con conseguente esclusione dell'obbligo di protezione nei confronti di individui in fuga da diversi continenti. Nell'ambito della Convenzione sullo *status* di rifugiato, si tratta della c.d. riserva geografica, l'adesione alla quale è venuta meno anche per l'Italia - sebbene solo in tempi recenti, con la Legge Martelli - affinché il nostro Paese potesse concludere il negoziato di adesione agli Accordi di Schengen (*supra* CAP. I).

¹⁴⁶ Si noti, tuttavia, che la normativa comunitaria ha recentemente elaborato soluzioni meno drastiche rispetto a quelle tipiche del c.d. “sistema Dublino” (Convenzione del 1990 e Regolamento

Paesi sia precluso il riconoscimento del diritto d'asilo¹⁴⁷ –non sarebbe conforme al dettato costituzionale, in quanto introdurrebbe un requisito rigido ed ancorato a parametri spaziali confliggenti con il criterio sostanzialistico stabilito dall'art. 10, co. 3 Cost.¹⁴⁸

E ancora, dal momento che la *ratio*, per così dire, fisiologica¹⁴⁹ dell'istituto dell'asilo è la configurazione di una posizione di *favor* per gli stranieri che ne abbiano diritto,

n. 343/03): la c.d. Direttiva Procedure (Dir. del Consiglio 2005/85/CE, del 1° dicembre 2005), al suo XIX Considerando, introduce un principio di presunzione *iuris tantum* in materia di “Stati sicuri”: premesso che “criterio fondamentale per stabilire la fondatezza della domanda di asilo è la sicurezza del richiedente nel Paese di origine”, “se un Paese terzo può essere considerato paese di origine sicuro, gli Stati membri dovrebbero poterlo designare paese sicuro e presumerne la sicurezza per uno specifico richiedente, *a meno che quest'ultimo non adduca controindicazioni fondate*” (cors. nostro). Ad ogni modo, è difficile ritenere la piena ammissibilità costituzionale di tale criterio di “presunzione confutabile” (M. BENVENUTI, op. cit., p. 114, nt. 23), per quanto appunto temperato rispetto alla rigidità delle “clausole Dublino”, alla luce dell'evidente aggravio procedurale - in termini di onere probatorio - che pone a carico del richiedente.

¹⁴⁷ G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, “Diritto e società”, 1973, p. 938; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1144; F. RESCIGNO, cit., 158. *Contra* B. NASCIMBENE, *La condizione dello straniero*, in ID. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, pp. 77.

¹⁴⁸ La catalogazione di Stati di cui si presume la “sicurezza”, ovvero l'assiomatica assenza in taluni Paesi di situazioni di compressione delle libertà fondamentali ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost. - appare assolutamente contrastante con la lettera della disposizione costituzionale. Essa, infatti, non contiene neppure implicitamente un canone di “sicurezza”, intesa come *standard* di democraticità e di rispetto dei diritti fondamentali, rispetto al quale parametrare le singole situazioni nazionali di provenienza del richiedente asilo, né presuppone un lato giudizio sulla democraticità complessiva del suo Stato di origine, bensì comporta esclusivamente un accertamento fattuale incentrato sul soggetto e sulla sua concreta possibilità di esercitare in patria le libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione. Sarebbe alquanto scivolosa la diversa opzione di prevedere un siffatto “giudizio tra politico-ideologico e sistematico-funzionale sull'altro ordinamento” (G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, op. cit., p. 88), in quanto potrebbe introdurre una valutazione comparativa estranea all'ambito giuridico-normativo in senso stretto, e legata piuttosto ad universi valoriali di sommaria rappresentazione. Ad ogni modo, non si può ignorare che - benchè si tratti dell'accertamento di un caso singolo, improntato all'esame della reale posizione del soggetto nell'ordinamento dello Stato di appartenenza - emerge inevitabilmente anche un'immagine di tale Paese, più o meno drammatica quanto al carattere liberal-democratico del suo sistema politico-istituzionale, radicata nella storica fisionomia del diritto di asilo nel periodo rivoluzionario quale strumento di protezione dei perseguitati politici e di indiretto sostegno alla causa liberale, che consente, dunque, di evitare un'ingerenza diretta negli affari interni ad un altro Stato pur offrendo aiuto ai suoi oppositori.

¹⁴⁹ L'obiettivo basilare del diritto d'asilo costituzionale è secondo A. CASSESE, voce *Art. 10*, cit., p. 535, quello di proteggere coloro che fuggono da “Stati autocratici, nei quali di regola tutte le libertà o almeno tutte le libertà principali sono compresse”. L'A. sostiene che l'art. 10, co. 3 Cost. vada “considerato nel quadro dell'atteggiamento di amplissima apertura verso i diritti fondamentali dell'uomo, assunto dal nostro costituente” come “il frutto di una significativa convergenza di fondo tra le concezioni personalistiche dei cattolici, le tendenze umanitarie dei socialisti e comunisti e le dottrine liberali dei partiti laici minori, e rappresenta un carattere distintivo della nostra Costituzione” (*ivi*, p. 531), in armonia con quanto affermato dall'on. Ruini nel discorso che tenne nella Costituente per replicare alle critiche mosse al progetto della Commissione dei 75 (seduta del 12 marzo 1947, in

rispetto agli altri immigrati¹⁵⁰, si deve escludere che il godimento del beneficio possa essere sottoposto a condizioni relativamente¹⁵¹ più gravose rispetto a quelle stabilite per gli stranieri in generale¹⁵².

In relazione alla nozione di “libertà democratiche”, l'Assemblea costituente¹⁵³ intendeva alludere a tutti¹⁵⁴ i diritti fondamentali garantiti nel nostro ordinamento

La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, cit., p. 349). Si veda, inoltre, l'intervento dell'on. Cavallai svolto nella seduta antimeridiana del 27 marzo 1947, in ordine alla necessità di provvedere alla formulazione degli articoli della Costituzione "partendo da un presupposto, chiaro, di fronte al quale non vi possano essere incertezze o tentennamenti (...): che l'Assemblea si propone di impedire la possibilità di nuove violazioni dei diritti di libertà della persona umana" come "conquista che noi riaffermiamo non nel campo filosofico o nel campo giuridico, ma nel campo politico" (*Atti Assemblea costituente*, LXXVIII, p. 2568). Sul nesso tra diritto d'asilo e principi fondamentali della Costituzione, *supra* CAP. I.

¹⁵⁰ Alcune norme del Testo unico configurano indubbiamente un trattamento di maggior favore per gli stranieri titolari del diritto di asilo o potenzialmente tali: in caso di richiedenti asilo ovvero di soggetti ai quali sia stato già riconosciuto lo *status* di rifugiato o la protezione temporanea per motivi umanitari, non vige l'obbligo per le autorità italiane di informare la rappresentanza diplomatica o consolare più vicina del Paese di appartenenza dello straniero di eventuali misure limitative della libertà personale, adottate nei confronti di questo, di allontanamento dal territorio dello Stato, di tutela dei minori, di *status* personale o per l'ipotesi di decesso dello straniero o di ricovero ospedaliero urgente (art. 2, co. 7 TU);

¹⁵¹ C. ESPOSITO, cit., p. 224 sottolinea che questo non implica che “la legge non possa imporre a chi goda del diritto d'asilo nessuna condizione che isolatamente sarebbe più gravosa di quella corrispondente imposta agli altri stranieri”, in quanto la deroga alle norme sui controlli preventivi rispetto all'ingresso del richiedente asilo può giustificare la legittima introduzione di “misure di sicurezza e controlli successivi maggiori che nei confronti di altri stranieri”, ed analogamente i particolari limiti alla potestà di espulsione degli asilanti consente che a questi siano applicate “particolari misure sanzionatorie e di prevenzione sostitutive della espulsione” (*ibidem*).

¹⁵² Tale principio, veicolato dalla norma costituzionale sull'asilo, deve essere inteso nel senso che solo “il complesso degli oneri” imposti per il godimento del diritto d'asilo non deve risultare più gravoso rispetto alle condizioni fissate per l'ammissione ed il soggiorno degli stranieri in Italia (*ibidem*).

¹⁵³ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. I, p. 799 si ricorda che con l'aggettivo “democratiche” “più che una limitazione, si è voluto segnare una direttiva al legislatore, il quale dovrà riguardare il diritto d'asilo *sub specie politica*, non *sub specie criminali*” in quanto – ad avviso dell'on. Tupini, presidente della I Sottocommissione – l'aggiunta di tale aggettivo intendeva fugare la preoccupazione espressa dall'emendamento dell'on. Matricolo, volto ad “escludere che i delinquenti comuni possano essere ricevuti in Italia e soggetti al diritto d'asilo”.

¹⁵⁴ G. D'ORAZIO, voce *Asilo*, cit., p. 4 limita la portata della disposizione costituzionale alle sole “situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e procedurali, idonee e sufficienti, quanto meno come astratto sistema normativo, a qualificare lo Stato italiano come democratico”, ai sensi dell'art. 1 Cost., non direttamente implicanti l'esercizio di diritti inerenti allo *status activae civitatis*, sebbene vadano inclusi quei diritti che con i primi sono strettamente connessi, anche in termini di strumentalità (ad es. il diritto di riunione, di “associazione non politica in senso stretto” ex art. 15 CG, anche sindacale, al lavoro, alla manifestazione del pensiero anche a mezzo stampa e di circolazione). L'A. esprime, tuttavia, una posizione in certo senso anacronistica alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e della più avanzata elaborazione dottrinale in materia di condizione giuridica dello straniero ed applicabilità a questo del principio costituzionale di eguaglianza, nonché in ragione del fatto che confonde due distinti profili: da un lato, l'individuazione delle libertà la cui

costituzionale, tra cui va ricompreso il diritto alla vita – quale presupposto per l'esercizio di tutte le altre libertà¹⁵⁵ – nonché le libertà coesenziali alla forma di Stato liberal-democratico¹⁵⁶ e le libertà economiche, ossia l'intero catalogo costituzionale dei diritti letto in chiave “aperta” e non in senso tassativo¹⁵⁷.

In particolare, poi, è da ritenersi che anche la compressione di una sola delle libertà costituzionali (*rectius* del suo “effettivo esercizio”) possa fondare il riconoscimento dell'asilo costituzionale, dal momento che non si può escludere aprioristicamente che tale situazione - anche in ragione del tipo di libertà negata (ossia della sua funzione nell'ordinamento e nel sistema complessivo dei diritti individuali)¹⁵⁸ – si sostanzi in quello scenario di “*invivibilità democratica*” sotteso alla garanzia dell'art.10, co. 3 Cost.¹⁵⁹

sistematica ed individuale compressione nella terra di origine del richiedente asilo integra la causa di giustificazione richiesta come presupposto per il riconoscimento del diritto stesso, e dall'altro, il contenuto in termini di diritti di libertà esercitabili in Italia che lo *status* di asilante garantisce (a conferma di tale confusione, si veda il passaggio in cui pur ammettendo che la libertà di circolazione rientri nel novero delle *libertà democratiche*, si precisa “senza precludere la legittima istituzione di centri di raccolta”, *ibidem*).

¹⁵⁵ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1141.

¹⁵⁶ Rileva, innanzitutto, la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., qualificata dalla Corte cost. non solo come “pietra angolare dell'ordine democratico” (sent. 84/69) e come la “più eminente manifestazione delle libertà democratiche” di cui all'art. 10, co. 3 Cost. (sent. 11/68, *supra* CAP. 1), ma altresì come avente “rilevanza centrale (...) ai fini dell'attuazione del principio democratico non solo nel nostro ordinamento, che in relazione a tale principio solennemente si qualifica (art. 1 Cost.), ma nelle più significative espressioni della civiltà giuridico-politica che in esso trova la sua caratterizzazione di fondo (sent. 126/85). Nello stesso senso si orientano anche le sentt. 172/72, 1/81, 348/90, 112/93, 502/00, 155/02. In quest'ambito, inoltre, assume un ruolo centrale il diritto di sciopero ex art. 40 Cost., il cui nesso con il principio democratico – nonché con il principio di eguaglianza sostanziale - è stato chiaramente messo in luce dalla Corte cost. quanto alla finalità di “sollecitare i poteri politici” nel “perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione” (sent. 290/74).

¹⁵⁷ Sull'art. 2 Cost. come “fattispecie aperta” si veda A. BARBERA, voce *Art. 2*, cit., ed in proposito si osservi che non vi sarebbe ragione, almeno formalmente, di escludere i c.d. nuovi diritti (perlomeno quelli dotati di espressa tutela a livello di legislazione ordinaria): tra questi spicca, per il rilievo che ha storicamente assunto nelle pratiche discriminatorie, il diritto al libero orientamento sessuale. A livello giurisprudenziale, tra gli altri, il G. Pace di Torino, ord. 21 dicembre 2004, “Gli stranieri”, 2005, p. 54 prende in considerazione ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo proprio il rischio per lo straniero di subire in patria un procedimento penale perchè omosessuale.

¹⁵⁸ Ad es. la libertà di manifestazione del pensiero, *supra*.

¹⁵⁹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., p. 34, il quale chiarisce che l'asilo deve essere concesso anche quando le libertà fondamentali sono conculcate “per effetto di *emergenze* che non hanno il carattere della mera provvisorietà”. *Contra* A. BARBERA – COCOZZA – CORSO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, V ed., 1997, vol. I, p. 309, i quali rinviano alla legge di attuazione per l'individuazione puntuale di tali libertà; A. CASSESE, voce *Art. 10*, cit., p. 536, secondo il quale la norma prende di mira gli Stati autocratici, “nei quali di regola tutte le libertà, o almeno tutte le libertà principali sono compresse”. D'altra parte, vi è stato chi ha proposto un'estensione del novero delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ai fini del riconoscimento dell'asilo

Si noti però che la garanzia del diritto al lavoro¹⁶⁰, così come riconosciuto dall'art. 4 Cost.¹⁶¹, non comporta che il semplice stato di disoccupazione nel Paese di provenienza possa assurgere al rango di titolo all'asilo¹⁶²: si tratta, infatti, di un confine indelebile tra condizione giuridica dello straniero e del cittadino, che ne legittima una posizione reciproca di disequaglianza rispetto all'accesso al lavoro, purchè finalizzata esclusivamente alla protezione della manodopera nazionale¹⁶³.

Il diritto d'asilo, inoltre, dovrebbe essere negato a coloro che siano perseguiti nelle forme legali per aver contribuito a sovvertire l'ordinamento costituzionale di uno Stato, a condizione che in esso risultassero effettivamente garantite le libertà democratiche: le "violazioni di Costituzioni non democratiche", infatti, consentono la richiesta d'asilo¹⁶⁴.

costituzionale, anche a quelle emergenti dalla giurisprudenza costituzionale: B. CHORIANOPOULOS, *Asylrecht und Gesetzesvorbehalt in Deutschland und Italien*, Frankfurt a. Main, 1998, p. 136 ss., cit. in M. BENVENUTI, *ivi*, p. 69.

Un esempio incontrovertibile di regime dittatoriale e liberticida, attualmente, è quello dell' Birmania, dove un colpo di stato - estromettendo dal governo A. San Suu Kyi, leader della Lega democratica, vincitrice delle ultime elezioni libere nel 1990 - ha instaurato la dittatura di una giunta militare, che nega in modo sistematico i diritti fondamentali del popolo birmano e reprime con ferocia ogni forma di dissenso politico (attraverso la violenza contro le manifestazioni pacifiche guidate dai monaci buddisti, la distruzione dei villaggi delle minoranze etniche e l'uso massiccio dei lavori forzati per la costruzione di grandi opere pubbliche, come denunciato dalla Croce Rossa internazionale, cit. in F. Rampini, *Solitudine di un popolo*, La Repubblica, 27.9.07, p. 1).

¹⁶⁰ Cfr. l'intervento dell'on. Tupini nel dibattito costituente, laddove afferma che "quando il nostro testo dice che è garantito il diritto di asilo a coloro ai quali siano negate nel proprio Paese le libertà garantite dalla Costituzione italiana, in questa dizione sono comprese tutte le libertà presso di noi garantite, e, quindi, anche il diritto del lavoro e di libertà sindacale" (seduta antimeridiana dell'11 aprile 1947, in *La Costituzione nei lavori preparatori*, cit., vol. I, p. 799).

¹⁶¹ La norma *costituzionale*, com'è noto, non prevede il diritto al conseguimento di un'occupazione bensì il solo obbligo di condotta a carico dei pubblici di poteri affinché perseguano tendenzialmente una politica di piena occupazione (tra gli altri, W. DÄUBLER, *I diritti dell'uomo e il mondo del lavoro*, "Riv. giur. lav.", n. 1/1989, p. 289).

¹⁶² G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e "società democratica" (sulle "ragioni" dello Stato)*, Padova, 1994, pp. 108-109.

¹⁶³ Alla luce della giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. nn. 144/70 e 454/98) e dell'art. 2, co. 3 TU, la piena eguaglianza di trattamento del non cittadino rispetto al cittadino in ambito giuslavoristico si realizza soltanto quando egli sia divenuto lavoratore regolare, e pertanto non investe anche le condizioni di accesso al mercato del lavoro, le quali per lo straniero sono regolate dalla generale disciplina del diritto dell'immigrazione in quanto strettamente connesse al riconoscimento a quest'ultimo di un titolo per entrare e soggiornare nel territorio italiano. Si vedano altresì A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, Napoli, 1991, p. 65; E. CANNIZZARO, *L'assunzione di lavoratori stranieri: aspetti costituzionali*, in G. GAJA (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia*, Bologna, 1984, pp. 71-72.

¹⁶⁴ C. ESPOSITO, cit., p. 226; A. CASSESE, cit., p. 536.

Da una lettura combinata dei commi 3 e 4 dell'art. 10 Cost. si ricava che non si può negare il diritto d'asilo allo straniero imputato o condannato per reati politici¹⁶⁵, dal momento che l'estradizione per tali reati è espressamente vietata, con l'intento di sottolineare la solidarietà dello Stato italiano verso chi si ribella a situazioni di grave illiberalità.

Un'ulteriore questione dibattuta dalla dottrina concerne l'idoneità a fungere da presupposto per l'asilo della "semplice attenuazione del godimento delle libertà democratiche": secondo alcuni¹⁶⁶ tale ipotesi sarebbe da escludere; secondo altri¹⁶⁷, dal momento che la norma costituzionale ha lo scopo di proteggere la vita, la sicurezza, la libertà di una persona e la "libera manifestazione dei dettami imprescindibili della sua coscienza" che siano concretamente impediti, l'interpretazione non può che essere estensivamente garantista, considerando anche la difficoltà di accertare caso per caso se ricorra la fattispecie della mera "attenuazione del godimento" o del vero e proprio "impedimento".

Ciò che emerge con chiarezza dalla disposizione costituzionale, quindi, è che - sebbene l'apertura della formula usata sia stata considerata da alcuni troppo vaga, al punto da condannarla ad una presunta mera programmaticità ovvero inapplicabilità immediata in assenza di disciplina legislativa attuativa - essa è in grado di vincolare in modo assai penetrante il legislatore futuro¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Resta da accertare quale sia il significato concreto da attribuire alla nozione di "reato politico": da un lato, vi è chi la riconduce all'art. 8, co.3 cod. pen., che definisce "delitto politico" l'offesa di un interesse politico dello Stato ovvero il reato comune determinato da motivi politici (C. GIANNATTASIO, G. SABATINI, G. DE FRANCESCO, A. CRESPI); dall'altro, chi ritiene inaccettabile "invertire" l'ordine logico della normazione facendo dipendere la nozione costituzionale da quanto previsto da una legge ordinaria, anche perché opposti sono i fini sottesi dalle due norme, repressivo l'uno, volto ad assicurare il più ampio godimento possibile della sfera delle libertà l'altro (R. QUADRI, A. CASSESE). Questa seconda tesi dottrinale ricostruisce il concetto di reato politico dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 10 Cost., qualificandolo come quel reato commesso per affermare i valori di libertà e democrazia protetti dalla nostra Costituzione, ed escludendo pertanto i reati di terrorismo e di genocidio, così come tutti gli altri crimini contro l'umanità (recentemente individuati e disciplinati dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, firmato a Roma il 17.7.1998, ratificato e reso esecutivo con legge n. 232/1999).

¹⁶⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1157. Condivide questa posizione F. RESCIGNO, cit., p. 155.

¹⁶⁷ P. BARILE, cit., p. 35, il quale sostiene che l'asilo deve essere concesso anche quando solo taluna fra le più importanti libertà fondamentali sia compressa. Condividono questa posizione P. BONETTI *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1144.

¹⁶⁸ *Supra* CAP. I. Si ricordino altresì le parole di C. ESPOSITO, voce *Asilo*, cit., p. 224, secondo il quale "la disposizione (...) è di per sé applicabile, sia perché, se pure in una parte necessitasse di disposizioni legislative di applicazione, essa contiene tuttavia, senza possibilità di dubbio, una disciplina completa di alcune parti dell'istituto ed una precisa delimitazione dei poteri della legge".

Il rinvio alla legge, pertanto, non conferisce al legislatore la facoltà di sottoporre il riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale a condizioni più restrittive rispetto a quanto sancito nell'art. 10, co. 3 Cost.¹⁶⁹, se non in termini meramente quantitativi in caso di esodo di massa¹⁷⁰, bensì soltanto il potere di disciplinare nel dettaglio la procedura¹⁷¹ (inclusa l'individuazione dell'autorità competente all'esame della domanda)¹⁷² ed i requisiti soggettivi del richiedente¹⁷³, nonché di stabilire lo statuto giuridico dell'asilante¹⁷⁴, ossia le prerogative e gli obblighi del suo soggiorno¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Incerta sul punto la posizione di G. BISCOTTINI, op. Cit., p. 174, il quale – pur affermando che l'asilo ex art. 10, co. 3 Cost. si configura quale diritto soggettivo perfetto – sostiene la sussistenza di un potere discrezionale dell'autorità, limitato dal solo obbligo di motivazione. G. BALLADORE-PALLIERI, op. cit., p. 336, si esprime in termini generici, ritenendo che, sebbene il legislatore non possa neutralizzare la garanzia contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost., tuttavia potrebbe *circoscriverla e limitarla*.

¹⁷⁰ C. ESPOSITO, *ivi*, p. 225, il quale si interroga sulla possibilità che la legge di attuazione non si limiti a stabilire soltanto “le condizioni ed i modi del godimento del diritto”, così come “gli oneri e gli obblighi cui è sottoposto lo straniero in situazione d'asilo”, ma possa imporre condizioni ulteriori per la sussistenza stessa del diritto, ossia per l'ingresso ed il soggiorno del richiedente asilo, in aggiunta a quella fondamentale sancita dall'art. 10, co. 3 Cost. L'A. rimarca che avendo assunto, in età contemporanea, il fenomeno della ricerca d'asilo dimensioni “di massa”, non riguardando più, pertanto, le richieste d'asilo “isolati individui perseguitati per le loro idee e per la loro attività politica”, non si può interpretare la disposizione costituzionale “rigidamente, come che essa conferisca a tali individui in modo categorico ed assoluto, senza possibilità di eccezioni, il diritto d'asilo” (*ibidem*). In quest'ottica, dunque, la legge potrebbe introdurre la condizione di una previa verifica della “sussistenza di situazioni di fatto” tali da consentire l'attuazione in concreto del beneficio in questione, imponendo al tempo stesso allo Stato di rimuovere quanto più possibile gli “ostacoli di fatto” che impediscano tale effettiva realizzazione del diritto d'asilo (la preoccupazione centrale riguarda la possibilità materiale di accogliere un numero sempre crescente di profughi).

A tale riguardo, l'A. ammette la previsione di quote numeriche per l'ingresso di richiedenti asilo, purchè siano rispettati gli accordi internazionali in materia: in particolare quelli riguardanti gli oneri di solidarietà reciproca tra gli Stati (v. Preambolo della Convenzione di Ginevra).

¹⁷¹ Osserva P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1148 rileva che sarebbe ragionevole la scelta del legislatore di introdurre una clausola di diniego di riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale a quello straniero che, dopo aver presentato la domanda, assuma comportamenti finalizzati ad interferire abusivamente con un esame obiettivo ed imparziale della sua situazione personale (ad es. la produzione di documentazione falsa o contraffatta, la creazione fraudolenta di situazioni di pericolo o l'occultamento di documentazione sfavorevole) ovvero ad impedirlo (ad es. il rifiuto di fornire le proprie generalità o di sottoporsi a colloqui con le autorità competenti ovvero l'allontanamento improvviso ed ingiustificato dal luogo formale di reperibilità ai fini della procedura o dove aveva l'obbligo di alloggiare durante l'esame della sua domanda).

¹⁷² P. ZIOTTI, op. cit., p. 117. Tra le condizioni stabilite dalla legge suscettibili di essere introdotte ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost., rientrano anche quelle relative alla ripartizione degli oneri tra i vari Stati, previste a livello internazionale o comunitario come criteri di individuazione dello Stato responsabile all'esame della domanda d'asilo. Secondo P. BONETTI, *ibidem*, questa possibilità si fonda altresì sul disposto dell'art. 11 Cost., ovvero sul principio di cessione di quote di sovranità nazionale a favore di un sistema sovranazionale: in tal senso, lo Stato italiano limiterebbe l'esame da parte dei propri pubblici poteri delle domande presentate sul suo territorio, in ossequio alle suddette norme internazionali e comunitarie, purchè gli altri Paesi “diano concrete e precise garanzie di assicurare allo straniero una tutela del diritto d'asilo analoga a quella prevista dalla Costituzione italiana” (*ivi*, p. 1149). Sull'analisi del concetto di “Stato terzo sicuro” a livello di diritto comunitario,

Infine, nel concetto di “condizioni stabilite dalla legge” rientra anche la disciplina delle cause di cessazione del diritto di asilo, configurabile ogniqualvolta venga meno – in riferimento al caso individuale considerato - il concreto ed attuale impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche costituzionalmente garantite, che aveva originariamente giustificato la concessione del beneficio¹⁷⁶. Si noti, però, che non sarebbe costituzionalmente ammissibile che la legge – nel regolare le ipotesi di cessazione – non rispettasse quei “particolari limiti e cautele” previsti per la revoca dello *status* di rifugiato¹⁷⁷ ai sensi della Convenzione di Ginevra¹⁷⁸.

La Convenzione del 1951, dunque, si pone rispetto alla disciplina attuativa dell'asilo costituzionale come *standard* minimo di garanzia, in quanto unica normativa vigente in materia di protezione internazionale della persona, dotata di un più ristretto ambito soggettivo di applicazione, assumendo, pertanto, carattere di specialità¹⁷⁹.

Passando, poi, ad esaminare più analiticamente la riserva di legge contenuta nella disposizione costituzionale sul diritto d'asilo, se ne individua una duplice giustificazione¹⁸⁰. Da un lato, essa discende – in termini di coerenza logico-sistematica – dalla riserva rinforzata di legge introdotta per la disciplina generale della condizione giuridica dello straniero dal co. 2 dello stesso art. 10 Cost.: si tratta di una garanzia posta a tutela dei diritti degli stranieri, nel senso che impone una

si veda D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, “Il Diritto dell'Unione Europea”, n. 4/04, p. 811 ss. (*infra* CAP. IV).

¹⁷³ G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e “società democratica”*, Padova, 1994, p. 102.

¹⁷⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., 35.

¹⁷⁵ Si ricordi che, ad ogni modo, anche rispetto a queste fattispecie, la discrezionalità del legislatore non è assoluta, dal momento che in materia di condizione giuridica dello straniero vale il disposto dell'art. 10, co. 2 Cost., il quale pone una riserva rinforzata di legge rispetto alle previsioni del diritto internazionale pattizio applicabile. Rilevano, inoltre, anche i commi 1 e 4 della medesima disposizione: il primo in relazione all'obbligo di *non refoulement* quale norma di diritto internazionale consuetudinario, il secondo come riflesso che il divieto di estradizione per reati politici può avere sulla protezione e l'accoglienza da offrire al soggetto.

¹⁷⁶ In questo senso, G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, op. cit., p. 72; A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, cit., p. 538; C. ESPOSITO, cit., p. 225; P. BONETTI, cit., p. 1149.

¹⁷⁷ C. ESPOSITO, *ivi*.

¹⁷⁸ Cfr. artt. 32 (espulsione) e 33 (divieto di *refoulement*, *supra* CAP. I), CG. Ai sensi della prima disposizione, è fatto divieto agli Stati contraenti di espellere un rifugiato regolarmente residente “se non per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” nonché “in esecuzione di una decisione presa conformemente alla procedura prevista dalla legge”. In questo caso, al rifugiato deve essere garantito il diritto alla tutela giurisdizionale ed alla difesa, “a meno che imperiosi motivi di sicurezza nazionale lo impediscano”, e comunque gli dovrà essere concesso “un periodo di tempo ragionevole per permettergli di tentare di farsi ammettere regolarmente in un altro Paese”, pur potendo gli Stati contraenti durante questo periodo “adottare quei provvedimenti di ordine interno che riterranno opportuni”.

¹⁷⁹ *Infra* par. 2.2.

¹⁸⁰ A. CASSESE, cit., p.533.

sottrazione della materia alla regolamentazione dell'autorità amministrativa ed una sua attribuzione alla potestà legislativa del Parlamento, a sua volta vincolato al rispetto delle fonti internazionali pattizie rilevanti. Analogamente è sottratta alla potestà normativa dell'esecutivo la disciplina del diritto di ingresso e soggiorno in Italia degli "stranieri che vivano in uno Stato estero autoritario"¹⁸¹.

Il secondo fondamento della riserva in questione è la circostanza che si tratta di un diritto di libertà, sottratto – come tutti i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, disciplinati appunto o da norme costituzionali o da leggi ordinarie – al potere discrezionale della pubblica amministrazione.

La riserva di legge contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost. è assoluta: la specificazione delle modalità di accertamento della sussistenza delle condizioni obiettive, cui è subordinato il godimento del diritto d'asilo nonché di tutti gli altri elementi (procedurali e non) suscettibili di ulteriore specificazione, potrà attuarsi solo con atto normativo primario avente valore di legge. Lo spazio che residua per l'intervento di fonti regolamentari è limitato alla stretta esecuzione di quanto previsto nella legge di attuazione¹⁸².

Accanto a tale intrinseco legame tra il terzo ed il secondo comma dell'art. 10 Cost., si configura altresì una radicale differenza tra la fattispecie dell'asilo costituzionale e la condizione giuridica dello straniero¹⁸³. Infatti, il diritto di asilo si radica nella causa di giustificazione dell'*impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche* garantite dalla Costituzione, elemento che sostanzia il "motivo determinante della richiesta di asilo"¹⁸⁴: in ciò risiede la strutturale distanza tra la

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² A. CASSESE, *ivi*, p. 534 sottolinea che la riserva di legge si articola in un duplice precetto: vige un vero e proprio obbligo per gli organi dotati di potestà regolamentare di astenersi dal disciplinare la materia, e specularmente la norma esprime "un invito" al legislatore ordinario affinché provveda ad integrare legislativamente il dettato costituzionale.

¹⁸³ Osserva G. DE VERGOTTINI, *Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione*, in T. BONAZZI - M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 241 ss. che con il termine "immigrato o migrante" ci si riferisce a colui che ha fatto ingresso in Italia per soggiornarvi per motivi di lavoro, studio, famiglia e, più in generale, con la prospettiva di assicurarsi un futuro migliore sotto il profilo economico; mentre, "è considerato rifugiato colui che abbandona il proprio paese in quanto fatto oggetto di reale o potenziale discriminazione o persecuzione". Il rifugiato è "un individuo spinto all'emigrazione da fattori contingenti, da pericoli estremamente gravi per la propria incolumità dovuti a ragioni politiche, ideologiche, religiose".

L'A. individua efficacemente l'elemento di discriminazione tra le due categorie di soggetti nella sussistenza, nel caso di rifugiati e richiedenti asilo (nonchè di persone diversamente bisognose di protezione internazionale), di una "scelta obbligata della fuga" (p. 242, cfr. l'espressione già richiamata di *forced migration*).

¹⁸⁴ C. ESPOSITO, *cit.*, p. 226; A. CASSESE, *ivi*, p. 536.

posizione del richiedente asilo e quella del c.d. migrante economico, ovvero nelle diverse ragioni della loro fuga.

Quest'importante acquisizione concettuale, foriera di risvolti decisivi a livello normativo, è stata fatta propria anche dal Giudice costituzionale, il quale – nella sentenza n. 5/2004¹⁸⁵ – afferma che “pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali” sono “regolati in modo diverso – anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) - l'ingresso e la permanenza nel Paese, a seconda che si tratti di *richiedenti il diritto di asilo o rifugiati*, ovvero di c.d. *migranti economici*”.

In questa pronuncia, la Corte – seppure in un *obiter dictum* – sottolinea quale sia l'insuperabile differenza tra lo *status* del richiedente asilo e del rifugiato, da un lato, e quello dell'immigrato, dall'altro: solo per i primi vale quella “efficacia *paralizzante*” che, in forza dell'art. 19, co. 1 del Testo unico, preclude espulsione e respingimento dello straniero soggetto a “pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali”¹⁸⁶. Come già osservato¹⁸⁷, infatti, questa diversa posizione giuridica è fondata sulla concezione normativa in base alla quale mentre il richiedente asilo o il rifugiato ha un vero e proprio diritto soggettivo all'ingresso ed al soggiorno, lo straniero immigrato ha solo un interesse legittimo¹⁸⁸.

La dottrina osserva, sul punto, che qualora si applicasse a richiedenti asilo e rifugiati il generale regime espulsivo previsto dal Testo unico sull'immigrazione si finirebbe per eludere la riserva di legge dell'art. 10, co. 3 Cost. “che mira evidentemente a precostituire normativamente le singole ipotesi in cui il diritto di asilo può venir meno”¹⁸⁹ attraverso la predisposizione di una disciplina speciale.

Sebbene non sia in concreto agevole accertare che, stante il carattere di illibertà dello Stato *a quo*, la richiesta di asilo sia genuinamente giustificata dall'impedimento all'esercizio di quelle libertà ovvero da altri motivi, non ritenuti rilevanti dalla disposizione costituzionale, non si può arbitrariamente circoscrivere il disposto

¹⁸⁵ Oggetto della questione di legittimità era l'art. 14, co. 5ter TU, nella parte in cui sanziona con l'arresto da sei mesi ad un anno l'inottemperanza dello straniero irregolare all'ordine di allontanamento del questore.

¹⁸⁶ Corte cost., sent. 5/04 *ibidem*.

¹⁸⁷ *Supra* CAP. I.

¹⁸⁸ A. CASSESE, *ivi*, p. 538 ritiene che il migrante economico “si trova comunque in una situazione giuridica *precaria*, e può perciò comprendersi che un provvedimento amministrativo fondato su motivi di ordine pubblico provochi la cessazione del suo soggiorno”. Viceversa, “è da escludere che un diritto fondamentale sancito nella Costituzione possa essere obliterato con un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione” (*ibidem*).

¹⁸⁹ *Ibidem*.

dell'art. 10, co. 3 Cost., cui il costituente ha inteso conferire la massima latitudine, neppure in virtù della necessità politica di evitarne gli abusi.

Viceversa, dovrà proprio essere la legge di attuazione a tentare una soluzione procedimentale a questo delicato problema della verifica *singulatim* della sussistenza della causa di giustificazione *de qua*¹⁹⁰. Tuttavia, nel nostro ordinamento, la materia dell'asilo è stata tradizionalmente assorbita dalla disciplina generale sulla condizione giuridica dello straniero, anche dal punto di vista sistematico¹⁹¹: emblematica, a tale riguardo, l'introduzione anche per il richiedente asilo della fattispecie del trattenimento¹⁹².

Entrambe le materie, quindi, condividono l'assenza di una disciplina organica vera e propria¹⁹³, in grado di abbandonare le logiche contingenti delle politiche dei flussi e delle emergenze umanitarie¹⁹⁴.

2.2 La disciplina vigente in materia di rifugio politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ambiguo rapporto con la fattispecie dell'asilo costituzionale: sovrapposizione o tutela dimezzata?

La Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 giugno 1951, è l'unico strumento di protezione internazionale del richiedente asilo ratificato

¹⁹⁰ Secondo A. CASSESE, *ivi*, p. 536, “è conforme all'intento del costituente ritenere che, nel caso di dubbio, debba costituire requisito sufficiente che nel paese dello straniero viga un regime di illibertà”, anche in ragione del fatto che “non dovrebbero suscitare eccessivi timori i pericoli di abuso” (*sic*).

¹⁹¹ Si veda il D.L. n. 416/89, recante “Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato”.

¹⁹² *Infra* par. 2.2.

¹⁹³ Nonostante l'introduzione del Testo unico del 1998, infatti, permane un elevato grado di frammentazione in una serie stratificata di norme subprimarie e di circolari amministrative. Si veda, da ultimo, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007.

¹⁹⁴ La causa di giustificazione del diritto di asilo costituzionale, - tipizzata nell'art. 10, co. 3 Cost., vale a distinguerlo non solo dai migranti economici, ossia da coloro che abbandonano il proprio Paese per motivi economico-sociali, ma altresì dai c.d. rifugiati ambientali: profughi per cause umane, non direttamente incidenti sull'esercizio individuale ed effettivo delle libertà fondamentali, che arrivano in Italia per sfuggire eventi naturali quali catastrofi ambientali, epidemie, etc. o che versano in stato di bisogno ma non soddisfano il presupposto specifico di cui all'art. 10, co.3 Cost. Emerge, inoltre, un'altra categoria di soggetti bisognosi di protezione umanitaria: quella dei c.d. sfollati (*displaced person*). Si tratta di individui che - spinti da eventi disastrosi, *in primis* da guerre - sono costretti a fuggire dal proprio Paese per riparare nel territorio di Stati limitrofi, in cerca di immediato e temporaneo rifugio G. DE VERGOTTINI, *cit.*, p. 242.

dall'Italia e recepito nell'ordinamento interno attraverso la Legge 24 luglio 1954, n. 722, il cui orizzonte è la tutela individuale contro la persecuzione¹⁹⁵.

È interessante notare come sia un istituto geneticamente quasi coevo all'asilo costituzionale, eppure così distante, innanzitutto proprio per ragioni storiche: mentre il diritto d'asilo si inserisce nell'esperienza delle costituzioni del secondo dopoguerra e delle istanze etiche emerse dai movimenti di liberazione antifascista, lo statuto di rifugiato nasce in piena guerra fredda al fine di dare protezione ai dissidenti in fuga dai Paesi del blocco sovietico¹⁹⁶.

L'attuazione della disciplina relativa allo statuto dei rifugiati e, specularmente, l'inerzia del legislatore in materia di asilo costituzionale costituiscono consapevoli

¹⁹⁵ Tradizionalmente si fronteggiano due diverse concezioni della nozione giuridica di "persecuzione", ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato convenzionale: secondo A. GRAHL-MADSEN, *The status*, op. cit., vol. I, p. 193, sono plausibili sia un'accezione più restrittiva, in base alla quale solo "gravi violazioni" possono costituire una persecuzione, ed una più ampia, per cui "ogni attentato alla dignità umana" costituisce una forma di *persecution*; a giudizio di J. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, 1991, p. 101, viceversa, "costituiscono una persecuzione tutte le violazioni durature e sistematiche dei diritti fondamentali della persona, risultanti dall'assenza di una protezione statale effettiva". Si osservi che proprio l'assenza di una definizione univoca, contenuta nel testo convenzionale, ha impedito alle interpretazioni più inclusive di prevalere.

In Francia, ad esempio, il discorso politico-giuridico è dominato dall'idea in base alla quale la qualifica di rifugiato non deve essere abusivamente assunta al fine di sottrarsi ai doveri imposti dall'ordinamento di appartenenza. Quest'orientamento restrittivo ha indotto il Conseil d'État a negare lo *status* di rifugiato ad una donna vittima delle pratiche di sterilizzazione forzata del governo cinese, sostenendo non si trattasse di persecuzione individuale bensì di misura rivolta ad una collettività indistinta ed obiettivamente determinabile, ossia tutte le donne di nazionalità cinese (Truong Chan, 27.3.1987 cit. in F. TIBERGHEN, *La protection des réfugiés en France*, Marseille, 1988, II ed., p. 370). In quest'ottica, dunque, la persecuzione deve contenere un nucleo di discriminazione personale al fine di una sua positiva rilevanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: l'appartenenza ad un particolare gruppo sociale è un motivo persecutorio interpretato in senso restrittivo dalla giurisprudenza francese della Commissione e del Consiglio di Stato, nonostante la diversa prassi instaurata dall'OFPRA (*infra* par. 3.1).

In relazione ad un caso analogo, *Cheung v. MEI* (1993 - 2FC 314), si è pronunciata in senso opposto la Canadian Federal Court of Appeal, sostenendo che le donne con più di un figlio che in Cina subiscono la sterilizzazione forzata possono essere considerate un "particolare gruppo sociale" ("united or identified by a pur pose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it", *ivi*, p. 322), in quanto la libertà riproduttiva femminile costituisce un diritto fondamentale coesistente al rispetto della dignità umana (in *Chan v. MEI*, 1995 - 3SCR 593, la Supreme Court of Canada respingeva l'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato ad un padre cinese costretto alla stessa pratica forzata perché carente sotto il profilo probatorio sia oggettivo sia soggettivo). *Contra* US Board of Immigration Appeals, in *Chang* (BIA, 1989), ove si ritiene che le politiche di controllo coercitivo delle nascite non configurino una persecuzione in sé.

¹⁹⁶ Le stesse clausole di limitazione applicativa contenute nella Convenzione di Ginevra - ossia la riserva temporale (il nesso con gli eventi anteriori al 1° gennaio 1951) e la riserva geografica (relativa ai soli avvenimenti verificatisi in Europa) - ne dimostrano l'originario carattere congiunturale, che esula dall'obiettivo di istituire uno strumento pattizio di protezione internazionale dalla portata generale.

scelte di politica legislativa, volte alla neutralizzazione del diritto d'asilo così come previsto dall'art. 10, co. 3 Cost.¹⁹⁷, in ragione delle sue potenzialità di strumento di protezione della persona di straordinaria latitudine applicativa.

La giurisprudenza della Cassazione ha lucidamente ricostruito quella sorta di confusione tecnica, ricca di implicazioni concrete, che caratterizza il rapporto tra le due fattispecie.

Nella già menzionata sentenza n. 25028 del 25 novembre 2005, infatti, la Corte ha descritto l'incidenza dell'intestazione della Legge Martelli - dedicata, appunto, anche alla predisposizione di "norme urgenti in materia di asilo politico" - in termini di "commistione tra la categoria degli asilanti, cui fa riferimento l'art. 10 Cost., e quella dei rifugiati di cui alla Convenzione di Ginevra (...) a tutto vantaggio della conservazione di quest'ultima, tuttora la sola a essere compiutamente regolata come unico accesso alla protezione e all'asilo nel nostro ordinamento".

Inoltre, vengono richiamati i successivi interventi legislativi - la Legge Turco-Napolitano e la Legge Bossi-Fini - quanto all'opzione, da questi perseguita, di "separare nettamente la disciplina della condizione giuridica dell'immigrato extracomunitario da quella del *rifugiato e richiedente asilo*"¹⁹⁸, lasciando in vigore della Legge n. 39/90 il solo art. 1 (al quale la Legge n. 189/02 aggiunge gli articoli da *1bis* ad *1septies*)¹⁹⁹ ed al tempo stesso rinviando ad una distinta e successiva disciplina organica la regolamentazione dello *status* di rifugiato e del diritto d'asilo.

¹⁹⁷ M. BENVENUTI, op. cit., p. 212.

¹⁹⁸ Cors. nostro. Si noti che la stessa Cassazione persiste ad usare l'endiadi "rifugiato e richiedente asilo", pur avendo ribadito che si tratta di istituti distinti, dotati di diversi ambiti soggettivi di applicazione.

¹⁹⁹ La Suprema Corte rileva come la Legge Bossi-Fini - al capo II, sotto la rubrica "Disposizioni in materia di asilo" - abbia regolato "in modo unitario la materia per quanto concerne gli stranieri che aspirino al riconoscimento dello status di rifugiato o che presentino domanda di asilo". Le più incisive modifiche introdotte concernono l'*iter* procedurale, che può assumere una forma normale (art. *1quater*, co. 2-5) ovvero una forma semplificata (art. *1bis*, co. 2 lett. a). La procedura normale comporta che, entro due giorni dal ricevimento dell'istanza, il Questore provveda alla trasmissione della relativa documentazione alla Commissione territoriale competente, la quale entro trenta giorni convoca il richiedente per l'audizione, emettendo una decisione nei successivi trenta. La procedura semplificata si applica, invece, al richiedente asilo fermato in condizione di irregolarità ovvero già colpito da provvedimento di allontanamento: appena ricevuta la domanda, il Questore dispone il trattenimento in un "centro di identificazione", ed entro due giorni trasmette gli atti alla Commissione territoriale, che provvede all'audizione entro quindici giorni, adottando una decisione definitiva entro i successivi tre giorni. In particolare, il nuovo art. *1bis* disciplina i casi del trattenimento, stabilendo che il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda d'asilo, ma può essere trattenuto per il tempo strettamente necessario al rilascio dei necessari titoli di soggiorno, che gli consentono di permanere sul territorio italiano in pendenza della procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero al fine di verificare gli elementi su cui si basa la sua istanza, qualora non siano "immediatamente disponibili". Ai sensi dell'art. *1quater* del D.L. n. 416/90, introdotto dalla Legge n. 189/02, le Commissioni territoriali - istituite presso le prefetture con

Tuttavia, la Suprema Corte ha avallato la sovrapposizione tra le due fattispecie, ritenendo che il legislatore del 1990, nell'indicare come oggetto della legge l'asilo politico, disciplinando poi il solo riconoscimento dello *status* di rifugiato "intendeva evidentemente precisare che lo Stato italiano riconosce il diritto di asilo soltanto a coloro che rientrano nella nozione di rifugiato".

Ulteriori elementi normativi che inducono a propendere per una concezione "indistinta" della domanda di asilo rispetto alla richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato sarebbero - a giudizio della Corte - gli articoli 10, co. 4 e 19, co. 1 del Testo unico, in combinato disposto con l'art. 11, co. 1 lett. a) del D.P.R. n. 394/99 (regolamento attuativo).

Infatti, la prima disposizione esclude l'applicazione delle norme sul respingimento alla frontiera dello straniero che non ha i requisiti per l'ingresso "nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari". La seconda riguarda il divieto di espulsione o respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzioni 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 rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto da analoga persecuzione.

La citata disposizione di attuazione, contenente un elenco tassativo dei motivi di rilascio del permesso di soggiorno, alla lett. a) contempla quello "per richiesta di asilo, per la durata della procedura occorrente", e "per asilo", riferendosi evidentemente al rifugio convenzionale.

Dall'*excursus* normativo compiuto, la Cassazione desume che "la disciplina per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e quella relativa al riconoscimento del diritto di asilo è comune per quanto concerne i profili procedimentali", ammettendo quindi che quella appena descritta non è soltanto la normativa che dà concreta attuazione alle previsioni della Convenzione di Ginevra, ma è anche legge attuativa del disposto costituzionale di cui all'art. 10, co. 3 Cost.

decreto del Ministro dell'interno - risultano composte da un funzionario della carriera prefettizia in qualità di presidente (il cui voto prevale in caso di parità), un funzionario di polizia, un rappresentante dell'ente territoriale designato dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali, ed infine da un rappresentante dell'Acnur. L'art. 1^{quinquies} prevede l'istituzione della Commissione nazionale per il diritto d'asilo (che ha preso il posto della Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato), con funzioni di coordinamento delle istanze decisionali decentrate, tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta congiunta dei Ministri dell'interno e degli Affari esteri. Essa è composta da un prefetto in funzione di presidente, un funzionario del Dipartimento libertà civili e immigrazione del Ministero dell'interno, un dirigente della Presidenza del consiglio dei ministri, un funzionario di carriera diplomatica ed un dirigente dell'autorità di pubblica sicurezza.

L'andamento contraddittorio del ragionamento è evidente, nella misura in cui - da un lato - si ribadisce la "non coincidenza" tra precetto costituzionale e normativa sui rifugiati politici²⁰⁰, dall'altro, si considera determinante la mera formulazione letterale dell'instestazione della Legge Martelli e delle altre rubriche normative menzionate.

A questo punto della sua argomentazione, la rilevata incongruenza appare non più dissimulabile: la Corte, in conformità alle sue precedenti celebri pronunce del 1997 e 1999²⁰¹, attribuisce la natura di diritto soggettivo all'asilo costituzionale e, conseguentemente, riconosce la facoltà per lo straniero di proporre la relativa domanda di accertamento innanzi al giudice ordinario, ma afferma che "tale domanda deve essere preceduta dal rilascio del permesso di soggiorno, sicchè, in difetto di domanda proposta al Questore competente o in caso di reiezione dell'istanza di riconoscimento dello stato di rifugiato politico da parte della Commissione nazionale (e in seguito territoriale), *lo straniero non ha titolo, rispettivamente, a entrare e trattenersi in Italia*²⁰²ⁿ".

Negando quanto affermato nella prima parte della sua motivazione²⁰³, quindi, la Cassazione introduce, in relazione al rapporto tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale, un criterio di "strutturale funzionalizzazione" della domanda di asilo al riconoscimento dello *status* di rifugiato, nel senso che il primo dei due strumenti non comporta un diritto all'ingresso ed al soggiorno nel territorio italiano, bensì un mero "diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico".

In questa prospettiva ermeneutica, l'asilo costituzionale assume un ruolo ancillare rispetto al rifugio convenzionale: la portata dell'art. 10, co. 3 Cost. viene ridotta ad una dimensione inferiore rispetto allo stesso "contenuto minimo" del diritto,

²⁰⁰ Assumendo la posizione interpretativa dominante in dottrina - sostenuta, in particolare, da C. Esposito - la Cassazione individua "nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto" di asilo costituzionale, "indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata". Osserva, inoltre, che "la categoria dei rifugiati sarebbe meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, in quanto la Convenzione di Ginevra (...) prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato (...) e non prevede un vero e proprio diritto di asilo in favore dei rifugiati politici".

²⁰¹ *Supra* CAP. I.

²⁰² Cors. nostro.

²⁰³ Nella parte finale della motivazione in diritto, infatti, la Cassazione dichiara che "la distinzione tra asilato e rifugiato non è poi, sostanzialmente, così netta avuto riguardo al contenuto e allo spirito della norma costituzionale e delle successive leggi di attuazione e di ratifica degli atti internazionali in materia, ovvero autonomamente adottate dal legislatore italiano; i due istituti di asilo e rifugio sono associati da una comunanza di ordine funzionale che potrebbe renderne difficile una assoluta separazione" (cors. n.).

diventando quest'ultimo un mero *non refoulement*, per di più risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della richiesta di rifugio politico.

In base a tale evidente sovrapposizione tra il piano delle fonti primarie vigenti (e della confusione che queste operano tra asilo e rifugio) ed il piano dell'interpretazione dell'art. 10, co. 3 Cost.²⁰⁴, la Cassazione parla di "perfetta simbiosi tra gli istituti in questione, con la conseguenza di una più semplice, oltre che più corretta ed incisiva, applicazione degli strumenti del diritto".

L'art. 2, co. 1 lett. a) del decreto definisce "richiedente asilo" lo straniero richiedente il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, modificata dal Protocollo di New York del 1967, resa esecutiva in Italia con la Legge n. 722/54²⁰⁵.

L'unico argomento sostanziale addotto a livello ermeneutico è quello concernente il diritto comunitario, ovvero la nozione di *asylum* che emerge dalle recenti direttive europee in materia. La Corte menziona, infatti, il D.Lgs. 30 maggio 2005, n. 140 recante "Attuazione della direttiva 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri"²⁰⁶. Ad ogni modo, manca del tutto un'approfondita riflessione sulla vincolatività di tale identificazione tra asilo e rifugio, posto che non è un dato univocamente desumibile dall'intero corpus del diritto comunitario e che è fatto sempre salvo il diritto interno degli Stati membri se più favorevole in termini di estensione delle garanzie soggettive²⁰⁷.

²⁰⁴ Non si tralasci di osservare, infatti, che tra le varie premesse che fondano le suddette conclusioni vi è anche quella dell'assenza di una "legge organica sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale".

²⁰⁵ Tuttavia, la già più volte menzionata Direttiva Qualifiche - tardivamente trasposta nel nostro ordinamento con il D. Lgs. n. 251/07 - all'art. 2, lett. c) definisce "rifugiato" colui che possiede lo statuto personale di *refugee* ai sensi della Convenzione di Ginevra; viceversa, nel preambolo (par. 1, 10) fa riferimento, rispettivamente, all'asilo quale settore di normazione ("regime comune europeo in materia di asilo") nonché quale diritto ("la presente direttiva (...) mira in particolare ad assicurare il pieno rispetto della dignità umana, il diritto di asilo dei richiedenti asilo e dei familiari al loro seguito"). Del resto, il par. 2 del preambolo qualifica il regime comune in materia di asilo come "basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati". *Infra* par. 4.3.

²⁰⁶ *Infra* CAP. IV.

²⁰⁷ Nel caso di specie, il Sig. Aday aveva presentato presso l'ufficio della polizia di frontiera regolare istanza per il riconoscimento dello status di rifugiato, chiedendo di poter beneficiare di un permesso di soggiorno temporaneo nelle more della relativa procedura. Il Questore competente rilasciò tale permesso al richiedente asilo e trasmise gli atti all'allora Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato (di cui al D.P.R. n. 136/90), la quale emise una decisione di diniego. Ebbene, secondo la Cassazione "il tribunale prima e la corte d'appello poi non potevano dichiarare il diritto di asilo di Aday Yunus, essendosi già verificata la condizione cui il riconoscimento di tale diritto era risolutivamente subordinato". Viene, con tale motivazione, cassata la sentenza favorevole al riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale impugnata dal Ministero

Lo snaturamento del diritto d'asilo - da diritto fondamentale dell'individuo, da tutelare in modo "assoluto" a strumento di protezione dello straniero, legato a situazioni contingenti e mutevoli discrezionalmente apprezzate dai poteri pubblici - emerge, in particolare, con riferimento ad alcuni istituti disciplinati dalla normativa sullo *status* di rifugiato²⁰⁸: il trattenimento dei richiedenti asilo, l'esame della domanda, le cause ostative alla presentazione della domanda di asilo e la tutela giurisdizionale.

2.2.1 Lo snaturamento del diritto d'asilo: il trattenimento dei richiedenti (a).

I centri di identificazione²⁰⁹ sono stati istituiti al fine di provvedere al trattenimento dei soggetti richiedenti il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che può avere carattere obbligatorio ovvero facoltativo.

Il primo tipo di trattenimento riguarda le ipotesi in cui lo straniero è stato "fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o,

dell'interno, e "non sussistendo la necessità di accertare ulteriori elementi di fatto" (ossia non ritenendo che si potesse verificare la sussistenza dei presupposti per la titolarità del diritto di cui all'art. 10, co. 3 Cost.), la causa è decisa nel merito con il rigetto del ricorso avverso il provvedimento di diniego della Commissione centrale.

²⁰⁸ L'analisi è di A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà: il diritto di asilo nell'ordinamento italiano*, in B. M. BILLOTTA - F. A. CAPPELLETTI, *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 101 ss., il quale sottolinea "l'appiattimento del diritto di asilo sulla figura strutturalmente più limitata del rifugio, tanto da orientarsi verso la sostanziale uniformità regolativa " come soluzione scelta dal nostro ordinamento (p. 119 ss.),

²⁰⁹ Un aspetto molto importante e talora sottovalutato concerne il disposto del co. 4 dell'art. 1bis L. 39/90, ai sensi del quale per il trattenimento di cui al co. 2, lett. b) - ossia quello disposto " a seguito della presentazione di una domanda di asilo da parte di uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento" - si osservano le norme di cui all'art. 14 TU. In questo caso, pertanto, il trattenimento avverrà presso i centri di permanenza temporanea ed assistenza, e non presso i centri di identificazione, dove "sarà comunque consentito l'accesso ai rappresentanti dell'ACNUR", nonché "agli avvocati e agli organismi ed enti di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore, autorizzati dal Ministero dell'interno". Ad ogni modo, si è registrato che i centri di identificazione per richiedenti asilo sono spesso strutture contigue a quelle dei cpta, se non le stesse. Questo elemento di forte criticità del sistema viene denunciato anche nel Rapporto della Commissione De Mistura (*infra*), laddove si evidenzia che "il trattenimento dei richiedenti asilo presso i CID (e l'applicazione della procedura semplificata) era stato pensato come prassi residuale e da applicarsi solo in circostanze ben precise", ma in realtà si è fatto ricorso a questo strumento "in modo sempre più generalizzato" (p. 18). E ancora, si segnala che "i richiedenti asilo vengono di fatto trattenuti all'interno di strutture, con scarsa possibilità di uscita diurna" e che "il fatto che nella medesima area sorgano centri dalle finalità molto diverse (...) crea un clima di assimilazione" (*ibidem*).

comunque, in condizioni di soggiorno irregolare"²¹⁰ ovvero quando si tratti di straniero "già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento"²¹¹ (art. 1bis, co. 2, Legge n. 39/90²¹²).

²¹⁰ Sul punto, occorre ricordare che il primo comma dell'art. 31 (rifugiati in situazione irregolare nel Paese di accoglimento) della Convenzione di Ginevra stabilisce che gli Stati contraenti non possano applicare "sanzioni penali" per l'ingresso od il soggiorno irregolari di quegli stranieri "provenienti direttamente dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata (...), purchè si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolari". Pertanto, il trattenimento non potrà essere applicato a colui che, sprovvisto di validi documenti per l'ingresso, presenti spontaneamente domanda d'asilo al valico di frontiera o presso la questura territorialmente competente, ma soltanto allo straniero che proponga istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato *dopo* essere stato fermato. Ai sensi della Convenzione di Ginevra e della Direttiva 2003/9/CE (art. 2, lett. k), le questioni dell'ingresso illegale, dell'ammissione sul territorio dello Stato di accoglienza, del trattenimento e della libertà di movimento sono interconnesse e, pertanto, disciplinate contestualmente. Il citato art. 31 disciplina due forme di restrizione alla libertà di movimento dei richiedenti asilo illegalmente presenti sul territorio di uno Stato parte. Innanzitutto, può configurarsi, appunto, il caso di rifugiati che siano arrivati "direttamente" da un Paese ove sussisteva per loro rischio di persecuzione ex art. 1 della Convenzione stessa, e che si siano autodenunciati all'autorità, giustificando la propria condizione di irregolarità: questi non possono essere sanzionati, secondo autorevole dottrina, neanche attraverso la misura del trattenimento (H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006, p. 497). Tuttavia, il secondo comma della medesima disposizione consente l'applicazione di "restrizioni necessarie" ai movimenti degli *unlawful refugees*, in attesa di regolarizzazione ovvero di ammissione in altro Stato (in quest'ultimo caso, inoltre, avranno diritto ad una "proroga ragionevole" del titolo di soggiorno che sia stato loro, nel frattempo, concesso dal Paese di accoglienza in adempimento dell'obbligo di *non refoulement*, come pure di "tutte le facilitazioni necessarie").

Tra queste limitazioni ben può rientrare l'istituto della *detention*. Inoltre, il primo comma ammette, specularmente, che chi non soddisfi i le condizioni previste possa essere soggetto a *penalties*, compreso il trattenimento: secondo G. S. GOODWIN-GILL, leggendo questa norma in conformità con il diritto internazionale, si desume che la detenzione del richiedente asilo irregolare non potrà, comunque, essere arbitraria, bensì obbligatoriamente "ragionevole" ("reasonable") e "proporzionata" ("proportional") rispetto ai fini concreti da perseguire (*Article 31 of the 1951 Convention relating to the status of refugees: non penalization, detention, and protection*, in E. FELLER - V. TÜRK - F. NICHOLSON, *Refugee protection in International Law - UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge, 2003, p. 221 ss.).

²¹¹ Dal momento che, in forza del citato co. 4 dell'art. 1bis, in questa ipotesi si applica il disposto dell'art. 14 TU, il trattenimento del richiedente asilo che sia "già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento" è sottoposto alla procedura di convalida giurisdizionale, nel rispetto delle garanzie che l'art. 13, co. 3 Cost. prevede nell'ipotesi di adozione di provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale. In particolare, i presupposti costituzionali di "necessità e urgenza" sono ravvisabili nel caso dell'art. 1bis, co. 2 lett. b) della Legge Martelli, dal momento che si affida all'autorità di pubblica sicurezza competente (ossia la polizia di frontiera) il compito di garantire l'effettiva esecuzione dei provvedimenti di allontanamento dal territorio italiano degli stranieri irregolarmente presenti, impedendo che questi si rendano irreperibili usando strumentalmente la domanda d'asilo (presentata solo *dopo* l'emissione dei relativi decreti di espulsione o respingimento), ed al tempo stesso di non pregiudicare il loro diritto costituzionale di accesso alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (posto che si aderisca alla tesi dello stretto legame di strumentalità tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale). Risultano, viceversa, più labili gli elementi - imposti dall'art. 13, co. 3 Cost. - della eccezionalità ("casi eccezionali") e tassatività ("indicati tassativamente dalla legge"): infatti, non viene chiaramente

Più problematica, invece, è la figura del trattenimento facoltativo, poiché si procede a disporlo quando sia necessario "verificare o determinare la sua nazionalità o identità", o ancora "verificare gli elementi su cui si basa la sua domanda di asilo, qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili", o infine "in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato" (co. 1).

Ora, sebbene sia espressamente previsto come principio generale informatore della materia che " il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda di asilo presentata", se non "per il tempo strettamente necessario"²¹³ alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza nel territorio dello Stato" (art. 1*bis*, co. 1), le suddette ipotesi di trattenimento facoltativo rappresentano, in verità, la quasi totalità degli eventi verificabili, e la relativa decisione è demandata al potere amministrativo, con ampio margine di discrezionalità ed in base a parametri principalmente fondati sull'ordine e sulla sicurezza²¹⁴.

individuata la categoria dei destinatari dei suddetti provvedimenti. Si tratta, certamente, di atti che dispongono l'allontanamento dell'irregolare dal territorio italiano, adottati dalle competenti autorità giudiziaria o amministrativa, notificati all'interessato nelle forme previste dalla legge, ma tale fattispecie generale include un'ampia ed assai eterogenea pluralità di casi: il rientro illegale dello straniero già espulso (in violazione del divieto di reingresso) ovvero la sua permanenza illegale se colpito da mero ordine di allontanamento del questore ai sensi dell'art. 14, co. 5*bis* TU (e non, come è evidente, da espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera). Tuttavia è inclusa, altresì, la diversa ipotesi di stranieri espulsi molto tempo prima, per i quali il divieto di reingresso sia già spirato, ovvero di soggetti già respinti alla frontiera in un passato più remoto (in relazione ai, dunque, si potrebbe presumibilmente escludere che la domanda d'asilo sia pretestuosa); ed ancora il caso di stranieri destinatari di un provvedimento amministrativo di espulsione non convalidato dall'autorità giudiziaria (P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1177).

²¹² Questo articolo, lo ricordiamo, è stato inserito dall'art. 32, co. 1 lett. b) della Legge n. 189/02 (c.d. Legge Bossi-Fini).

²¹³ Il limite temporale del trattenimento facoltativo è quantificabile - ai sensi del co. 5 dell'art. 1*bis* - nella durata della procedura semplificata: termine di complessivi venti giorni, ricavabile dalla somma dei termini previsti dall'art. 1*ter*, co. 2 (qualora l'esame della domanda non sia ancora concluso, allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo fino al termine della procedura).

²¹⁴ I dubbi di illegittimità costituzionale della disciplina del trattenimento "facoltativo" del richiedente asilo - sollevati da P. BONETTI, *ivi*, p. 1179 - investono il co. 4 del nuovo art. 1*ter* della Legge n. 39/90, in base al quale l'allontanamento non autorizzato dal centro di identificazione "equivale a rinuncia alla domanda" di asilo: la norma ha una chiara valenza deterrente rispetto alla possibilità che il richiedente si sottragga alla misura detentiva in questione, e tuttavia non chiarisce se l'amministratore del centro sia tenuto ad applicare qualche forma di coercizione a tal fine.

Si osservi che qualora il richiedente asilo fosse ricondotto nel centro a mezzo della forza pubblica, e qualora tali centri fossero sottoposti a costante vigilanza da parte della polizia, il trattenimento sostanzierebbe una vera e propria limitazione della libertà personale, e non potrebbe essere disposto in difetto della procedura di convalida giurisdizionale prevista dall'art. 14 TU. Sebbene questo accada nella prassi, la fattispecie del trattenimento facoltativo è normativamente costruita come provvedimento restrittivo della sola libertà di circolazione e soggiorno, consistente nell'obbligo di soggiornare in un determinato luogo per tutta la durata dell'*iter* semplificato di esame della domanda.

Sul punto, si osservi che tali previsioni normative risultano conformi alle disposizioni comunitarie rilevanti in materia, che tuttavia presentano un alto grado di flessibilità: l'art. 7, co. 2 della Direttiva Accoglienza consente agli Stati membri di stabilire un luogo di residenza per il richiedente asilo "per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido ed il controllo efficace della domanda", ed ai sensi dei commi 3, 4 e 5, "ove risultasse necessario, ad esempio per motivi legali o di ordine pubblico" è possibile "confinare il richiedente asilo in un determinato luogo nel rispetto della legislazione nazionale" nonché "subordinare la concessione delle condizioni materiali d'accoglienza all'effettiva residenza del richiedente asilo in un determinato luogo, da determinarsi dagli Stati membri" con la facoltà per il soggetto di allontanarsi dietro concessione di un "permesso temporaneo" con atto obiettivo, imparziale e motivato se negativo. Tuttavia, dal momento che la salvaguardia della libertà di circolazione dei richiedenti asilo è il principio generale cui l'intera disciplina deve essere informata, ai sensi dell'art. 7, co. 1²¹⁵ nonché dell'art. 1*bis*, co. 1 della Legge Martelli, i presupposti introdotti dalla legge per il trattenimento nei centri di identificazione devono essere interpretati restrittivamente²¹⁶, per garantire che il margine di

Alla luce dell'art. 1*ter*, co. 4, tuttavia, la permanenza obbligatoria nel centro integra un onere, ossia un obbligo, in adempimento del quale è previsto l'accesso ad un beneficio: vale a dire una rapida deliberazione sull'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Del resto, il già citato art. 2, lett. k) della Direttiva Accoglienza avalla la concessione del confinamento del richiedente asilo in un luogo determinato da parte dello Stato ospitante come misura che priva il soggetto della libertà di circolazione (analogamente, per l'art. 31, co. 2 della Convenzione di Ginevra, esso incide sul diritto di "freedom of movement"). L'analisi del funzionamento sostanziale dell'istituto suscita, però, il dubbio che non si tratti di un mero obbligo di dimora: la stessa conseguenza dell'allontanamento ingiustificato prevista dall'art. 1*ter*, co. 4 - la rinuncia alla domanda d'asilo, e quindi l'equiparazione del soggetto allo straniero irregolare espellibile - non rivela una semplice coartazione della libertà di circolazione (*contra* P. BONETTI, *ivi*, p. 1180), bensì la sottoposizione del richiedente asilo ad un'evidente pressione psicologica che ha ad oggetto la possibilità di esercitare un suo diritto inviolabile, dunque indisponibile (seguendo la tesi, occorre ricordarlo, della sovrapposizione tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale, di cui si sta tentando di dimostrare *a contrario* l'inadeguatezza) e che comporta, pertanto, una mortificazione della sua dignità in termini di degradazione giuridica, a lesione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

²¹⁵ La disposizione stabilisce che i richiedenti asilo possono circolare liberamente nel territorio dello Stato ospitante o all'interno dell'area loro assegnata, la quale "non pregiudica la sfera inalienabile della vita privata e permette un campo d'azione sufficiente a garantire l'accesso a tutti i benefici" previsti dalla Direttiva.

²¹⁶ In particolare, si noti che vi sono casi in cui il trattenimento facoltativo nei centri di identificazione non è ammissibile, poiché contrasterebbe con il disposto di altre norme sull'ingresso ed il soggiorno di cittadini stranieri nel territorio dello Stato. Si tratta dell'ipotesi in cui il soggetto sia entrato regolarmente (ossia come titolare di valido visto e passaporto) e presenti domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato proprio al momento dell'attraversamento del valico di frontiera ovvero si rechi a questo scopo in questura nei successivi otto giorni lavorativi, nel rispetto dell'art. 5 TU in materia di richiesta di rilascio di permesso di soggiorno, nella misura in cui si possa

discrezionalità decisionale dell'autorità amministrativa competente non sia eccessivo²¹⁷, potendosi innestare sulle ampie potenzialità applicative delle disposizioni citate, e rispetti, in ultima analisi, il quadro degli obblighi internazionali di carattere umanitario²¹⁸.

A questo punto dell'analisi, le contraddizioni della disciplina del trattenimento emergono con chiarezza. Infatti, da un lato, eventuali forme di controllo dei centri di identificazione da parte delle forze di polizia non devono consentire l'allontanamento dei richiedenti asilo per comprovati motivi di salute, esercizio del culto, difesa processuale²¹⁹, unità della famiglia, istruzione, vale a dire per documentate esigenze garantite a livello costituzionale ed internazionale; ed analogamente, non dovrebbe essere impedito l'ingresso al centro di familiari, ministri di culto, difensori, rappresentanti di enti ed associazioni di tutela. Pertanto, diversamente da quanto avviene nei centri di permanenza temporanea, in questo caso non può essere introdotta alcuna misura di coercizione fisica da parte dell'autorità di pubblica sicurezza²²⁰. D'altra parte, però, la contiguità fisica tra i

ragionevolmente applicare tale norma in senso estensivo ed in armonia con la formula "senza indugio" del citato art. 31 della Convenzione di Ginevra; oppure del caso in cui lo straniero sia già regolarmente presente sul territorio italiano e, allo scadere del permesso, presenti domanda d'asilo o consegna all'autorità che riceve la domanda tutta la documentazione probante in suo possesso. Il trattenimento non può altresì essere disposto se il soggetto è minore non accompagnato, da segnalare immediatamente ai servizi sociali comunali, al Tribunale per i minorenni ed al Comitato per i minori stranieri istituito ai sensi dell'art. 33 TU, affinché sia destinato ad un centro di accoglienza, con spese a carico del Fondo nazionale asilo. Inoltre, non è sottoponibile a trattenimento il richiedente asilo che necessiti di cure urgenti, anche continuative, previste dall'art. 35, co. 3 TU (benché la disposizione non lo escluda espressamente), ovvero che sia familiare di cittadino italiano o di straniero regolarmente soggiornante in possesso dei requisiti per ottenere il ricongiungimento familiare ex art. 30 TU, od infine che rientri in una delle categorie per le quali l'art. 19, co. 2 TU prevede un divieto di espulsione (P. BONETTI, *ivi*, p. 1181).

²¹⁷ Le fattispecie di trattenimento "facoltativo", del resto, sono ipotesi assai vicine ai casi di ingresso e soggiorno irregolare dello straniero sul territorio dello Stato, per i quali gli artt. 10 e 13 TU prevedono che sia disposto il respingimento ovvero l'espulsione amministrativa: pertanto, il margine di discrezionalità delle autorità competenti a provvedere dovrebbe trovare limiti significativi, almeno a livello interpretativo. Il confine è labile, dunque, e dall'intero impianto normativo emerge come il legislatore non ha saputo declinare la disciplina del trattenimento del richiedente asilo in modo specifico, ossia predisponendo le necessarie cautele affinché fosse rispettata la particolarità del suo *status* rispetto a quello dello straniero illegalmente entrato o presente sul territorio, ma ha, viceversa, mutuato quasi meccanicamente l'istituto del trattenimento dalle disposizioni in materia di trattenimento degli irregolari presso i centri di permanenza temporanea.

²¹⁸ Sul punto, si veda P. BONETTI, *ivi*, p. 1180.

²¹⁹ In particolare, non è necessaria autorizzazione alcuna per la comparizione del richiedente asilo innanzi alle autorità ed ai giudici.

²²⁰ L'ente gestore del centro può predisporre servizi di vigilanza al di fuori della struttura del centro, ma non al fine di fermare chi se ne allontana ripristinando il trattenimento, bensì con la sola funzione di raccogliere le domande d'asilo, di notificare agli interessati i provvedimenti della Commissione e di identificare chi lascia il centro, verificando se si tratti di allontanamento

centri di identificazione ed i centri di permanenza, di fatto, vanifica ogni sforzo normativo di differenziare il trattamento dei richiedenti asilo rispetto a quello generalmente previsto per gli stranieri irregolari.

Inoltre, la previsione dell'effetto di automatica rinuncia alla domanda d'asilo in caso di allontanamento non autorizzato dal centro produce un'evidente distorsione dell'originaria *ratio* dissuasiva della norma: chi fugge dal proprio Paese raramente si presenta alla polizia di frontiera dello Stato di destinazione, poiché teme di essere rimpatriato e non può consapevolmente prefigurarsi cosa gli accadrà, dunque tende a sottrarsi ad un controllo di tipo detentivo quale, in effetti, è quello attualmente praticato.

Egli è indotto alla clandestinità, paradossalmente, proprio da quella misura - il trattenimento - che dovrebbe incentivarne un atteggiamento trasparente e collaborativo nei confronti delle autorità²²¹.

L'aspetto di più delicata legittimità costituzionale, comunque, come già emerso dalla disamina delle suddette disposizioni, concerne la mancata previsione della convalida giurisdizionale del trattenimento²²² del richiedente asilo, sia esso obbligatorio (salvo

autorizzato ovvero si produca la conseguenza dell'automatica rinuncia all'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato presentata. Tale eventuale intervento della polizia potrebbe altresì servire all'identificazione di coloro che si allontanano dal centro in violazione di un provvedimento di trattenimento obbligatorio emesso, nell'ipotesi più emblematica, a seguito di una pregressa espulsione (o di un precedente respingimento) a carico dello stesso richiedente asilo (art. 1bis, co. 2 lett. b): in questo caso, l'autorità di pubblica sicurezza potrebbe provvedere ad una nuova espulsione ed eventualmente al suo trasferimento presso un CPT.

²²¹ Si richiama, in proposito, il citato art. 1bis, co. 4, nella parte in cui stabilisce che nei centri di permanenza temporanea e assistenza - all'interno dei quali è disposto il trattenimento dei richiedenti asilo già colpiti da provvedimento di espulsione o respingimento (art. 1bis, co. 2 lett. b) - sarà consentito l'accesso ai rappresentanti dell'ACNUR nonché agli avvocati ed agli organismi ed enti di tutela dei rifugiati, purchè "autorizzati dal Ministero dell'interno" (analogamente è disposto per i centri di identificazione al co. 3). Si tratta di una garanzia posta a salvaguardia dei diritti del singolo, ma condizionata al potere discrezionale della medesima amministrazione controinteressata nella procedura di esame della domanda d'asilo (P. BONETTI, *ivi*, p. 1182).

²²² In materia di trattenimento dello straniero irregolare, nella sentenza n. 105/01, la Corte costituzionale ha ritenuto che si determini, "anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale". Il dubbio relativo all'attinenza del trattenimento dello straniero alle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'art. 13 Cost. è alimentato dal fatto che "il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario". Secondo il Giudice costituzionale, ad ogni modo, l'incidenza del trattenimento sull'art. 13 Cost. si evince, in particolare, dal comma 7 dell'art. 14 TU, ove si attribuisce al questore il potere di adottare efficaci strumenti di vigilanza, anche avvalendosi della forza pubblica, per impedire che lo straniero si allontani dal centro, nonchè di provvedere al tempestivo ripristino della misura detentiva in questione quando questa sia violata. Nella motivazione, si ribadisce fermamente come le garanzie relative alla salvaguardia della libertà personale non possano

il caso di cui alla lett. b del secondo comma) o facoltativo: lacuna questa che rappresenta il profilo di criticità della disciplina più assorbente²²³.

2.2.2 L'esame della domanda (b).

Sotto il profilo dell'*iter* procedurale vero e proprio di esame della domanda, il diritto di asilo costituzionale in quanto diritto fondamentale dell'individuo non può che risultare trasfigurato, se assimilato alla fattispecie del rifugio convenzionale e, quindi, al procedimento di riconoscimento di quello *status*.

L'intervento del Tribunale monocratico competente per territorio, infatti, è previsto solo in ultima istanza²²⁴: la prima decisione spetta alla Commissione territoriale,

subire attenuazioni nei confronti del non cittadino, neppure in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti, quali "gli interessi pubblici incidenti sulla materia immigrazione", per quanto "possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati".

Si veda anche Corte cost. 58/95, ove si afferma che la libertà personale - in quanto diritto inviolabile dell'uomo - spetta sia al cittadino sia al non cittadino, e che, pertanto, risulta irragionevole l'applicazione automatica della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero a seguito di condanna penale (prevista dall'allora vigente art. 86, co. 1 DPR 309/90), senza il necessario previo accertamento giudiziale della sussistenza in concreto della pericolosità sociale, e senza la possibilità di una sospensione condizionale della pena. In questa pronuncia, la Corte conferma il proprio precedente orientamento secondo cui "di fronte all'incisione di beni di tal pregio, il controllo di costituzionalità delle norme di legge contestate deve avvenire in modo da garantire che il sacrificio della libertà sia giustificato dall'effettiva realizzazione di altri valori costituzionali o non vada incontro a ostacoli insormontabili costituiti dalla protezione di altri valori costituzionali" (tra le altre, sentt. nn. 63/94, 81/93, 368/92, 366/91). La libertà protetta dall'art. 13 Cost., infatti, ha "carattere universale" ed "al pari di degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".

²²³ Nella citata sentenza n. 105/01, il Giudice costituzionale ha pronunciato una sentenza interpretativa di rigetto, osservando che il controllo giurisdizionale sul decreto di espulsione con accompagnamento non può non investire altresì "tutti i presupposti del trattenimento", anche in virtù di "considerazioni di ordine sistematico circa la collocazione e la funzione della misura del trattenimento *nel procedimento di espulsione amministrativa*" (cors. n.) quale "modalità organizzativa" per realizzare il provvedimento stesso di allontanamento coattivo dello straniero irregolare, risultando, pertanto, infondata "l'interpretazione restrittiva dei poteri del giudice della convalida fatta propria dalle ordinanze di rimessione". Tale nesso funzionale manca del tutto nel caso del trattenimento del richiedente asilo, non vertendosi in materia di espulsioni: la lacuna normativa, quindi, non può essere colmata da alcun intervento ermeneutico.

²²⁴ L'art. 1^{quater}, co. 5 della Legge n. 39/90, introdotto dall'art. 32, co. 1 lett. a) della Legge n. 189/02, stabilisce - in materia di ricorsi contro le decisioni delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato - la competenza del giudice ordinario, "che decide ai sensi dell'art. 1^{ter}, co. 6". Quest'ultima disposizione, già menzionata, prevede sul punto che il ricorso sia presentato "al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente entro quindici giorni, *anche dall'estero tramite le rappresentanze diplomatiche*" (cors. n.), in ragione del fatto che l'impugnazione della decisione di primo grado non sospende il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio repubblicano conseguente al rigetto della domanda di rifugio

ossia ad un'autorità amministrativa²²⁵, avverso il cui provvedimento è ammessa richiesta di riesame alla stessa Commissione a composizione integrata con un membro della Commissione nazionale²²⁶. Quest'ultima provvede, inoltre,

convenzionale (*infra*). Si noti altresì il carattere particolarmente penalizzante di un termine di decadenza così breve: è utopistico, infatti, che lo straniero, allontanato dal territorio dello Stato italiano ed arrivato nel proprio Paese di origine, in soli quindici giorni riesca a raggiungere la sede della rappresentanza diplomatica italiana, accedere ad un colloquio con i funzionari competenti, contattare un difensore in Italia, fornirgli - a distanza - tutta la documentazione utile al fine di sostenere il ricorso e farla eventualmente tradurre, ed infine lasciare al difensore il tempo minimo necessario per elaborare l'atto. Sul punto, si vedano M. BENVENUTI, op. cit., pp. 164-165; L. NERI, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, op. cit., p. 1237; L. TRUCCO, *Asilo: quale tutela giurisdizionale?*, in P. CUTTITTA - F. VASSALLO PALEOLOGO, *Migrazioni frontiere diritti*, Roma, 2006, pp. 275-276. Nonostante questi rilievi, la Corte cost. nella sent. 161/00 (*infra*) - pronunciandosi sulla compatibilità con l'art. 24 Cost. dell'art. 7^{quinq} della Legge Martelli (poi abrogato dalla Legge n. 189/02) nella parte in cui prevedeva un termine di sette giorni per impugnare il provvedimento di espulsione conseguente al diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato - ha ritenuto la questione non fondata. Nella relativa ordinanza di rimessione, si osservava come il termine fosse talmente breve da impedire il pieno esercizio del diritto di difesa, "trattandosi di straniero presumibilmente non inserito nel contesto sociale del Paese ospitante e non padrone della lingua": la Consulta non ha condiviso tale argomento precisando che "per valutare la congruità di un termine in relazione al principio sancito dall'art. 24, occorre comparare non soltanto l'interesse di chi è onerato dal rispetto di esso, ma anche il generale interesse dell'ordinamento al celere compimento dell'attività processuale soggetta al termine di decadenza" (cfr. sent. nn. 138/75, 10/70, 93/62); ed ha aggiunto che "nel caso di specie la necessità di una sollecita definizione del procedimento di impugnazione risponde senza dubbio all'interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari". Del resto, ad opinione della Corte, l'intrinseca irrazionalità di un termine ritenuto troppo breve - la cui determinazione spetta, appunto, al discrezionale apprezzamento del legislatore con il solo limite della ragionevolezza (v. Corte cost. 134/85 e 121/84) - non può essere stabilita "in astratto, fissando una *soglia minima generale*, valida per tutti i procedimenti contenziosi, ma deve essere valutata caso per caso, considerando le speciali caratteristiche di ogni singolo procedimento" (v. sent. n. 126/71).

Alla luce di quest'ultima valutazione, si sottolinea che il procedimento di impugnazione in esame ha natura contenziosa ed ha ad oggetto la legittimità di un atto che poteva essere emesso soltanto nelle ipotesi tassative di cui al co. 2 del cit. art. 7^{quinq}: non comporta, quindi, "lo svolgimento di indagini particolari, accertamenti complessi, istruzioni copiose, escussioni testimoniali, richiedendo soltanto l'individuazione della corrispondenza del provvedimento espulsivo allo schema astratto prefigurato dalla legge". Benché il ragionamento della Corte sia coerente, la pertinenza con l'oggetto della questione di legittimità appare, in verità, labile: la censura del giudice *a quo*, infatti, investiva non tanto le scansioni temporali del complessivo *iter* procedurale dell'opposizione avverso il decreto espulsivo, bensì il solo termine fissato per la presentazione del ricorso da parte del richiedente asilo. Sembra quasi che le questioni precedentemente affrontate in motivazione - attinenti alla rapidità della decisione ed alla conseguente necessità o meno di una sospensione cautelare (*infra*) - abbiano attratto entro lo stesso ambito argomentativo anche quest'ultima e diversa censura.

²²⁵ G. SIRIANNI, *Verso la giurisdizionalizzazione della espulsione amministrativa?*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op. cit., p. 197 individua due elementi di fragilità della tutela giurisdizionale in materia di espulsione amministrativa dello straniero: l'intervento giurisdizionale avviene solo a seguito di ricorso e la stessa viene eseguita tramite accompagnamento coattivo alla frontiera.

²²⁶ Per la composizione delle Commissioni, nazionale e territoriale, connotata dalla prevalenza di membri di provenienza da organi dell'esecutivo, v. *supra*. La decisione è presa a maggioranza, ed

"all'individuazione delle linee guida per la valutazione delle domande di asilo", ai sensi dell'art. 18 D.P.R. n. 303/04.

Si osservi che entrambe le prime due fasi della procedura si svolgono innanzi alla stessa autorità amministrativa competente a decidere sulla domanda, e che - anche quando agisce in sede di riesame - essa risulta composta in prevalenza da membri funzionalmente legati all'esecutivo, configurabile come la stessa controparte.

Il riesame, quindi, svolgendosi di fronte ad un'autorità quasi interamente composta dai medesimi soggetti che hanno adottato la decisione impugnata è una garanzia priva di effettività²²⁷: difetta l'imparzialità dell'organo giudicante, il quale non è diverso né indipendente da quello che ha emanato la decisione di primo grado²²⁸. L'art. 16, co. 2 del D.P.R. n. 303/04, del resto, impone che la richiesta di riesame abbia ad oggetto "elementi sopravvenuti ovvero preesistenti, non adeguatamente valutati in prima istanza²²⁹", che siano determinanti al fine del riconoscimento dello *status* di rifugiato", a fronte di un termine assai ristretto per proporre riesame (cinque giorni dalla decisione) tale da rendere molto improbabile il sopraggiungere di nuovi elementi.

2.2.3 Effettività della tutela giurisdizionale (c).

Un cruciale punto di sofferenza della procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è la mancata previsione dell'effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale, il quale - ai sensi dell'art. 1ter, co. 6 della Legge n. 39/90 - "non sospende il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale": al richiedente asilo, quindi, resta soltanto la possibilità di chiedere al prefetto competente per l'adozione

in caso di parità prevale il voto del Presidente (rispettivamente, un prefetto a livello nazionale, ed un funzionario della carriera prefettizia a livello periferico).

²²⁷ Secondo D. GADDI - P. MASSAROTTO, *Asilanti e rifugiati politici*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona*, Torino, 2005, vol. I, p. 501, il procedimento del riesame si caratterizza "più come *supplica* che come diritto al controllo complessivo del precedente provvedimento negativo".

²²⁸ In questo senso, fra gli altri, P. BONETTI, *ivi*, pp. 1184-1185, che rileva altresì come l'ambiguità della norma potrebbe indurre l'interpretazione in base alla quale la Commissione territoriale debba valutare l'ammissibilità della richiesta del riesame sotto il profilo della sua "adeguata motivazione": in quest'ottica, appare ancora più stridente la quasi totale identità tra il soggetto che ha deciso in prima istanza e quello che definisce la richiesta di riesame.

²²⁹ Non si trascuri di notare che, ai fini della contestazione di elementi "preesistenti", devono concorrere due condizioni - l'inadeguata valutazione in prima istanza ed il loro carattere determinante - la cui sussistenza viene discrezionalmente valutata proprio dall'autorità contro la cui deliberazione si solleva istanza (A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà*, cit., p. 122).

del provvedimento di espulsione di essere autorizzato a rimanere sul territorio nazionale fino all'esito del ricorso²³⁰.

L'effettività del ricorso²³¹ quale strumento di tutela giurisdizionale del singolo risulta, quindi, ulteriormente compromessa, con grave pregiudizio del diritto fondamentale alla difesa²³² nonché del rispetto del principio del giusto procedimento²³³.

²³⁰ La norma è inserita nel cit. art. 1ter della Legge Martelli, introdotto dall'art. 32, co. 1 lett. b) della Legge Bossi-Fini. L'art. 17 del regolamento attuativo (D.P.R. n. 303/04) disciplina nel dettaglio le modalità di presentazione della domanda di "autorizzazione a permanere sul territorio nazionale in pendenza di ricorso giurisdizionale" fino alla data di decisione del ricorso stesso: tale disposizione integra l'art. 1ter al fine di evitare che il prefetto si pronunci sulle stesse circostanze già considerate dalla Commissione inidonee al riconoscimento del rifugio, stabilendo che la richiesta debba essere "adeguatamente motivata in relazione a fatti sopravvenuti, che comportino gravi e comprovati rischi per l'incolumità o la libertà personale, successivi alla decisione della Commissione territoriale" ovvero in ragione di "gravi motivi personali o di salute che richiedono la permanenza dello straniero sul territorio dello Stato". Tale autorizzazione, tuttavia, può essere concessa dal prefetto solo ove non sussista "il concreto pericolo che il periodo d'attesa della decisione del ricorso possa essere utilizzato dallo straniero per sottrarsi all'esecuzione del provvedimento di allontanamento". Si prevede, inoltre, che la relativa permanenza del richiedente asilo si configuri come trattenimento in un centro di permanenza temporanea ed assistenza ai sensi dell'art. 14 TU qualora sia stata seguita la procedura semplificata; mentre, per tutte le altre ipotesi, il co. 3, ult. p., ammette che il prefetto discrezionalmente definisca le modalità di permanenza sul territorio, "anche disponendo il trattenimento dello straniero in un centro di identificazione o di accoglienza ed assistenza". Infine, la decisione del prefetto deve essere adottata, in forma scritta e motivata, entro cinque giorni; in caso di decisione positiva, il questore rilascia un permesso di soggiorno di durata non superiore a sessanta giorni, rinnovabile nel caso in cui il prefetto ritenga che perdurino le condizioni fondanti il primo permesso. Rileva A. SCERBO, *ibidem*, come dal disposto del cit. art. 1ter si evinca "la ferma intenzione di ridimensionare l'ambito operativo dell'organo giurisdizionale, nella convinzione che l'attività del giudice non sia primaria, ma di contorno, e che la natura del suo ruolo sia più simbolica che sostanziale", configurando, quindi, attraverso un'impostazione strettamente amministrativistica, il rifugio convenzionale come un istituto lontano dalla natura di diritto soggettivo perfetto attribuita all'asilo costituzionale.

²³¹ L'interrogativo sotteso alla questione è se possa ritenersi davvero effettivo un ricorso avverso una misura espulsiva azionabile da un soggetto che non si trova già più sul territorio nazionale. Una tutela giurisdizionale posticipata al momento in cui il danno grave ed irreversibile è stato già prodotto a carico del soggetto interessato contrasta con gli artt. 24 e 113 Cost., tra gli altri, secondo G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, "Dir. pubbl.", 2000, p. 889 ss. (seppure l'opinione dell'A. è riferita al quadro normativo precedente al Testo unico del 1998).

²³² In ordine al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., nella sent. n. 161/2000 - in relazione alla questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 13, co. 8, 9, 10 TU, nella parte in cui non consente di sospendere in via cautelare l'efficacia del provvedimento espulsivo impugnato - la Consulta ha sì dichiarato la questione non fondata, ma solo in ragione del fatto che lo stesso Testo unico "impone che la pronuncia definitiva intervenga entro un termine breve dalla formulazione della domanda".

La Corte ha rilevato, infatti, che il procedimento avverso il decreto prefettizio di espulsione "è caratterizzato da particolare speditezza": inizia su ricorso dell'interessato da proporsi entro cinque giorni dalla notifica del provvedimento, e deve essere deciso entro dieci giorni dal deposito. Dal momento che "la sospensione costituisce una forma di tutela cautelare, anticipatoria dell'esito della decisione", nel caso di specie, non ne sussiste la necessità: "la norma censurata (...) non è mutila" e,

Il diritto soggettivo alla difesa giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. rientra nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti a tutti i soggetti a prescindere dalla cittadinanza di ciascuno: l'art. 2, co. 1 del Testo unico, infatti, garantisce i diritti fondamentali della persona umana "previsti dalle norme di diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti"²³⁴ allo *straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato*²³⁵, ed in particolare, la Corte costituzionale -

pertanto, non lede l'art. 24 Cost., "in quanto si garantisce comunque all'interessato di ottenere entro un certo giorno un provvedimento definitivo senza far ricorso all'anticipazione, in via cautelare, degli effetti della pronuncia di merito" (cfr. C. cost., sent. 427/99 ove si afferma che il procedimento giurisdizionale può legittimamente difettare di una fase interinale o cautelare, purchè giunga ad "una immediata pronuncia che definisce la lite, rendendosi superflua ed irrilevante una specifica tutela cautelare"). Viceversa, non è fissato alcun termine per la definizione del ricorso avverso il diniego dello *status* di rifugiato. Sul punto, si veda S. PIZZORNO, *Il diritto d'asilo nella giurisprudenza italiana recente*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 249.

²³³ A seguito della riforma dell'art. 111 Cost., il principio del giusto procedimento gode di pacifica applicazione anche in materia civile. Si vedano S. FERRAJOLO, *Commento agli artt. 31 e 32*, in AA.VV. (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione. Commento alla legge n. 189 del 30 luglio 2002 e al d.l. n. 195 del 9 settembre 2002*, Milano, 2003, p. 160, il quale richiama l'art. 47 della Carta dei diritti UE e l'art. 6 (equo processo), co. 1 in base al quale "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente", anche con riferimento al procedimento amministrativo (S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001) nonché l'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo), ai sensi del quale "ogni persona i cui diritti e libertà riconosciuti nella presente Convenzione fossero violati ha diritto di presentare un ricorso avanti ad una magistratura nazionale, anche quando la violazione fosse stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio di funzioni ufficiali". Si veda altresì P. LEACH, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford, 2005 (II ed.), pp. 241 ss.

Cfr. G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 555-585, a commento della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ove la corte di Strasburgo ha condannato il Belgio per violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU, non ritenendo "effettivo" un ricorso inidoneo ad "empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles". Nel caso di specie, una famiglia slovacca di etnia rom chiedeva il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Belgio, per essere stata oggetto nel Paese di origine di ripetute violenze ad opera di *skinhead*, senza alcuna protezione da parte della polizia locale.

²³⁴ L'art. 2, co. 5 TU ribadisce il principio della parità di trattamento tra cittadino e straniero nella tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, così come nei rapporti con la pubblica amministrazione.

²³⁵ Cors. n. Nel quadro dei diritti fondamentali dello straniero comunque presente in Italia, è compreso il diritto di agire in giudizio per tutelare i propri diritti in materia civile, penale e amministrativa davanti ad un giudice indipendente e precostituito per legge, il quale deve procedere all'esame della causa in modo imparziale ed in un tempo ragionevole (oltre ai cit. artt. 6, 13 CEDU, art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici, artt. 24, co. 1; 101, co. 2; 111 Cost.); nonchè il diritto alla difesa (anche sotto il profilo del diritto a farsi assistere gratuitamente da un difensore d'ufficio e da un interprete), il diritto ad ottenere un indennizzo per una detenzione ingiustamente subita (art. 6, co. 3 CEDU, art. 3 Protocollo n. 7, art. 14, co. 3 Patto internazionale cit., art. 24, co. 2-4

nella sentenza n. 198/2000²³⁶ - ha enunciato il principio in base al quale "il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale"²³⁷.

In verità, non figurano tra le pronunce della Consulta precedenti giurisprudenziali specifici atti ad avallare la tesi della necessità di una tutela giurisdizionale preventiva rispetto all'esecuzione coattiva dei provvedimenti di allontanamento²³⁸: la

Cost.), il diritto a far esaminare da un giudice superiore una sentenza di condanna (art. 2, Prot. n. 7 cit., art. 14, co. 5 Patto internaz. cit.), ed infine il divieto di essere giudicato o condannato più volte per la medesima violazione (art. 4, Prot. n. 7, art. 14, co. 7 Patto internaz.). P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, op. cit., pp. 89-90.

²³⁶ Si tratta di una pronuncia interpretativa di rigetto incentrata sul diritto di difesa dello straniero, intervenuta in materia di decorrenza dei termini per impugnare i provvedimenti di espulsione dalla effettiva conoscenza, attraverso idonea traduzione, del relativo atto di allontanamento suscettibile di ricorso giurisdizionale. La Corte ha rigettato la questione argomentando che il giudice dispone del potere di verificare l'effettiva conoscibilità del provvedimento mediante traduzione, conoscibilità a partire dalla quale decorrono i termini per il ricorso, in armonia con un suo precedente orientamento giurisprudenziale tendente ad affermare una sostanziale posizione di parità tra cittadini e stranieri nell'esercizio del diritto di difesa (C. cost. 10/93). Il Giudice costituzionale, dunque, ribadisce che il presupposto per la decorrenza del termine è dato dalla conoscibilità del provvedimento impugnato: tale elemento, in particolare, deve essere valutato con riferimento al singolo caso concreto, colto nei suoi aspetti sostanziali al di là di qualsivoglia formalismo. Osserva, sul punto, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, op. cit., p. 222 ss. che, in quest'ottica, risulta possibile per il giudice di merito di rimettere in termini il ricorrente che abbia presentato tardivamente la propria istanza per difetto di originaria conoscibilità dell'atto (ovvero, in senso analogo ed aderendo ad una lettura estensiva, per forza maggiore, colpa non addebitabile all'interessato, caso fortuito) senza dichiararne l'inammissibilità.

Si ricordi, inoltre, che in tema di traduzione del decreto di espulsione la Corte si è nuovamente pronunciata con la sentenza di rigetto n. 257/04, ove ha ritenuto che la normativa vigente in materia risponde a criteri "ragionevolmente funzionali, e (...) idonei a garantire che, nella generalità dei casi, gli atti (...) siano conoscibili dai destinatari", pur tuttavia spetta "ai giudici di merito, di fronte ai casi concreti ed usando dei loro poteri, anche ufficiosi, di accertamento, verificare se l'atto ha raggiunto o meno lo scopo per il quale è preordinato e (...) se il provvedimento di espulsione sia stato tradotto in una lingua conosciuta o conoscibile dallo straniero".

²³⁷ Il tema è approfondito in M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, "Dir. pubbl.", 2000, p. 817 ss.; IDEM, *Il controllo giurisdizionale sulle modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione e le garanzie costituzionali: riserva di giurisdizione, diritto alla difesa, contraddittorio*, in AA.VV., *Straniero tra i diritti*, Torino, 2001, p. 53 ss.

²³⁸ Non sembra, infatti, dirimente quanto dichiarato dalla Corte nella già menzionata sent. 222/04, ove si ritiene illegittimo l'art. 13, co. 5bis nella parte in cui prevede che l'accompagnamento alla frontiera sia eseguito prima che intervenga la convalida da parte dell'autorità giudiziaria, in violazione della garanzia di cui all'art. 13, co. 3 Cost., ossia della perdita di efficacia del provvedimento in caso di diniego o mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore, nonché in contrasto con il "nucleo incompressibile" del diritto di difesa come costituzionalmente protetto. La Consulta, del resto, in armonia con l'orientamento espresso nella sent. 161/00, dichiara che "non è certo in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia - convalida del giudice", venendo "d'altronde, in considerazione la sicurezza

Corte, infatti, si è limitata ad affermare la legittimità di termini brevi²³⁹ ed a consentire la predisposizione da parte del giudice di idonei strumenti di tutela cautelare.

Sul fronte del diritto comunitario, non sussiste nessun obbligo stringente per gli Stati membri di prevedere tale effetto sospensivo del ricorso avverso il diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Il terzo comma dell'art. 39 (diritto ad un

e l'ordine pubblico suscettibili di essere compromessi da flussi migratori incontrollati". L'obiettivo è quello di assicurare che si realizzino "i principi della tutela giurisdizionale", quali "l'effettivo controllo sul provvedimento de libertate" e la predisposizione delle garanzie difensive per l'interessato. L'unico spiraglio, che possa preludere ad un'ipotetica pronuncia a favore della necessità di una tutela giurisdizionale *anticipata*, è forse riscontrabile nel passaggio in cui la Corte chiarisce che "il ricorso sul decreto di espulsione (...) non garantisce immediatamente e direttamente il bene della libertà personale su cui incide l'accompagnamento alla frontiera", e che in ragione di ciò la convalida del provvedimento espulsivo deve essere effettiva e non meramente "cartolare".

Ebbene, assumendo questa prospettiva, si potrebbe ragionevolmente ritenere che sia di dubbia legittimità costituzionale una disciplina che ammette l'esecuzione coattiva di un provvedimento senza che contestualmente prevedere la possibilità di ripristinare la situazione di fatto precedente, qualora se ne accerti l'illegittimità (P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, "Dir. imm. citt.", n. 2/02, p. 19; O. FORLENZA, *L'immediata esecutività del provvedimento sembra aggirare le garanzie costituzionali*, "Guida al diritto", n. 15/02, p. 68 ss.; G. MONACO, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero: riserva di giurisdizione e potere di convalida*, "Dir. pubbl.", n. 2/02, p. 645 ss.; A. CASADONTE - P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezza delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, "Dir. imm. citt.", n. 3/02, p. 50 ss.). Si veda altresì P.L. DI BARI, *La procedura di convalida del decreto di trattenimento: crisi di effettività della tutela giurisdizionale e rilevanza delle questioni di costituzionalità*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op. cit., p. 79 parla di "effettività della tutela giurisdizionale come punto di equilibrio costituzionale".

Si noti che è proprio il carattere di sostanziale irreversibilità della misura espulsiva adottata in relazione alle sue immediate conseguenze il fondamento argomentativo della Corte europea, nella già citata sentenza *Čonka*, ove si rileva che gli Stati parte hanno l'obbligo di assicurare, prima dell'esecuzione dell'espulsione, un riesame dell'istanza di protezione presentata dallo straniero, in considerazione della "natura irreversibile delle conseguenze discendenti dalla tortura o da trattamenti comunque inumani". In senso analogo la Corte europea si è pronunciata nel caso *Jabari c. Turchia*, del 17 gennaio 2000 (Ric. n. 40035/98), sostenendo che "data la natura irreversibile delle conseguenze discendenti dalla tortura o da trattamenti comunque inumani, la nozione di ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 impone (...) che sia prevista la possibilità di sospendere l'esecuzione della misura impugnata. Anche la Commissione, in numerose occasioni, ha rilevato che "un ricorso che non ha per effetto la sospensione dell'esecuzione di una decisione di espulsione non è effettivo ai sensi dell'art. 13 e non può trovare applicazione quando il ricorrente alleggi una violazione dell'art. 3 della Convenzione" (A. c. *Francia*, del 27 febbraio 1991, Ric. n. 17262/90).

²³⁹ La citata sent. 161/00 ha fatto salva la normativa impugnata sia sotto il profilo della mancata previsione di una tutela cautelare sia per la brevità dei termini fissati: la successiva ord. 485/00 conferma questo orientamento, ribadendo la perentorietà del termine previsto e la discrezionalità del legislatore nel fissarlo. Osserva G. PERIN, cit., p. 574, che ragionare di termini brevi, rispetto ai quali è sempre possibile escludere che, per quanto ristretti possano apparire, si concreti una violazione dell'art. 24 Cost., viceversa, ben diverso è intendersi sul significato garantista da attribuire ad un ricorso che sia preventivo rispetto all'esecuzione della misura contestata.

mezzo di impugnazione efficace) della già citata Direttiva Procedure non pone vincoli alla discrezionalità dei legislatori nazionali, stabilendo, infatti, che gli "Stati membri prevedono, se del caso, norme conformi ai loro obblighi internazionali intese: a) a determinare se il rimedio di cui al paragrafo 1 [mezzo di impugnazione efficace dinanzi a un giudice] produce l'effetto di consentire ai richiedenti di rimanere nello Stato membro interessato in attesa del relativo esito; b) a prevedere la possibilità di un mezzo di impugnazione giurisdizionali o di misure cautelari, qualora il mezzo (...) di cui al paragrafo 1 non produca l'effetto di consentire" la permanenza dei richiedenti nelle more della definizione del ricorso.

Al fine di paralizzare gli effetti di un provvedimento di espulsione²⁴⁰ che si assume sia stato indebitamente emanato dalla pubblica amministrazione, lo straniero può accedere al procedimento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.²⁴¹, strumento che

²⁴⁰ L'art. 15, co. 5 del D.P.R. n. 303/04 impone allo straniero al quale non sia stato riconosciuto lo status di rifugiato di lasciare il territorio statale (salvo che gli sia stato concesso un permesso di soggiorno ad altro titolo): se il soggetto è già sottoposto a trattenimento in un centro di identificazione ovvero di permanenza temporanea, provvede il questore ai sensi dell'art. 13, co. 4 TU (mediante accompagnamento coattivo alla frontiera); viceversa, se si tratta di titolare di permesso di soggiorno per richiesta di asilo, il questore dispone un mero ordine di allontanamento, con il quale viene intimato allo straniero di lasciare l'Italia entro quindici giorni, ai sensi dell'art. 13, co. 5 TU. Tale disposizione regolamentare è stata investita di dubbi di legittimità costituzionale da parte della dottrina: G. VITALE, *La nuova procedura di riconoscimento dello status di rifugiato*, "Dir. imm. citt.", n. 4/05, pp. 51-52, osserva che il provvedimento di accompagnamento risulta dover essere adottato non solo nei confronti di chi è già destinatario di un decreto di espulsione o respingimento (ipotesi *sub* co. 2, lett. b dell'art. 1bis Legge Martelli), ma anche nei confronti di chi non è stato raggiunto da alcun provvedimento di allontanamento, essendo trattenuto in un centro di identificazione dopo essere stato "fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare" (co. 2, lett. a). Secondo l'A., quest'ultima ipotesi "appare non solo irragionevole, ma anche incostituzionale", dal momento che la misura dell'accompagnamento coattivo alla frontiera può essere adottata - ai sensi dell'art. 13, co. 4 del Testo unico - soltanto nei confronti di chi abbia ricevuto un'espulsione od un respingimento: la disposizione, infatti, prevede unicamente che "l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica". Il regolamento, dunque, estende l'applicazione di una previsione normativa contenuta in fonte di rango legislativo ad un'ipotesi in essa non ricompresa, violando la riserva assoluta di legge posta dall'art. 13, co. 2 Cost. a presidio della libertà personale quale limite a qualsiasi forma di restrizione (tra cui rientra l'allontanamento coattivo dal territorio italiano secondo il più volte citato orientamento della Corte cost.).

²⁴¹ *Supra* par. 1.4. Nella cit. sent. 161/00, la Corte cost. ha sottolineato che l'espulsione amministrativa dello straniero irregolarmente presente sul territorio italiano prevede un procedimento di opposizione strutturato in modo tale che la mera proposizione del ricorso non impedisce la decorrenza del termine di quindici giorni, di cui all'art. 13, co. 6 TU (poi abrogato dalla Legge n. 189/02, art. 12, co. 1 lett. f), scaduto il quale l'espulsione deve essere eseguita coattivamente dal questore (art. 13, co. 4 lett. a TU, ora sostituito dall'art. 12, co. 1 lett. c della stessa Legge Bossi-Fini). Nel regime di allontanamento dello straniero irregolare istituito dalla Legge Turco-Napolitano, poi confluito nel Testo unico del 1998, che - giova ricordarlo - originariamente prevedeva un doppio binario (comprendente l'intimazione a lasciare il territorio italiano entro cinque giorni quale strumento espulsivo principale e, solo in via eccezionale, l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), l'ipotesi di ritardo o impedimento da parte del giudice nella decisione sul

riveste un ruolo cruciale nella prassi, soprattutto nell'ipotesi di sussistenza del rischio di subire nel Paese di rinvio una situazione di persecuzione ovvero di repressione e violazione dei propri diritti fondamentali²⁴², alla luce della quale si configura il "fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile"²⁴³.

2.2.4 La protezione temporanea dei profughi della ex-Jugoslavia: un *case-study*.

E' opportuno rilevare che la tendenza a sfruttare la ristretta fattispecie del rifugio convenzionale, al fine di "neutralizzare" la portata di disposizioni normative in materia di protezione del cittadino straniero, emerge anche dalla disciplina italiana della protezione temporanea dei profughi della ex-Jugoslavia.

Se ne richiamano, in questa sede, gli sviluppi essenziali: anche quest'ulteriore strumento di tutela umanitaria soggiace ad una dinamica di sovrapposizione con l'istituto del rifugio politico, per certi aspetti simile a quella osservata in relazione all'asilo costituzionale. Nel 1992, il Governo ha varato il decreto-legge n. 350 convertito con modificazioni nella legge 24 settembre 1992, n. 390 recante "Interventi a favore degli sfollati dalle Repubbliche sorte nei territori dell' ex-Jugoslavia". Ai sensi dell'art. 1, co. 3, si prevedono "interventi straordinari diretti a fronteggiare le esigenze degli sfollati (...) accolti sul territorio nazionale connesse alla ricezione, al trasporto, all'alloggio, al vitto, al vestiario, all'assistenza igienico-sanitaria, all'assistenza socio-economica, e a quella in favore dei minori non accompagnati, nonché al rimpatrio o trasferimento degli stessi"²⁴⁴. Tuttavia, manca

ricorso non comporta la caducazione del provvedimento impugnato - "contrariamente a quanto disposto in tema di impugnazione delle misure cautelari *de libertate* nel procedimento penale" - bensì se ne preserva l'immediata esecutività: in questo caso, "venendo meno la contiguità temporale fra l'introduzione del giudizio e la sua definizione, la tutela cautelare non sarebbe superflua", e pertanto "non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato". Sul punto, G. SIRIANNI, *Il diritto alla difesa degli stranieri: il difficile equilibrio tra tutela sostanziale ed esigenze di controllo dell'immigrazione*, "Giur. cost.", 2000, p. 2896, ha osservato che "la sentenza, pur lasciando al giudice l'onere di individuare lo strumento più idoneo a soddisfare l'esigenza cautelare, sembrerebbe alludere all'art. 700 c.p.c."

²⁴² M. BENVENUTI, op. cit., p. 43.

²⁴³ P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, cit., p. 128.

²⁴⁴ L'art. 1bis definisce le relative procedure di attuazione, stabilendo che il Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, il Ministro dell'interno definisce le modalità di consultazione dei soggetti interessati dal progetto di accoglienza a fini di coordinamento delle azioni (Regioni, enti locali, organizzazioni non governative e volontariato). Viene altresì introdotta un'interessante

una definizione di "sfollato" ai sensi della legge stessa: difetta, quindi, un'esatta delimitazione del suo ambito soggettivo di applicazione. Le difficoltà interpretative emerse sul punto vengono risolte da una successiva direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri del 1994, in base alla quale è "sfollato" ai fini della legge in questione "il cittadino delle Repubbliche sorte nei territori della ex-Jugoslavia che, a causa di eventi bellici o di disordine pubblico generalizzato, diffuse violazioni dei diritti umani, gravi forme di discriminazione in base all'appartenenza a una comunità etnica o religiosa, è stato costretto ad abbandonare il luogo di abituale residenza e i propri beni" (art. 1, co. 1). E', infine, istituito un Tavolo di coordinamento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con il compito di pianificare gli interventi dei diversi attori istituzionali e degli enti di tutela. La politica effettivamente condotta in materia di ingressi alla frontiera si è, però, rivelata rigidamente chiusa: le statistiche sui respingimenti relativi agli anni 1994 e 1995, infatti, segnalano che al primo posto vi sono proprio i cittadini della ex-Jugoslavia. Una smagliatura normativa è, del resto, presente nello stesso testo della Legge n. 390, ossia nell'ambigua formulazione dell'art. 2, co. 2: "Gli organi di Polizia, sulla base della previa verifica della provenienza dei soggetti dai territori di cui all'art. 1, (...) *possono* rilasciare un nulla osta provvisorio di ingresso nel territorio nazionale (...)". Analogamente, la prassi applicativa ha disatteso il dettato della legge, lasciando ampio margine di discrezionalità decisionale agli organi di polizia: in particolare, una circolare del Capo della Polizia del 24 aprile 1993 (c.d. Circolare Parisi) ha limitato la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari a coloro che erano entrati dopo il 1° giugno 1991, lasciando fuori dai benefici introdotti dalla legge n. 390 chi - pur versando in situazione analoga - sia riuscito a fuggire ed entrare in Italia prima di quella data²⁴⁵. L'intervento della circolare, dunque, ha illegittimamente ristretto lo spazio di operatività di una legge ordinaria²⁴⁶. Nel 1996, la Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministero dell'interno ed il Tavolo di coordinamento, ha diramato una nuova direttiva per

disposizione *ad hoc* per la tutela dei "giovani cittadini delle Repubbliche ex-jugoslave che siano in età di leva o richiamati alle armi, che risultino disertori od obiettori di coscienza", ai quali l'Italia "è impegnata a garantire comunque l'ingresso e l'ospitalità".

²⁴⁵ Tra questi vi sono, in particolare, cittadini di etnia rom provenienti da Sarajevo, Banja Luca e Mostar, città nelle quali vi è stata la più violenta pulizia etnica: a causa delle misure di stanziamento degli zingari attuate da Tito, si trattava spesso di rom che, in Jugoslavia, vivevano in regolari abitazioni, mentre in Italia, si sono trovati - da irregolari - costretti a vivere in campi nomadi situati ai margini dei centri abitati, "separati ed esclusi dal contesto urbano" in condizioni di precarietà e degrado, come segnalato da M. DELLE DONNE, *Un cimitero chiamato Mediterraneo. Per una storia del diritto d'asilo nell'Unione europea*, Roma, 2004, p. 59 ss.

²⁴⁶ G. SCHIAVONE, *Profughi della ex-Jugoslavia: diritti e legislazione*, Trieste, 1996.

gestire la situazione dei profughi nella fase di transizione, prima che fosse possibile un loro rimpatrio²⁴⁷. L'art. 2 prevede che "fatte salve le norme in materia di tutela dell'ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, i cittadini delle Repubbliche sorte nei territori della ex-Jugoslavia che richiedono l'applicazione dell'art. 2, comma 2 *bis* della Legge n. 390 [ossia che asseriscono di trovarsi in una condizione "personale" che necessita protezione] sono ammessi alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951".

E' evidente che si tratta di una disposizione contraddittoria, che funge non tanto da clausola di chiusura del sistema - nel senso di una sua riconduzione ad unità, come può apparentemente sembrare - bensì, piuttosto, di un vero e proprio blocco del canale della protezione temporanea, nella misura in cui la categoria degli "sfollati" in quanto tale non rientra nell'ambito soggettivo di applicazione della Convenzione²⁴⁸.

2.3 Proposte di legge attuativa del dettato costituzionale. Il mancato superamento del divario tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale.

Nel corso della XIV Legislatura²⁴⁹ sono stati presentati alcuni progetti di legge di attuazione dell'art.10, co. 3 Cost., al fine di stabilire le condizioni in base alle quali lo straniero possa ottenere asilo nel territorio italiano²⁵⁰.

²⁴⁷ Si consideri, infatti, che con la pace di Dayton del dicembre 1995, sebbene la Legge n. 390 non fosse stata abrogata, la sussistenza dei requisiti rientranti nella categoria di "sfollato" ha cessato di essere un titolo valido e sufficiente ai fini dell'ingresso in Italia, consentendo alle frontiere l'accesso al territorio italiano soltanto a coloro che si appellassero alla Convenzione di Ginevra allegando una persecuzione *personalmente* orientata. Tuttavia, la situazione in ex-Jugoslavia non poteva risolversi in tempi brevi, a seguito delle pulizie etniche, delle deportazioni di massa e della distruzione di intere aree della regione. La nuova direttiva del 1996 intende, appunto, affrontare questa situazione transitoria.

²⁴⁸ Si registra un ulteriore caso di adozione di decreti di protezione temporanea in favore di cittadini dell'ex-Jugoslavia, in particolare provenienti dall'area interessata dal conflitto del Kosovo: il D.P.C.M. 12 maggio 1999 prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione temporanea della durata di sei mesi, rinnovabile fino al 31 dicembre 1999, costituente valido titolo per accedere anche allo studio ed al lavoro. Tale intervento fu poi prorogato fino al 30 giugno 2000 con D.P.C.M. 30 dicembre 1999, in attesa di realizzare un ampio programma di rimpatrio promosso sotto l'egida dell'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, nonché ulteriormente prorogato fino al 30 settembre 2000 con D.P.C.M. 1° settembre 2000, che consentì di non rimpatriare coloro che, nel frattempo, avessero conseguito un diverso titolo di soggiorno ovvero avessero proposto richiesta di permesso di soggiorno per motivi umanitari, dimostrando la sussistenza di gravi impedimenti al rientro nella regione di provenienza.

²⁴⁹ Dei disegni di legge presi in esame si darà conto in ordine cronologico, in base alla data di presentazione. Si premette, inoltre, che la selezione delle norme analizzate segue la logica di alcuni

Benchè il vuoto normativo – non ancora colmato ad oltre mezzo secolo dall'adozione della Costituzione repubblicana – sia stato in parte surrogato dal riconoscimento, per via giurisprudenziale della diretta applicabilità dell'art. 10, co. 3 Cost., restano del tutto scoperti numerosi e cruciali aspetti della disciplina della materia, ed in particolare quale sia in concreto lo *status* giuridico del titolare del diritto d'asilo costituzionale ed altresì quali debbano essere le ipotesi di revoca di tale beneficio.

Le diverse proposte succedutesi - mai confluite nell'approvazione di un testo definitivo e progressivamente superate dall'incessante produzione normativa di matrice comunitaria – offrono un quadro composito dei vari orientamenti presenti nel dibattito giuridico e politico italiano sulla questione del diritto d'asilo, nonché del diverso grado di conformità al diritto internazionale dei rifugiati ed al diritto internazionale umanitario che connota tali progetti²⁵¹.

Tra i vari tentativi di predisporre un disegno di legge organico, si distingue il n. 1238 (A.C.), presentato il 6 luglio 2001 (On. Pisapia ed altri) e recante “Norme in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo”.

Il suo art. 1, rubricato “Protezione della persona”, definisce l'ambito di applicazione dell'intera disciplina, che non si esaurisce nel solo diritto di asilo, ma si estende altresì a quella forma di garanzia sussidiaria che è la protezione umanitaria²⁵².

indicatori rilevanti: l'ambito soggettivo di applicazione delle fattispecie disciplinate ed il grado di reciproca autonomia tra l'istituto dell'asilo costituzionale e quello del rifugio convenzionale; la procedura e le garanzie giurisdizionali (composizione dell'organo competente all'esame della domanda, previsione o meno di una fase di delibazione preliminare; impugnabilità e competenza giurisdizionale sui relativi ricorsi); ed infine le misure di integrazione ed assistenza per i richiedenti asilo (con particolare attenzione alla previsione di strumenti specifici per l'accoglienza delle donne e dei minori non accompagnati).

²⁵⁰ F. LENZERINI, *La compatibilità dei disegni di legge*, cit., pp. 338-363.

²⁵¹ F. LENZERINI, *ivi*, p. 362.

²⁵² Nella relazione di accompagnamento, si legge che la proposta di legge intende dare “finalmente piena attuazione al dettato costituzionale” nonché garantire “il recepimento nell'ordinamento italiano di disposizioni contenute in molti trattati internazionali”, tra cui le convenzioni che sanciscono divieti di estradizione e di espulsione verso “Paesi dove lo straniero rischia la pena di morte o anche solo di essere discriminato per motivi razziali, etnici, religiosi e politici”. In verità, traspare un certo grado di confusione tra le diverse fattispecie del divieto di estradizione, del *non-refoulement* e del principio di non discriminazione. Si citano, infatti, da un lato la CEDU e la sentenza della Corte cost. 27 giugno 1996, n. 223, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 698, co. 2 c.p.p. e la disposizione di recepimento dell'art. IX del Trattato Italia-USA sull'extradizione, nella parte in cui non prevedevano il divieto di estradizione “e quindi, a maggior ragione, seppure in via indiretta e analogica, di espulsione” verso un Paese ove il soggetto rischi di essere condannato alla pena capitale; dall'altro, si richiama l'art. 19, co. 1 TU secondo cui in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale

La scelta appare razionale alla luce dell'articolata normativa comunitaria – di quella già emanata e non ancora interamente recepita dal nostro Paese, ma anche di quella che sarà introdotta a completamento del Programma dell'Aia²⁵³ - che prevede strumenti normativi di accoglienza per ragioni umanitarie, non qualificabili come asilo in senso proprio²⁵⁴ e che potrebbe essere utile integrare in unico testo normativo di impianto sistematico.

L'art. 1, inoltre, richiama - quale base normativa di rango costituzionale posta a fondamento dell'intera disciplina – l'art. 10 nel suo complesso, e non il solo comma 3. Questa precisa opzione di politica legislativa comporta che l'asilo e la protezione umanitaria su base individuale debbano essere garantiti non solo “in armonia con le convenzioni e gli accordi internazionali cui l'Italia aderisce” (come sancito nella parte finale della disposizione), ma anche con il diritto internazionale consuetudinario al quale l'ordinamento italiano si conforma in virtù della clausola di adattamento automatico contenuta nel primo comma dell'art. 10 Cost.

Pertanto, l'attuazione dell'art. 10, co. 3 predisposta nella *ferenda* legge verrebbe realizzata nel pieno rispetto dei trattati internazionali rilevanti che vincolano l'Italia nonché delle norme di diritto internazionale generale applicabili, tra cui spicca il principio di *non refoulement* (ovvero il divieto di allontanamento dei richiedenti asilo verso Paesi ove corrano il rischio di essere sottoposti a gravi violazioni dei propri diritti fondamentali), tradizionalmente di ardua effettività. Tuttavia, la disposizione appare deficitaria nella misura in cui omette del tutto di includere – tra le fonti rispetto alle quali la disciplina in questione deve coordinarsi – la normativa comunitaria, che viceversa assume un ruolo di altissimo rilievo²⁵⁵.

L'art. 2 disciplina come attribuire la titolarità del “diritto di asilo”: in forza della lett. A) va riconosciuto ai rifugiati politici, vale a dire a stranieri ed apolidi che abbiano positivamente superato la procedura per il conseguimento dello *status* di rifugiato ai

non sia protetto dalla persecuzione”. Infine, si fa riferimento all'art. 43 TU, che introduce una definizione ampia ed articolata del concetto normativo di discriminazione (diretta e indiretta).

²⁵³ *Infra* CAP. IV.

²⁵⁴ Cfr. Direttiva del Consiglio 2001/55/CE, 20 luglio 2001 recante norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, *G.U.C.E.* L212 del 7 agosto 2001, p. 12; Direttiva del Consiglio 2004/83/CE c.d. Dir. Qualifiche (*supra*, Introduzione).

²⁵⁵ Si pensi, in particolare, alla determinazione della competenza ad esaminare le domande di asilo presentate da cittadini di Stati terzi, ossia della definizione dei criteri per l'individuazione dello Stato membro competente (Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, ora sostituita dal Regolamento CE n. 343 del Consiglio, 18 febbraio 2003, *G.U.C.E.* L.50 del 25 febbraio 2003), nonché alle norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (Direttiva del Consiglio 2003/9/CE del 27 gennaio 2003, *G.U.C.E.* L. 31 del 6 febbraio 2003, c.d. Direttiva Accoglienza), *infra* CAP. IV.

sensi della Convenzione di Ginevra e del Protocollo di New York, ovvero a coloro che sono in possesso dei requisiti per ottenerlo²⁵⁶. In verità, l'elenco tassativo dei motivi persecutori che possono costituire "fondato timore" ai sensi dell'art. 1A, par. 2 della Convenzione risulta ampliato: ad integrazione dei criteri enucleati dalla norma convenzionale, si sancisce che l'asilo debba essere accordato anche qualora la persecuzione che il soggetto subisce o rischia seriamente di subire nel suo Paese di provenienza si radichi in una discriminazione sessuale o etnica.

Il riferimento al gruppo etnico potrebbe essere ritenuto superfluo, considerando che esiste già la previsione della persecuzione originata da motivi razziali; viceversa, l'appartenenza di genere è certamente una novità positiva, alla luce dell'emersione storica che la violenza sulle donne come strumento di oppressione sistematica²⁵⁷ ha compiuto e della sua controversa tipizzazione giuridico-normativa²⁵⁸.

Di forte impatto, inoltre, è la lett. b) del primo comma dell'art. 2, ove si prevede che il diritto d'asilo sia garantito anche allo straniero o all'apolide "che non possa o non voglia avvalersi della protezione" del Paese di provenienza a causa della "effettiva

²⁵⁶ La norma non è di immediata comprensione, dal momento che non è chiaro chi e come – in assenza dell'avvenuto riconoscimento dello *status* di rifugiato convenzionale - debba verificare la sussistenza delle condizioni soggettive per conseguirlo. Forse il redattore della proposta di legge intendeva inserire la formulazione letterale contenente la definizione di rifugiato (art. 1 della Convenzione), tuttavia, in questo modo, ha articolato la disposizione in due norme equivalenti creando una sorta di "endiadi".

²⁵⁷ In effetti, la consapevolezza della particolare esposizione a rischi e pericoli subita dalle donne rifugiate non è stata di facile acquisizione in ambito internazionalistico, diversamente da quanto si potrebbe pensare. G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, p. 255 osserva come le donne siano sottoposte ad ulteriori rischi di violazione dei diritti fondamentali nell'ambito dei movimenti migratori di profughi: spesso l'incolumità del loro viaggio è stata pagata con favori sessuali, ed anche una volta tratte in salvo ed ospitate nei campi d'accoglienza od altri insediamenti non di rado subiscono discriminazioni nella distribuzione del cibo, nell'accesso ai trattamenti sanitari ed ai servizi educativi, "doubly disadvantaged as refugees and as women" (*ibidem*). Benchè queste circostanze siano sempre state conosciute, la speciale protezione di cui dovrebbero godere le donne rifugiate è stata inserita nell'agenda dell'UNHCR *Executive Committee* soltanto nel 1985. L'A. sottolinea, infatti, che "at that time, the primary question was not so much the physical security or systemic discrimination which women face in flight and in refuge, but whether women might constitute a particular social group, membership of which could give rise in appropriate circumstances to a well-founded fear of persecution".

Si consideri, dunque, come la questione del genere femminile rilevi sotto un duplice punto di vista, ossia come motivo di persecuzione discriminatoria tale da fondare il riconoscimento del diritto d'asilo (se non dello *status* di rifugiato), ed altresì come condizione di particolare fragilità delle donne richiedenti asilo, tale da giustificare l'adozione da parte degli Stati ospitanti di particolari cautele e garanzie procedurali (cfr. *infra* in merito all'art. 4, co. 3 del progetto in esame).

²⁵⁸ Soltanto in tempi recenti, infatti, alcune corti sono giunte ad interpretare estensivamente il dettato convenzionale - letto tradizionalmente in senso tassativo soprattutto dalla giurisprudenza statunitense - includendo il sesso nel concetto di "gruppo sociale particolare". *Infra* CAP. V.

necessità di salvare sé o i propri familiari²⁵⁹ dal pericolo attuale e diretto²⁶⁰ di subire nel territorio di tale Paese danni alla propria vita o sicurezza o libertà personale" ovvero "gli è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana".

La disposizione è complessa e di difficile interpretazione: la sua prima parte implementa l'obbligo di *non-refoulement* - sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra ed assunto a consuetudine internazionale²⁶¹ - ma lo fa introducendo una formulazione testuale diversa rispetto a quella convenzionale, altresì richiamata in varie fonti internazionali pattizie e di *soft law*²⁶².

²⁵⁹ La norma è di dubbia interpretazione: se si trattasse della volontà di estendere l'asilo ai familiari del del titolare sarebbe ridondante, in quanto vigono altri strumenti volti alla realizzazione del diritto all'unità familiare dell'asilante (tra cui l'art. 2, co. 2 dello stesso Progetto che estende l'asilo "su richiesta, al coniuge non legalmente separato e al figlio minore non coniugato, nonché alla persona stabilmente convivente). Viceversa, se si trattasse di un'ulteriore causa legittimante la richiesta di protezione in questione sarebbe potenzialmente estensiva, ma difficilmente declinabile nel caso concreto. In quest'ottica, infatti, si configurerebbe come la diversa situazione, mai positivamente disciplinata, di chi non può o non vuole ottenere la protezione del proprio Paese di provenienza poiché deve salvare i propri familiari dal pericolo di subire danni alla propria integrità, che in tale territorio essi corrano. L'uso della disgiunzione "o", in effetti, induce a propendere per questa seconda lettura: resta da verificare quanto sia ricorrente nella prassi la condizione di chi fugge per trarre in salvo non se stesso ma un proprio familiare. Del resto la formulazione è eccessivamente generica poiché non si precisa quale grado di parentela si intenda: seguendo la seconda via ermeneutica prospettata, ad ogni modo, dovrebbe trattarsi di familiari diversi da quelli già menzionati al successivo comma 2. Quest'ultimo, infine, stabilisce un'estensione automatica del diritto d'asilo in favore dei familiari (naturalmente, su richiesta dell'interessato), distinguendosi nettamente dall'istituto del ricongiungimento familiare così come disciplinato dall'art.29 TU, ove il suo effettivo esercizio è subordinato al soddisfacimento di una serie di requisiti (ad es. quello di carattere reddituale quale garanzia di mantenimento del nucleo familiare ricongiunto).

²⁶⁰ L'espressa previsione del carattere "diretto" del pericolo alla vita, alla sicurezza od alla libertà personale potrebbe comportare – in sede di interpretazione restrittiva - un'irragionevole limitazione delle possibilità di accesso al diritto d'asilo, poiché ne riduce l'applicabilità alle ipotesi di rischio gravante *in modo immediato* sul soggetto richiedente asilo. Spesso il timore fondato di subire un pregiudizio alla propria integrità deriva da atti "indiretti", ovvero non direttamente destinati a colpire l'individuo in questione ma aventi ugualmente effetto su questo. F. LENZERINI, *ivi*, p. 347, cita in proposito, a titolo esemplificativo, il caso delle donne afgane vedove di guerra che, a seguito della chiusura delle panetterie gestite in Afghanistan dall'ONU nell'agosto del 2000, ad opera del leader talibano Mullah Omar, furono private dell'unico mezzo di sostentamento loro concesso (essendo loro vietate altre forme di lavoro). Il pericolo per la loro sopravvivenza, in questa ipotesi, deriva da un'ordinanza eterodiretta, ossia con finalità diverse.

La *ratio* della previsione è sicuramente quella di introdurre un deterrente contro le domande d'asilo abusive, ma a tale scopo sarebbe stato proporzionato l'uso del termine "effettivo", ossia l'introduzione del requisito dell'effettività ovvero della concretezza del pericolo.

²⁶¹ Come si è visto, già l'art. 1 del Progetto Pisapia dà attuazione, seppur implicitamente, al diritto internazionale consuetudinario.

²⁶² Cfr. l'art. 3, par. 1 della Dichiarazione ONU sull'Asilo Territoriale (1967) e l'art. 2, par. 3 della Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana sugli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (1969).

Il principio di *non-refoulement*, infatti, consiste nel divieto di allontanamento di un richiedente asilo verso "le frontiere di territori dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della propria razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale particolare o opinione politica" (art. 33 CG).

Il progetto, invece, fa riferimento a "*danni* alla propria vita o *sicurezza* o libertà personale", introducendo almeno due nuovi concetti, espressamente non contemplati dall'art. 33 della Convenzione. Si prescinde, quindi, dalla sussistenza di una persecuzione attuale o potenziale, richiedendo soltanto la prova concreta del pericolo che il soggetto possa subire un pregiudizio alla propria integrità personale²⁶³.

La previsione sembra, dunque, più ampia, in quanto arriva a coprire anche il bisogno di protezione di coloro i quali fuggano da guerre civili o gravi disordini interni, nonché da carestie o disastri naturali²⁶⁴.

Tuttavia, si registra un'incoerenza di fondo nella struttura delineata: la fattispecie è talmente inclusiva da sconfinare nella "protezione umanitaria", perdendo – dunque - i tratti del diritto d'asilo in senso stretto. La disciplina, infatti, se - da un lato - intende unificare le fattispecie dell'asilo, del rifugio e della protezione umanitaria, dall'altro, non riesce a costruire un quadro del tutto organico e armonico.

L'art. 8 – rubricato come "decisione di impossibilità temporanea al rimpatrio" - rappresenta, in certo senso, il cuore dell'intero progetto: il suo co. 2 stabilisce che il provvedimento *de quo* dà titolo ad un'autorizzazione al soggiorno della durata di un anno²⁶⁵ e che, decorsi cinque anni dal rilascio di tale permesso, il titolare può ottenere una carta di soggiorno e "gode degli stessi diritti previsti dall'articolo 13"²⁶⁶

²⁶³ F. LENZERINI, *ivi*, p. 345.

²⁶⁴ *Ibidem*. Si tratta dei c.d. "rifugiati economici", ossia di profughi che chiedono accoglienza in quanto le condizioni di vita nel loro Paese di provenienza sono improvvisamente divenute talmente difficili da mettere in pericolo la stessa sopravvivenza: secondo l'A., tale ipotesi rientra nella fattispecie del danno alla vita.

²⁶⁵ Il provvedimento di temporanea impossibilità al rimpatrio dà titolo ad un'autorizzazione al soggiorno della durata di un anno ed è prorogabile per lo stesso periodo, qualora la Commissione centrale riscontri il perdurare delle circostanze impedienti che ne avevano fondato il primo rilascio. Tale permesso di soggiorno consente di svolgere attività di lavoro o di studio.

²⁶⁶ Ai sensi dell'art. 13, co. 1 del Progetto Pisapia, il titolare del diritto d'asilo ed il titolare di protezione umanitaria hanno diritto di soggiornare sul territorio italiano e di ricongiungersi con i propri familiari secondo le stesse regole che sovrintendono l'esercizio del diritto all'unità familiare del cittadino italiano rispetto ai propri familiari extracomunitari. Il co. 3 della medesima disposizione, inoltre, prevede che il titolare del diritto d'asilo abbia pieno accesso agli studi di ogni ordine e grado così come alle agevolazioni economiche previste per il settore della formazione (in particolare, borse di studio), in condizione di parità rispetto al cittadino italiano. E' interessante notare che la seconda parte del co. 3 ribadisce il principio della parità di trattamento e della piena eguaglianza di diritti in materia di lavoro, già sancito in generale per tutti i lavoratori extracomunitari regolari dall'art. 2, co. 3 TU e per le loro famiglie (in conformità con la Convenzione OIL n. 143/75), ma ne estende la portata anche a "l'iscrizione ad albi professionali" nonché al "pubblico impiego, nei casi e nei modi

per lo straniero che abbia ottenuto il riconoscimento del diritto d'asilo e delle misure di assistenza e di integrazione di cui all'articolo 14²⁶⁷”.

La scelta normativa compiuta dal Progetto Pisapia s'inscrive in una linea di tendenza condivisa a livello di diritto comunitario nonché di diritto interno degli Stati membri: il diritto d'asilo perde la sua originaria connotazione eminentemente politica e sfuma in istituto di carattere umanitario, il cui contenuto essenziale risiede nel principio di *non-refoulement*²⁶⁸. Tale processo si manifesta, appunto, nell'integrazione all'interno dello statuto personale di diverse fattispecie (asilo costituzionale, rifugio convenzionale, protezione umanitaria ovvero mera inespellibilità per ragioni umanitarie), tradizionalmente applicabili ad ambiti soggettivi di diversa ampiezza, come in un gioco di cerchi concentrici²⁶⁹.

Dal punto di vista procedurale, l'art. 3 istituisce una Commissione centrale e prevede la presenza di un esperto indipendente “in materia di diritti civili e umani” (formula senz'altro pleonastica) nonché di un rappresentante dell'UNHCR, al fine di garantire un'adeguata rappresentanza degli interessi del richiedente asilo in conformità con le raccomandazioni espresse sul punto dallo stesso Alto Commissariato²⁷⁰.

Il comma 3 di tale disposizione, inoltre, precisa che l'emanando regolamento attuativo dovrà “comunque tenere conto degli atti adottati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea, con

consentiti dalla legge ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato”. L'asilante, inoltre, è equiparato al cittadino italiano per quanto concerne la previdenza e l'assistenza sociale e sanitaria. Questi diritti si estendono anche ai “familiari ricongiunti che hanno diritto all'asilo”, su istanza e “sulla base del solo vincolo familiare” (art. 13, co. 4).

²⁶⁷ L'art. 14 introduce misure di assistenza e di integrazione. Non è chiaro, tuttavia, chi siano gli effettivi beneficiari dei previsti interventi di sostegno economico, di avviamento al lavoro e di formazione, in quanto si fa riferimento ai “rifugiati” (co. 1 e 3) ma anche a coloro ai quali “è stato riconosciuto il diritto di asilo” (co. 2).

²⁶⁸ F. LENZERINI, *ivi*, p. 346. L'A. accoglie la proposta favorevolmente come disciplina che avvicinerrebbe l'Italia al contesto internazionale contemporaneo, nel quale l'orizzonte principale è quello del rispetto del diritto internazionale umanitario, ed in particolare di una delle sue fonti primarie, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950). L'interpretazione che sul punto ha reso la Corte di Strasburgo è molto stringente, dal momento che – a partire dal celebre caso *Soering v. UK* (sent. 7 luglio 1989, A/161, “Human Rights Law Journal”, n. 11/90, p. 335) – si è statuito che il respingimento di un individuo verso un Paese dove corra il rischio di subire la lesione di un diritto tutelato dalla CEDU costituisce, in quanto tale, una violazione della Convenzione stessa.

²⁶⁹ Si noti che il nucleo essenziale ovvero il fulcro attorno al quale tali diversi ambiti di applicazione soggettiva si irradiano è proprio il principio di *non-refoulement*. Si affronterà successivamente l'opportunità e l'efficacia di tale scelta normativa, anche alla luce della tendenza alla conciliazione tra tutte le forme di protezione umanitaria in atto sia a livello di diritto comunitario che di diritto domestico dei singoli Stati membri (CAP. III-IV).

²⁷⁰ UNHCR, “Conclusion on International Protection” n. 8/77, *Determination of Refugee Status*, in G. S. GOODWIN-GILL, *ivi*, p. 472.

particolare riguardo ai criteri ed alle procedure per la determinazione e per la cessazione dello *status* di rifugiato e alle condizioni minime che devono essere assicurate al riguardo²⁷¹. Il comma 4, poi, cristallizza una prassi emergente nella giurisprudenza di numerosi Stati²⁷², ma mai codificata, in base alla quale in caso di parità dei voti espressi dalla Commissione, “prevale la decisione più favorevole al richiedente”.

L'art. 4 – nel disciplinare le modalità di presentazione della domanda di asilo – prevede al comma 2 che, in caso di stranieri condotti alla frontiera italiana²⁷³ da un vettore, non siano applicabili l'art. 10, co. 3²⁷⁴ e l'art. 12, co.6²⁷⁵ del Testo unico, condizionando la derogabilità della prima delle disposizioni citate al fatto che “il

²⁷¹ La previsione non è superflua, considerando che solo alcuni degli atti menzionati sono immediatamente cogenti (in particolare, solo il diritto comunitario *self-executing* e la normativa di diritto internazionale consuetudinaria ovvero quella pattizia se ratificata): la maggior parte sono, invece, raccomandazioni, osservazioni, commenti, ovvero norme di *soft law*.

²⁷² Cit. in F. LENZERINI, *ivi*, p. 350. Per l'Italia, si veda a titolo di esempio TAR Friuli Venezia Giulia, sent. 22 ottobre 1998, in “Dir. imm. citt.”, n. 2/99, p. 82.

²⁷³ Il tema della derogabilità delle norme sulla responsabilità del vettore nell'ipotesi di trasporto di un richiedente asilo è di rilevante attualità: si consideri che il più recente atto comunitario in materia di asilo – il “Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo” presentato dalla Commissione europea il 6 giugno 2007, COM(2007) 301 – contiene un approfondimento sull'aspetto del controllo delle frontiere (in particolare, di quelle marittime). In tale documento, si sottolinea la necessità che la UE adotti una duplice impostazione, assumendo provvedimenti operativi di immediata eseguibilità che, da un lato, siano volti a combattere l'immigrazione illegale rafforzando il controllo sulle frontiere esterne e, dall'altro, siano finalizzati alla protezione dei rifugiati. Emerge, inoltre, la piena consapevolezza della Commissione del carattere misto del fenomeno dei flussi di migranti irregolari che entrano dalle frontiere marittime meridionali dell'Unione, “comprendenti al tempo stesso stranieri illegali che non richiedono particolare protezione e rifugiati che necessitano di protezione internazionale”. Secondo la Commissione, “la risposta dell'Unione va orientata di conseguenza” e “l'asilo deve costituire un elemento di rilievo di tale risposta e un'opzione efficace per le persone che necessitano di protezione internazionale”: occorre garantire “che gli Stati membri applichino con coerenza ed efficienza gli obblighi di protezione, per quanto riguarda l'intercettazione ed il salvataggio in mare di persone che possano necessitare di protezione internazionale e la sollecita identificazione di queste persone dopo lo sbarco, presso i luoghi di accoglienza” (*infra* CAP. IV).

²⁷⁴ Ai sensi dell'art. 10, co. 3 del Dlgs. 286/98, il vettore che abbia condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti, ovvero in condizione di dover essere respinto, è tenuto a prenderlo immediatamente a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero. La citata norma del Progetto Pisapia risulta pleonastica, in quanto già il comma 4 dell'art. 10 TU stabilisce che il disposto del comma precedente non si applica in caso di richiesta di asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero protezione temporanea per motivi umanitari.

²⁷⁵ Ai sensi dell'art. 12, co. 6 del Dlgs. 286/98, il vettore è tenuto ad accertarsi che lo straniero trasportato sia in possesso dei documenti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato, nonché a riferire all'organo di polizia di frontiera dell'eventuale presenza a bordo di stranieri in posizione irregolare. In caso di inosservanza anche di un solo degli obblighi di cui al presente comma, si applicano sanzioni amministrative pecuniarie, mentre, nei casi più gravi, è disposta la sospensione ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall'autorità amministrativa italiana per svolgere l'attività professionale di trasporto.

vettore di linea di nazionalità italiana abbia dato immediatamente segnalazione della presenza dello straniero a bordo alla polizia di frontiera”. Tale norma sembra sproporzionata²⁷⁶ nella misura in cui vincola l'ingresso del richiedente asilo ad un atto a questo estraneo, il cui compimento è lasciato alla discrezionalità del vettore, configurando in tal modo una violazione indiretta dell'obbligo di *non-refoulement*, la cui attuazione è soggetta al solo accertamento del pericolo concreto per il soggetto di subire attentati alla propria vita o libertà nel Paese di rimpatrio.

Sul versante delle garanzie procedurali in favore del richiedente asilo, non vi sono particolari zone d'ombra nel progetto in esame²⁷⁷.

Il minore non accompagnato²⁷⁸, in particolare, gode di una speciale tutela²⁷⁹: l'esame della sua domanda d'asilo viene sospeso al fine di darne comunicazione al tribunale per i minorenni territorialmente competente: quest'ultimo, a cura del suo presidente, nomina un tutore con l'obbligo, in rappresentanza del minore, di riattivare il relativo procedimento, che ha priorità sugli altri. Tuttavia, il progetto non prevede strumenti di assistenza *ad hoc*, volti a garantire l'effettività di tali garanzie e diritti, innanzitutto volti a fornire al minore in possesso dei requisiti richiesti per il riconoscimento del diritto d'asilo un'informazione puntuale ed un sostegno vigoroso volti al conseguimento dell'esito più favorevole per il minore stesso²⁸⁰.

²⁷⁶ Essa, inoltre, non si concilia con le deroghe precedentemente introdotte (altresì previste dallo stesso Digs. 286/98) al disposto delle norme del Testo unico sull'immigrazione in materia di responsabilità del vettore nel trasposto di stranieri irregolari.

²⁷⁷ L'art. 4, co. 3 impone che il richiedente asilo riceva “ogni assistenza utile per una corretta e completa presentazione della domanda”, e sia “posto in condizioni di scrivere nella propria lingua e di ottenere (...) informazioni in lingua a lui comprensibile sullo svolgimento della procedura e sui diritti e facoltà di cui può disporre nonché di richiedere l'assistenza di un avvocato di sua fiducia”. E' garantita, inoltre, ai posti di frontiera ed in questura, la presenza di rappresentanti dell'UNHCR nonché di membri di ONG umanitarie, ed “un'assistenza adeguata e specifica” per le donne, in piena conformità con le raccomandazioni espresse a livello internazionale dall'Alto Commissariato (“Conclusion on International Protection” n. 8/77).

²⁷⁸ L'art. 5, co. 1 definisce minore non accompagnato colui che, risulti privo in Italia di un parente o di un affine entro il quarto grado di età non inferiore agli anni diciotto, ovvero di persona che ne abbia la formale potestà tutoria.

²⁷⁹ Cfr. Art. 19 della Direttiva 2003/9/CE, c.d. Direttiva accoglienza, in base al quale “gli Stati membri adottano quanto prima misure atte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori non accompagnati da parte di un tutore legale oppure, ove necessario, la rappresentanza da parte di un organismo incaricato della cura e del benessere dei minori, oppure qualsiasi altra forma adeguata di rappresentanza”.

²⁸⁰ L'art. 22, par. 1 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia - proclamata a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 12 dicembre 1989, e ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 – obbliga gli Stati parte ad intraprendere azioni adeguate al fine di consentire al minore richiedente asilo, ovvero in possesso dei requisiti per il riconoscimento del rifugiato ai sensi del diritto internazionale o interno, sia non accompagnato sia accompagnato dai genitori o da altri, di ricevere la necessaria protezione ed assistenza umanitaria nel godimento dei diritti applicabili, sanciti da questa Convenzione e da altri fonti di diritto internazionale umanitario

E' significativo che vengano espressamente introdotte garanzie a favore del richiedente asilo la cui domanda sia stata rigettata dalla Commissione centrale (art. 7, co. 5): questi può sottrarsi all'obbligo di lasciare il territorio italiano entro un mese, non solo nel caso in cui sia in possesso di altri titoli di soggiorno, ma anche qualora ricorra contro la decisione di diniego. In quest'ultimo caso, il richiedente asilo ed i suoi familiari possono chiedere la proroga del permesso di soggiorno per richiesta di asilo.

Passando all'esame del progetto di legge A.C. 1554, presentato il 12 settembre 2001 dall'on. Tarantino ed altri, recante “Disciplina del diritto di asilo politico”, emerge – innanzitutto – il diverso approccio che caratterizza questa proposta rispetto alla precedente²⁸¹, nel senso di una valorizzazione della connotazione “politica” dell'asilo costituzionale rispetto al rifugio convenzionale²⁸², in contrapposizione alla mera introduzione di una fattispecie unitaria di “asilo e protezione umanitaria” che il Progetto Pisapia realizza.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, però, non ci sono differenze significative: viene riproposta fedelmente la formulazione degli articoli 1 e 2 dell'A. C. 1238, con una sola variazione che stravolge il dettato costituzionale.

Il diritto d'asilo, infatti, è riconosciuto ai rifugiati convenzionali nonché allo straniero o all'apolide al quale, nel Paese di provenienza, “sia impedito o negato: 1) l'effettivo esercizio del diritto alla libertà di pensiero e di parola *in modo*

che vincolino gli Stati parte. Ad ogni modo, si noti come G. S. GOODWIN-GILL, *ivi*, p. 257, evidenzi che né la Convenzione di Ginevra né quella sui diritti dell'infanzia – in materia di minori richiedenti asilo – introducano garanzie normative del tutto soddisfacenti.

²⁸¹ La relazione di accompagnamento cita la sentenza Cass. 26 maggio 1997, n. 4674 (*supra* CAP. I) nella parte in cui esclude l'applicazione -quale disciplina attuativa dell'art. 10, co. 3 Cost. - dell'art. 1 del D.L. n. 416/90 in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato, proprio in ragione della “mancata coincidenza tra la categoria degli aventi diritto all'asilo e quella dei rifugiati, essendo quest'ultima meno ampia rispetto alla prima” e dell'assenza, nel testo convenzionale, della previsione espressa di un vero e proprio “diritto di asilo” quale contenuto dello statuto personale dei rifugiati politici (A.C. 1554, pp. 2-3). Purtuttavia, il Progetto Tarantino riproduce sostanzialmente gli articoli 1 e 2 del Progetto Pisapia.

²⁸² La stessa relazione contiene, al tempo stesso, imprecisioni terminologiche e positive acquisizioni concettuali: da un lato, infatti, non fa adeguato riferimento al diritto comunitario ed alle sue direttive, menzionando viceversa “le convenzioni in materia dell'Unione europea”; dall'altro, sottolinea l'esigenza di escludere “ogni estensione a fattispecie ricadenti nel campo di applicazione delle norme sulla immigrazione, perchè estranee per materia, anche se limitrofe per scenario umano: il diritto non prevede analogie”. E', senz'altro, corretta – dal punto di vista dell'interpretazione sistematica e dei caratteri di specialità che connotano il diritto d'asilo – distinguerlo nettamente dalla disciplina dell'immigrazione (traspare altresì il timore che il trattamento di maggior favore garantito all'asilante possa estendersi anche al migrante economico, confliggendo con la logica di forte controllo dei flussi di ingresso propugnata dallo schieramento di centro-destra cui il Progetto Tarantino appartiene). Infine, sembra molto efficace la definizione di “diritto in sofferenza” attribuita all'asilo costituzionale, quale istituto privo di un'organica attuazione legislativa (*ibidem*).

discriminante rispetto ai suoi cittadini o rispetto ai diritti goduti dai cittadini del Paese di residenza abituale[in caso di apolide]; 2) l'effettivo esercizio del diritto alla libertà di pensiero e di parola per motivi politici²⁸³” (art. 2, co. 1 lett. b).

Rispetto all'analogia disposizione del Progetto Pisapia, dunque, non è incluso un generico riferimento al caso in cui al richiedente asilo sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost. Viene, viceversa, introdotta una precisa limitazione al campo soggettivo di applicazione della norma costituzionale, che risulta ristretto alla sola ipotesi in cui siano conculcate la libertà di coscienza e la libertà di manifestazione del pensiero attraverso la parola “in modo discriminante” ovvero “per motivi politici”.

Tale formulazione è del tutto inconsistente, come già osservato, rispetto al dettato costituzionale: tale profilo critico è assorbente su tutti gli altri, in quanto si tratterebbe di una legge attuativa dell'art. 10, co. 3 Cost. in palese contraddizione con quest'ultimo. Ad ogni modo, è opportuno notare che – a prescindere dalla sua illegittimità costituzionale – la norma produce, a livello interpretativo, effetti irrazionali: in base ad essa, infatti, verrebbe a negarsi il diritto di asilo a colui che soffre delle dette limitazioni in un Paese ove tale trattamento sia previsto in generale per tutti i cittadini, e non abbia quindi carattere discriminatorio, ovvero quando non gli sia inflitto per motivi politici.

Occorre, a questo punto, interrogarsi su quale sarebbe lo spazio residuo di protezione che l'art. 2, co. 1 lett. b) andrebbe a coprire, considerando che ai sensi dell'art. 1A della Convenzione di Ginevra (il cui disposto è recepito dal Progetto all'art. 2, co. 1 lett. A quale condizione per il riconoscimento del diritto d'asilo) è rifugiato colui che subisce (o rischia di subire) una persecuzione a causa delle sue opinioni politiche. La previsione riguarderebbe, quindi, chi è discriminato nel solo esercizio della libertà di pensiero e parola, configurando un campo applicativo più ristretto non solo rispetto a quello dell'asilo costituzionale (per il quale non rileva né la sussistenza di una discriminazione in senso stretto né il tipo di libertà fondamentale minacciata), ma anche rispetto a quello tipico del rifugio convenzionale.

Un'ulteriore anomalia risiede nella composizione della Commissione centrale per il riconoscimento del diritto d'asilo e delle sue tre sezioni: l'art. 3 del Progetto, infatti, stabilisce, che i rispettivi presidenti non siano membri indipendenti, ossia giuristi esperti in materia, bensì funzionari dipendenti dall'esecutivo quali “un dirigente

²⁸³

Cors. nostro.

della Presidenza del Consiglio dei ministri”, “un dirigente del Ministero degli affari esteri con qualifica non inferiore a consigliere di ambasciata” ed “un dirigente del Ministero dell'interno con qualifica di viceprefetto” (co. 3). L'esperto “qualificato in materia di diritti civili e umani”, inoltre, è nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri (co. 4) ed un eventuale rappresentante dell'Alto Commissariato può esprimere solo un parere, partecipando con funzioni meramente consultive alle sedute della Commissione e delle sue sezioni, senza farne parte formalmente come membro e senza diritto di voto.

Ebbene, la scelta di costituire un legame così stretto tra la Commissione ed il governo non rispetta le raccomandazioni espresse dall'UNHCR, né si armonizza con lo spirito che pervade l'intera disciplina del diritto internazionale in materia di asilo, incentrata sulla salvaguardia dei diritti del rifugiato e sulle speciali garanzie che gli spettano in deroga alla generale normativa sull'immigrazione, ed in particolare alle esigenze di controllo dei flussi e di difesa dell'integrità delle frontiere tipiche della prospettiva prioritaria che i governi assumono di fronte alla gestione del fenomeno migratorio²⁸⁴.

Dal punto di vista procedurale, la peculiarità più rilevante è l'introduzione di una fase preliminare di delibazione della domanda (art. 6), al fine di accertare la competenza dell'Italia all'esame della richiesta di asilo in questione, ed in caso positivo ad escluderne la manifesta infondatezza ovvero l'inammissibilità.

Non trattandosi di una mera istruttoria, bensì di una decisione definitiva – nel caso abbia come esito una declaratoria di irricevibilità – e neppure concretamente impugnabile (sebbene l'art. 6, co. 7 prescriva la forma dell'atto scritto e motivato, nonché tradotto e recante “le modalità d'impugnazione”), sembra configurarsi un'elusione delle garanzie processuali dello straniero.

Tale diniego preliminare, infatti, può basarsi anche sulla sussistenza di un'attuale pericolosità del richiedente asilo per la sicurezza nazionale, da bilanciarsi con le esigenze stesse di protezione dalla persecuzione che subirebbe in caso di respingimento (art. 6, co. 4 lett. f), ed è assunta al termine di un procedimento sommario, svolto da un delegato della Commissione centrale, con l'assistenza di un funzionario di polizia “e, se necessario, di un interprete” tassativamente entro i due giorni successivi alla presentazione della domanda stessa (art. 6, co. 2).

²⁸⁴ Il Progetto Tarantino, inoltre, omette qualsiasi riferimento alla possibilità di ammettere alla frontiera appartenenti ad ONG per la tutela dei diritti umani né impone che le donne richiedenti asilo ricevano un'assistenza “adeguata e specifica” (quest'ultimo punto è contemplato come mera facoltà “se possibile”, cfr. art. 14, co. 2).

A mitigare il contrasto tra delicato bilanciamento di interessi e sommarietà del pre-esame, il comma 6 della medesima disposizione prevede che la domanda è “comunque ritenuta ammissibile e non manifestamente infondata, nel caso in cui per il richiedente asilo sussista l'impossibilità di essere riammesso nello Stato di provenienza o per il pericolo di un pregiudizio per la vita o per la libertà personale o per il pericolo di incorrere in trattamenti inumani o degradanti ovvero per il rischio di essere rinvio in un altro Stato dove potrebbe essere esposto ad analoghe situazioni di pericolo”. Il principio di *non-refoulement* risulta, quindi, formalmente rispettato.

Tuttavia, con riferimento all'effettiva tutela giurisdizionale del diritto in questione, la disciplina proposta in A. C. 1554 presenta aspetti di criticità: la competenza a decidere sui ricorsi avverso le decisioni di diniego, innanzitutto, è sottratta alla giurisdizione ordinaria ed affidata a quella amministrativa (art. 10); contro i provvedimenti di manifesta infondatezza od inammissibilità non vi è un rimedio specifico. Esse producono come effetto immediato il respingimento alla frontiera ovvero l'espulsione²⁸⁵: soltanto nel caso in cui sia disposto il trattenimento presso i centri di permanenza temporanea, il giudice della convalida valuta “anche la legittimità ed il merito della decisione negativa del delegato della Commissione centrale” (art. 6, co. 9), ed avverso la convalida è ammesso ricorso per cassazione.

Si osservi, ad ogni modo, che il ricorso non ha effetto sospensivo sull'immediata efficacia dell'allontanamento (*ibidem*).

Il progetto di legge A. C. 1738, presentato il 10 ottobre 2001 dall'on. Soda e altri e recante “Disposizioni in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo”, adotta un orientamento intermedio²⁸⁶ tra quello spiccatamente “umanitario” proprio del Progetto Pisapia²⁸⁷ e quello più “politico”, assunto dal Progetto Tarantino²⁸⁸.

²⁸⁵ Ai sensi dell'art. 6, co. 8, questo si verifica nelle ipotesi in cui: “a) risulti da precedenti accertamenti la falsità dell'identità e della cittadinanza dichiarata ai fini della domanda d'asilo; b) il richiedente abbia presentato la domanda di asilo dopo la convalida del trattenimento in un centro di permanenza temporanea ed assistenza ai sensi dell'art. 14 del Testo unico (...); c) qualora il richiedente asilo presti espressamente il suo consenso”. Negli altri casi, si dispone il trasferimento presso il più vicino CPT disponibile (*rectius* presso al sua sezione speciale) ovvero, se già è in corso il trattenimento, se ne dispone la proroga.

²⁸⁶ F.LENZERINI, *ivi*, p. 361.

²⁸⁷ Con A. C. 1238 condivide, infatti, la formulazione dell'art. 2 e, quindi, la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione, ed a conferma di tale scelta di piena compenetrazione tra i due istituti dell'asilo costituzionale e del rifugio convenzionale, si sancisce – attraverso un comma aggiuntivo (il 3°) - che con il termine “rifugiato” si intende “qualsiasi straniero o apolide cui sia stato riconosciuto il diritto d'asilo”

²⁸⁸ Con A.C. 1738 condivide la disposizione sul pre-esame, ma ne cancella alcune incongruità, tra cui la menzione delle “modalità di impugnazione” da indicare nell'atto scritto di manifesta infondatezza ovvero inammissibilità.

In particolare, la competenza giurisdizionale sui ricorsi contro il diniego della Commissione centrale è attribuita al giudice ordinario, ma non si ammette la sospensione dell'immediata esecutività del provvedimento di allontanamento in pendenza di appello contro la decisione di primo grado²⁸⁹.

Un ulteriore disegno di legge che si colloca a cavallo tra il primo ed il secondo approccio è quello presentato dal sen. L. Guerzoni, in data 22 luglio 2003, recante “Norme in materia di diritto d'asilo” (S. 2332). Tale proposta prevede l'unificazione delle due fattispecie, senza disattende il disposto costituzionale in materia di asilo, ma introducendo la nuova ipotesi di un richiedente asilo “esposto (...) a restrizioni della libertà personale” (art. 2, co. 1 lett.b). Nella Commissione centrale, inoltre, non siedono solo funzionari di provenienza governativa, ma anche “due esperti qualificati in materia di diritti civili ed umani” sebbene siano “designati dal Presidente del Consiglio dei ministri” (art. 3, co. 4).

E' altresì disciplinata la fase procedurale del pre-esame analogamente a quanto previsto nel Progetto Tarantino, tranne che per quanto concerne la trasmissione della relativa deliberazione, che ha come destinatari non solo l'interessato, ma anche l'UNHCR ed il tribunale territorialmente competente, al quale spetta altresì la decisione sull'eventuale impugnazione (art. 6, co. 9-10) così come la generale competenza giurisdizionale in materia di ricorsi contro la decisione della Commissione centrale.

Inoltre, un elemento di grande rilievo consiste nella norma sull'effetto sospensivo dell'immediata esecutività del respingimento ovvero dell'espulsione riconosciuto al ricorso contro il diniego emesso in pre-esame o contro la vera e propria decisione della Commissione, da cui discende il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di giustizia (artt. 6, co. 10 e 10, co. 1)²⁹⁰.

Infine, una previsione lungimirante – in quanto conforme al disposto dell'art. 11 della c.d. Direttiva accoglienza (Dir. 2003/9CE)²⁹¹ – è contenuta nell'art. 10, co. 5,

²⁸⁹ L'art. 10, co. 6 – inoltre – omette di menzionare la ricorribilità per cassazione della sentenza della corte d'appello.

²⁹⁰ In verità, solo nel caso di impugnazione del diniego emesso in sede di pre-esame si produce automaticamente tale effetto sospensivo, ed il rilascio del permesso per motivi di giustizia è un atto dovuto (art. 6, co. 10). Viceversa, per il ricorso contro la decisione della Commissione vi è solo una facoltà per l'interessato “di richiedere un permesso di soggiorno per motivi di giustizia, salvo diniego per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato” (art. 10, co. 1). Ai sensi del co. 4 dell'art.10, si precisa che anche l'eventuale ricorso in Cassazione sospende automaticamente i provvedimenti di allontanamento.

²⁹¹ Direttiva del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (*supra*), attuata con Dlgs. 30 maggio 2005, n. 140, e pertanto successiva alla presentazione del Progetto Guerzoni. L'art. 11 prevede al co. 1 che gli Stati membri stabiliscano un periodo, a decorrere dalla data di presentazione della domanda d'asilo, in cui i richiedenti non hanno

ove si stabilisce che “qualora il procedimento giurisdizionale non sia definito entro tre mesi dalla data della impugnazione del provvedimento negativo della Commissione centrale, il ricorrente ha diritto di svolgere attività lavorativa fino alla definizione del ricorso”.

In conclusione di questa disamina, si intende prendere in considerazione la proposta di legge più recente, avanzata nel corso della XV Legislatura dall'on. Zaccaria e altri (A. C. 2410 del 19 marzo 2007)²⁹², recante “Disciplina del diritto d'asilo e della protezione sussidiaria”.

Dalla relazione di accompagnamento emerge inequivocabilmente che l'impostazione seguita è quella della piena sovrapposizione concettuale e normativa tra asilo costituzionale e rifugio convenzionale: si afferma, infatti, che “il testo assicura una sostanziale convergenza tra il concetto costituzionale dell'asilo e la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra attraverso definizioni che si applicano tanto all'*effettivo esercizio delle libertà democratiche*, quanto agli *atti di persecuzione* (articolo 4)”²⁹³. Ed anzi, si avalla pienamente quella prospettiva ideologica ed interpretativa che considera il diritto d'asilo come istituto irreversibilmente recessivo, affermandone – in particolare – l'inadeguatezza “di fronte a fenomeni di grave emergenza che si possono verificare in Paesi confinanti con il nostro Paese, come nel caso della ex Jugoslavia, ovvero in Paesi più lontani” colpiti da eventi gravi ed improvvisi, tali da determinare la necessità di apprestare rapidamente urgenti “misure umanitarie”²⁹⁴.

Non si tralasci di considerare, a questo punto, che tale proposta ha raccolto, per la prima volta, un ampio consenso tra i soggetti tecnico-istituzionali e non governativi impegnati sul tema, benché l'orientamento maggioritario di questi ultimi si fosse consolidato nel senso di auspicare una separazione tra le discipline dei due istituti

accesso al mercato del lavoro; ed al co. 2 impone agli Stati di definire a quali condizioni tale accesso sia consentito nel caso in cui “entro un anno dalla presentazione della domanda d'asilo non è stata assunta una decisione in primo grado ed il ritardo non può essere attribuito al richiedente asilo. Inoltre, ai sensi del co. 3 della medesima disposizione, nell'ipotesi in cui la normativa nazionale preveda l'effetto sospensivo del ricorso avverso una decisione negativa sulla domanda d'asilo, l'accesso al mercato del lavoro non deve essere revocato durante i procedimenti di impugnazione.

²⁹² Il Progetto Zaccaria è stato, da ultimo, assegnato alla Commissione Affari costituzionali in sede referente il 16 aprile 2007.

²⁹³ Relaz., p. 2. Si menziona, peraltro, la Legge n. 722/54 di esecuzione della Convenzione di Ginevra come la disciplina che “ha introdotto nell'ordinamento italiano le prime norme in materia di attuazione del diritto d'asilo” (*ivi*, p. 1). Analogamente, la Legge Martelli è richiamata come lo strumento di “ridefinizione dell'istituto dell'asilo per adeguarlo alle nuove circostanze di carattere interno e internazionale”, e si osserva che “le modalità con cui queste ultime norme furono introdotte – compendiate in un unico articolo di un decreto-legge – non permisero di realizzare una completa disciplina dell'istituto” (*ibidem*).

²⁹⁴ *Ibidem*.

ovvero la garanzia di non abbassare il livello di protezione in funzione della limitata applicabilità delle condizioni per ottenere il rifugio. Da questa svolta, si desume che - probabilmente anche in virtù della positiva concertazione tra attori parlamentari e *stakeholders* - la necessità di addivenire finalmente ad una legge organica sulla protezione internazionale sia stata ritenuta prioritaria e prevalente rispetto ad una diversa opzione normativa.

Per l'elaborazione del Progetto Zaccaria, dunque, sono state tenute presenti le proposte avanzate dal Consiglio italiano per i rifugiati (CIR) e sono state recepite alcune indicazioni del "Tavolo Asilo"²⁹⁵, dove siedono - sotto il coordinamento dell'UNHCR - tutti i principali enti di tutela italiani²⁹⁶. In particolare, per quanto concerne le problematiche legate all'accoglienza ed al trattenimento dei richiedenti asilo, sono state tenute in considerazione le raccomandazioni espresse nel rapporto della "Commissione De Mistura"²⁹⁷.

I principi ispiratori sono il rispetto degli obblighi di protezione della persona derivanti dalle convenzioni e dagli accordi internazionali sottoscritti dall'Italia, nonché dalla normativa comunitaria di recente introduzione²⁹⁸, e la

²⁹⁵ Nel documento *Per una futura legge organica in materia di asilo* (Roma, 20 giugno 2006), p. 2, infatti, il "Tavolo sull'Asilo" sostiene che "tale legge dovrà specificare, in materia analitica, a fianco della categoria di chi chiede ed ottiene il riconoscimento dello status di rifugiato, i requisiti soggettivi del richiedente asilo costituzionale (...), le modalità per procedere all'accertamento di tale status e la situazione giuridica successiva al riconoscimento del diritto d'asilo"(cors. nostro), ossia la definizione dei "diritti specifici legati ai rispettivi status".

²⁹⁶ Ai lavori del Tavolo, partecipano: ANCI (Servizio centrale del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, ARCI, Caritas, Casa dei Diritti Sociali/Focus, Centro Astalli/JRS, Comunità di Sant'Egidio, CIR, Consorzio Italiano di Solidarietà (ICS), Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia (Servizio Rifugiati e Migranti), Medici Senza Frontiere (MSF), Senzaconfine, Amnesty International (Servizio Sociale Internazionale).

²⁹⁷ Nel Rapporto di indagine sull'attuale situazione dei centri - elaborato dalla Commissione indipendente di esperti di nomina del Viminale, presieduta S. De Mistura, e presentato il 31 gennaio 2007 - è contenuto (p. 32) l'auspicio di una riforma normativa che preveda un unico sistema nazionale di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati (SPRAR), da sostituirsi all'attuale sistema dei centri di identificazione, "che non sempre presenta caratteristiche di chiarezza ed efficienza e solleva problematiche per ciò che attiene al pieno rispetto dei diritti dei richiedenti asilo, comportando altresì dispendi di energie e di risorse ingiustificati". Ad ogni modo, si evidenzia come la misura del trattenimento non sia uno strumento adeguato "neppure in relazione al caso di arrivi di gruppi relativamente numerosi di stranieri che richiedono asilo concentrati in alcune aree geografiche e in alcuni periodi dell'anno (segnatamente l'arrivo via mare sulle coste meridionali)". In tale ipotesi, infatti, alle esigenze di prima accoglienza e soccorso verrebbero destinati appositi centri della rete SPRAR, in grado di garantire la necessaria assistenza per l'accesso alla procedura di asilo, ed in ragione della località di tale centro sarebbe individuata la commissione territoriale competente all'esame della domanda, in modo da ripartire geograficamente gli oneri ed evitare che la quasi totalità dei procedimenti gravi sulle commissioni delle regioni meridionali (il testo del Rapporto è pubblicato su www.interno.it).

²⁹⁸ L'art. 1 - rubricato come "protezione della persona" - recupera il dettato delle precedenti proposte di legge (cfr. Art. 1, Progetto Pisapia) in senso migliorativo, dal momento che sancisce che

razionalizzazione ed il miglioramento del livello di efficienza di tale sistema integrato di protezione, "anche mediante opportuni interventi di semplificazione della procedura"²⁹⁹. Dichiaratamente in armonia con quanto disposto dalla Direttive Qualifiche (Dir. 2004/83/CE del Consiglio)³⁰⁰, l'art. 2 riconosce il diritto d'asilo sia a chi è in possesso dei requisiti per il rifugio convenzionale (co. 1, lett. b), mentre l'art. 3 attribuisce la protezione sussidiaria allo straniero o all'apolide "nei cui confronti sussistano *fondati motivi* per ritenere che nel caso di ritorno nel Paese d'origine o (...) di residenza, correrebbe un *rischio effettivo* di subire un *grave danno* e non può o non vuole, a causa di tale rischio, avvalersi della protezione di tale Paese"³⁰¹.

La rilevante peculiarità che la disposizione presenta consiste nella previsione del co. 1, lett. a) dell'art. 2, ai sensi del quale l'ulteriore soggetto che ha "diritto di asilo nel territorio della repubblica italiana" è "lo straniero al quale sia impedito nel Paese d'origine l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana", secondo il dettato dell'art. 10, co. 3 Cost. Ed inoltre, la norma di chiusura - che funge, per così dire, da cerniera tra i due *status*, tenuti distinti solo nominalmente - è il co. 2 della medesima disposizione, secondo cui "ai fini della presente legge, è *rifugiato* colui al quale sia riconosciuto il diritto di asilo".

Pertanto, acquistano la titolarità del "diritto di asilo", conseguendo in tal modo lo statuto personale del "rifugiato" - nella nuova onnicomprensiva accezione che tale proposta di legge introduce - sia i potenziali titolari dell'asilo costituzionale sia coloro che sono in possesso dei requisiti per il rifugio convenzionale.

"la Repubblica garantisce il diritto d'asilo e la protezione sussidiaria su base individuale alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge, in attuazione dell'articolo 10 della Costituzione, nel rispetto della (...) «Convenzione di Ginevra», e degli accordi internazionali cui l'Italia aderisce, nonché nel rispetto della normativa comunitaria vigente in materia". In tal modo, dunque, si prefigura un sistema integrato di protezione della persona, capace di valutare caso per caso la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento di un particolare *status* (o il diritto d'asilo, inteso in senso ampio, o quello di *subsidiary protection*), nel rispetto di tutte le norme contenute nell'art. 10 Cost. (del suo co. 3, ma anche del suo co. 1 sull'adattamento automatico al diritto internazionale consuetudinario, e del co. 2 in materia di condizione giuridica dello straniero) al fine di garantire il pieno rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, nonché del diritto internazionale pattizio applicabile (*in primis* della Convenzione di Ginevra del 1951) e del diritto comunitario, la cui menzione mancava nel Progetto Pisapia.

²⁹⁹ Relaz., *ivi*.

³⁰⁰ Relaz., *ivi*. Direttiva del Consiglio del 29 aprile 2004, n. 83 sulla qualifica di rifugiato e sulla protezione sussidiaria (non ancora recepita nel nostro ordinamento), già menzionata e su cui si veda la più approfondita analisi del CAP. IV.

³⁰¹ Cors. nostri. Cfr. art. 2 della Direttiva Qualifiche, spec. lett. c) sul termine "rifugiato" e lett. e) sulla definizione di "persona ammissibile alla protezione sussidiaria".

La compenetrazione dei due istituti appare, dunque, perfettamente compiuta, in conformità a quanto programmaticamente annunciato nella relazione di accompagnamento.

L'art. 4 stabilisce chi possano essere gli agenti responsabili della violazione che funge da presupposto al riconoscimento del "diritto di asilo", ed in cosa debbano consistere i loro comportamenti per poter essere rilevanti. Per entrambi i profili si seguono fedelmente le linee normative tracciate dalla Direttiva Qualifiche³⁰², con l'unica, decisiva, integrazione delle previsioni relative all'asilo costituzionale ex art. 10, co. 3 Cost.

Il primo comma, infatti, definisce i potenziali autori "dell'impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche nonché della persecuzione o del danno grave"³⁰³: a) lo Stato; b) i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio; c) i soggetti non statali, qualora sia dimostrato che i responsabili di cui alle lett. a) e b), comprese le organizzazioni internazionali, "non possono o non vogliono fornire protezione".

Il secondo comma qualifica gli atti "di impedimento" o "di persecuzione". Ai sensi della lett. a), si tratterebbe di atti sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, "in particolare dei diritti per cui non è ammessa alcuna deroga a norma dell'articolo 15, paragrafo 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"³⁰⁴, ovvero secondo la lett. b) di atti prodotti dalla "somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)"³⁰⁵.

³⁰² Cfr. artt. 6 (responsabili della persecuzione e del danno grave) e 9 (atti di persecuzione), DQ.

³⁰³ Ancora una volta si ha una chiara rappresentazione dell'unificazione delle fattispecie di asilo e rifugio, accanto al nuovo istituto della protezione sussidiaria: i presupposti oggettivi sono elencati consecutivamente (impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche, persecuzione, danno grave).

³⁰⁴ L'art. 15 (deroga in caso di stato di urgenza), co. 2 CEDU stabilisce che gli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 co. 1 (divieto di schiavitù e servitù) e (*nulla poena sine lege*) non possono essere soggetti a deroghe (salvo - per l'art. 2 - nel caso di morte derivante da atti di guerra conformi alle convenzioni).

³⁰⁵ Il co. 3 dell'art. 4, inoltre, analogamente a quanto disposto dall'art. 9, co. 2 DQ, descrive quale altra forma possano assumere gli atti di impedimento e di persecuzione: atti di violenza fisica o psichica (compresa la violenza sessuale); provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e giudiziari, che abbiano un contenuto discriminatorio o che siano attuati in modo discriminatorio; azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie (anche in conseguenza di negato accesso a mezzi di impugnazione); azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo comporterebbe la commissione di crimini, reati o atti rientranti nelle cause di esclusione dello *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 1F della Convenzione di Ginevra (crimini contro la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, come definiti

Infine, pur scegliendo di non delimitare in modo eccessivamente rigido il campo di applicazione della protezione sussidiaria - da intendersi, per definizione, come forma di tutela residuale - si definisce anche il "danno grave": esso può sostanziarsi in una condanna a morte o all'esecuzione; nella tortura od in altra forma di trattamento inumano o degradante; nella minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale; nella minaccia grave al diritto alla vita causata da "disastri ecologici" ovvero "altri eventi che mettano a rischio effettivo le possibilità di sopravvivenza della persona" (art. 4, co. 4)³⁰⁶.

Si osservi che il criterio che complessivamente pervade l'art. 4 è di tipo sostanzialistico: vale a dire che, sia nel caso degli agenti non statali sia nel caso degli atti di cui alla lett. b) del secondo comma, il discrimine è l'effettiva assenza di protezione, da un lato, ed il concreto impatto sulla persona di atti che - in ipotesi - possono anche non costituire tutti delle "violazioni dei diritti umani", ma il cui esito sia di fatto analogo a quello della sistematica lesione dei diritti fondamentali.

In relazione all'inserimento, nel corpo del testo legislativo proposto, di norme contenute nella Direttiva Qualifiche, l'unica perplessità deriva dal fatto che tale direttiva sta parallelamente seguendo il canale tradizionale di attuazione tramite decreto legislativo: sarebbe stato, viceversa, opportuno evitare la duplicazione delle fonti e strutturare una disciplina organica in grado di recepire tutta la normativa comunitaria in materia di asilo in attesa di implementazione nel nostro ordinamento³⁰⁷.

negli strumenti internazionali in materia; crimini gravi di diritto comune ovvero azioni contrarie ai fini ed ai principi delle Nazioni unite"). E' interessante notare che, rispetto all'omologa disposizione della Direttiva, nel Progetto Zaccaria tale elenco è introdotto dalla locuzione "tra l'altro", che induce ad escluderne il carattere di tassatività.

³⁰⁶ La disposizione riproduce l'art. 15 DQ, recante la definizione di danno grave al fine di poter beneficiare della protezione sussidiaria, ma con due differenze significative: nel Progetto Zaccaria la locuzione "in particolare" suggerisce all'interprete di considerare le suddette ipotesi di "danno grave" in senso esemplificativo e non tassativo; inoltre, l'ultima situazione richiamata (disastri ecologici o altre calamità) è assolutamente inedita. Essa potrebbe soddisfare positivamente la domanda di protezione dei c.d. rifugiati economici, in modo più convincente rispetto alla soluzione proposta dal Progetto Pisapia.

³⁰⁷ Si tratta, in parte, dell'opzione seguita dalla Germania, ove si sta riformando l'intero sistema legislativo del diritto dell'immigrazione e dell'asilo, innovandolo alla luce della recente normativa comunitaria mediante il varo di un atto unitario (*infra* CAP. III). Viceversa, nella relazione di accompagnamento del Progetto Zaccaria si afferma che, considerando la parziale sovrapposizione con la materia delegata al Governo in attuazione delle direttive comunitarie sull'asilo, "in relazione all'istituto di attuazione della delega si potranno apportare le opportune correzioni al testo in esame in modo da rispettare i due distinti percorsi normativi" (p. 3).

Per quanto concerne la procedura (artt. 11-16), improntata ad equità ed efficacia come si legge nella relazione di accompagnamento, si prescinde da qualunque forma di pre-esame, "che non produce altro effetto se non quello di appesantire il processo decisionale"³⁰⁸, e si integra nella fase preliminare all'esame della domanda la verifica di "tutti gli elementi pertinenti, inclusi quelli della provenienza dai cosiddetti «Paesi di origine sicuri» o «Paesi terzi sicuri»"³⁰⁹. Viene mantenuto l'attuale decentramento delle istanze decisionali - ossia le Commissioni territoriali introdotte dalla Legge n. 189/02, accanto alla Commissione centrale -, ma se ne varia la composizione al fine di "garantire la perfetta indipendenza politica ed istituzionale, nonché una maggiore professionalità"³¹⁰.

Un ulteriore elemento di particolare rilevanza è la previsione dell'effetto sospensivo del ricorso al tribunale contro il diniego della richiesta di asilo: l'art. 21, co. 2, il ricorrente è autorizzato a permanere sul territorio dello Stato fino alla decisione di primo grado con permesso di soggiorno per richiesta di asilo, ed in caso di appello, il presidente della relativa Corte territoriale può concedere, su istanza, la sospensione dell'esecuzione della decisione della Commissione territoriale.

Si abolisce, infine, l'istituto del trattenimento del richiedente asilo, apprestando misure atte a garantirne comunque l'ininterrotta reperibilità durante tutto il periodo di svolgimento della procedura (art. 12 ss)³¹¹.

³⁰⁸ Relaz., p. 2.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*. L'art. 8 prevede che l'emanando regolamento di attuazione istituisca una Commissione nazionale, presso il Ministero dell'interno, con compiti di indirizzo e di coordinamento delle Commissioni territoriali, nonché di formazione ed aggiornamento dei componenti delle medesime, e di raccolta e diffusione di dati statistici rilevanti. Il suo potere decisionale investe le materie della reoca e cessazione degli *status* (asilo e protezione sussidiaria); dell'ammissione sul territorio nazionale dei richiedenti asilo che presentano domanda direttamente alle rappresentanze diplomatiche italiane all'estero nonché dei beneficiari dei programmi di reinsediamento ai sensi dell'art. 7 (*infra*). I membri della Commissione nazionale, in carica per cinque anni, sono nominati con decreto del Ministro dell'interno "su proposta delle amministrazioni e degli enti di tutela interessati": la specifica composizione è demandata al regolamento, ma si impone comunque la presenza di un rappresentante dell'UNHCR e di "un esperto qualificato in materia di diritti civili e umani" (*sic*). L'art. 9 prevede l'istituzione delle Commissioni territoriali presso le prefetture-UTG da individuarsi con regolamento attuativo, che ne stabilisce altresì la composizione: i rispettivi membri sono di nomina del Presidente della Commissione nazionale e restano in carica cinque anni. La disposizione non specifica che la presenza di almeno un rappresentante dell'Alto Commissariato e di un esperto debba essere obbligatoria.

³¹¹ In luogo del trattenimento dei richiedenti asilo presso i centri di identificazione, è previsto un sistema di ospitalità articolato in centri di prima e seconda accoglienza ovvero di elezione di domicilio presso familiari o conoscenti del richiedente. Tale previsione sembra perfettamente in linea con i rilievi della Commissione De Mistura sul punto: era stato, infatti, osservato che il trattenimento presso i CID e l'applicazione della procedura semplificata, sebbene originariamente previsti per ipotesi residuali, si sono trasformati in prassi generalizzate. Il trattamento semidetentivo applicato ai

Un ultimo istituto meritevole di analisi, in quanto innovativo e disciplinato nel dettaglio, è quello del "reinsediamento" (art. 7), finalizzato a trasferire un numero determinato di rifugiati, quantificato in quote triennali, da Paesi di primo approdo verso l'Italia, in caso di mancanza di protezione effettiva (e persistente pericolo per la vita, la libertà, la sicurezza, la salute e altri diritti fondamentali) ovvero in caso di assenza di "condizioni, a lungo termine, per l'integrazione" come pure nell'ipotesi di "particolare vulnerabilità" dei soggetti in questione³¹².

richiedenti viene censurato, nel Rapporto, in quanto privazione della libertà personale non soggetta al controllo dell'autorità giudiziaria, carente sotto il profilo dell'assistenza legale, ed attuata in forma promiscua con il trattenimento nei CPT, proprio del diverso regime espulsivo degli irregolari, senza alcuna garanzia di effettivo accesso alla procedura di asilo (cit., pp. 18-19). Da ultimo, anche lo schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva Procedure tende ad abolire, quasi interamente, la misura della detenzione temporanea dei richiedenti asilo.

³¹² In consonanza con quanto auspicato dal Tavolo Asilo (doc. 20.6.06, p. 5) ed in adesione all'azione dell'UNHCR, l'art. 7 fonda la partecipazione del nostro Paese alla politica europea di reinsediamento ("resettlement") in Italia di rifugiati trasferiti da Stati terzi che non sono in grado di garantire loro effettiva protezione, al fine di addivenire ad "una soluzione durevole" (co. 2). Del programma beneficia, in particolare, "il rifugiato che per necessità di protezione fisica o legale, di salute, di genere, di età o a causa di tortura o di violenza subita dimostri particolare vulnerabilità" (*ibidem*). Si osservi che il Tavolo Asilo raccomanda di non confondere i programmi di reinsediamento con i "piani di esternalizzazione della procedura di esame delle domande, che consiste nel trasferire in un Paese terzo le richieste d'asilo presentate nell'UE, in linea con la Risoluzione del 15 dicembre 2004 del Parlamento europeo", e di non sostituire con il reinsediamento l'accesso alla procedura vera e propria di richiesta d'asilo (cit., *ivi*). Il progetto Zaccaria recepisce entrambi questi moniti (v. art. 7, co. 10).

CAPITOLO III

DROIT D'ASILE E ASYLRECHT: IL DIRITTO DI ASILO IN FRANCIA E GERMANIA. ITINERARIO COMPARATISTICO.

*Il diritto di asilo costituzionale è, a tutt'oggi,
una sorta di "droit fondamental de deuxième rang".*

L. FAVOREU, *Le droit d'asile*, in D. TURPIN (a cura di), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales: défis et solutions*, Aix-en-Provence - Paris, 1989, p. 217.

3.1 La costituzionalizzazione del *droit d'asile*: l'interpretazione della norma del Preambolo della Costituzione del 1946 nelle decisioni del *Conseil constitutionnel*. Una duplice protezione.

Il percorso di graduale emancipazione del diritto di asilo dal novero delle norme meramente programmatiche, ed il suo finale inquadramento concettuale in termini di diritto fondamentale di rango costituzionale, accomuna le principali esperienze ordinamentali europee, tra cui quella francese e quella tedesca³¹³.

In Francia³¹⁴, in particolare, si è trattato di un cammino tormentato, assai simile a quello compiuto in Italia, poichè caratterizzato, senza soluzione di continuità, da forti accelerazioni e repentine involuzioni³¹⁵.

313 M. BENVENUTI, op. cit., p. 44. Si discosta da questo modello l'esempio spagnolo: l'art. 13, par. 4 della Costituzione del 1978, infatti, contiene una previsione più sfumata del diritto d'asilo quale mero *mandato al legislator*, sottratto alla categoria di quei diritti la cui violazione può fondare il *recurso de amparo*, ai sensi dell'art. 53, co. 2 (tra gli altri, P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Valladolid, 2001, pp. 53 ss.).

314 La tradizione francese in materia di diritto di asilo è storicamente risalente e, in certo senso, culturalmente innata dal punto di vista del patrimonio filosofico-giuridico. L'art. 120 della Costituzione del 24 giugno 1793 recita solennemente: "Le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans". L'asilo in Francia, quindi, è originariamente concepito come diritto dell'individuo alla protezione contro la persecuzione, sebbene l'istituto abbia non sia riuscito immediatamente a radicarsi in un regime giuridico stabile e definito (E.D. COSIMO, *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, "Dir. imm. Citt.", n. 1/04, p. 46).

315 I. DODET-CAUPHY, *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel*, "Revue française de droit administratif", 1999, p. 469 ss.; C. TEITGEN-COLLY, *Le droit d'asile. La fin des illusions*, "Actualité juridique, Droit administratif", 1994, p. 97 ss.; H. LABAYLE, *Droit d'asile*, in O. DUHAMEL - Y. MENY (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, p. 321 ss.

I principali aspetti della disciplina francese che rievocano il sistema normativo italiano in materia di asilo sono la pluralità di fonti normative – sia di rango costituzionale sia di livello internazionale³¹⁶ – che concorrono a regolarlo, nonché la sua strutturale compenetrazione nell'impianto legislativo (anch'esso accidentato e sottoposto ad innumerevoli riforme) della disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero³¹⁷ c.d. “migrante economico”³¹⁸. La base normativa per uno statuto giuridico dello straniero – cui sono estese le libertà fondamentali garantite dalla Costituzione francese ai cittadini³¹⁹ - è costituita sia da una legge *ad hoc* relativa al riconoscimento del diritto d'asilo, la Legge n. 893 del 25 luglio 1952 istituitiva dell'OFPPA e di un giudice speciale, la Commissione dei

316 Si tratta, com'è noto, dell'art. 14, co.1 del Patto delle Nazioni unite del 1948 e della Convenzione di Ginevra del 1951.

317 M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra “droit d'asile” e “droits de résidents”*, “Pol. Dir.”, 1998, p. 45 ss. sottolinea come nel passaggio dall'*ancien régime* al periodo rivoluzionario muta radicalmente la condizione giuridica dell'individuo, che da suddito diventa *citoyen* di un moderno Stato nazionale, nell'ambito del quale assume importanza cruciale distinguere tra chi è cittadino ovvero a chi è apolide o straniero.

R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, 1997, pp. 78-79 evidenzia come “la diffusione del privilegio nella società dell'*ancien régime* non lasciava spazio a quei diritti e doveri comuni che costituiscono la sostanza della cittadinanza moderna”; viceversa, la Francia rivoluzionaria in epoca contemporanea, o meglio in quella fase evolutiva dello Stato c.d. post-nazionale che procede verso un'idea aperta di cittadinanza multiculturale, si collocano le riforme della disciplina francese in materia di immigrazione.

318 Sulla necessità di distinguere, soprattutto in sede di politica legislativa, tra richiedenti asilo e migranti economici, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le droit d'asile en question*, “Problèmes politiques et sociaux”, n. 880, 13.9.02, pp. 4-5, il quale sottolinea che non esistono “faux réfugiés” o “réfugiés économiques”, se non al rischio di alimentare una vera e propria “guère de sens”, in quanto il presupposto normativo fondamentale del rifugio convenzionale è la persecuzione, attuale o temuta.

319 Nella decisione n. 269 del 22.1.90, il Consiglio costituzionale ha ribadito l'applicabilità del principio di eguaglianza riferito ai cittadini francesi (art.1, Dich. Diritti e art. 1, Cost. '58) anche agli stranieri, nella sua accezione “promozionale, dinamica e relazionale” e relativamente al solo ambito delle libertà fondamentali classiche, riconosciute a tutti a prescindere dal particolare vincolo di nazionalità di ciascuno, in quanto caratterizzate da “universalismo, individualismo, trascendenza ed astrazione” (J. MORANGE, *La protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel*, “Giur. Cost.”, n. 3/1991, p. 2560 ss.). Nella sent. 93-325 DC (*infra*), il *Conseil* ha statuito che “si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République” e che “s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés”, osservando altresì che non si tratta di un elenco esaustivo. Per un'analisi sistematica dei diritti di libertà spettanti al cittadino straniero, J. KISSANGOULA, *La Constitution française et les étrangers. Recherches sur les titulaires des droits et libertés de la Constitution sociale*, Paris, 2001; F. MODERNE, *Droit des étrangers*, in M. DELMAS-MARTY - C.L. DE LEYSSAC (a cura di), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2002 - II ed., p. 391 ss.

ricorsi³²⁰, sia - in materia di ingresso e soggiorno - dall'ordinanza n. 2658 del 2 novembre 1945 e successive modifiche, tra cui spiccano le riforme introdotte dalla Legge n. 1027 del 24 agosto 1993 e dalla L. n. 396 del 24 aprile 1997³²¹, sulle quali il Consiglio costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi con le celebri sentenze del 13 agosto 1993, n. 325 e del 22 aprile 1997, n. 389 (*infra*).

Il peculiare sistema francese delle fonti del diritto³²² non fa che complicare il quadro delle interazioni tra le norme in materia di asilo. Infatti, come già sottolineato, il

320 OFPRA è l'acronimo di *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, autorità amministrativa, posta sotto la tutela del Ministero degli affari esteri, competente per il conferimento ai richiedenti della qualità di rifugiati e per la loro conseguente protezione giuridica: le sue decisioni negative sono impugnabili dinanzi alla Commissione dei ricorsi, al cui giudizio di merito spetta la valutazione delle circostanze di fatto e di diritto che hanno fondato la deliberazione dell'organo amministrativo di prima istanza. La Commissione, in particolare, è titolare di due funzioni: la prima, appunto, di carattere giurisdizionale, contro la quale è ammesso ricorso al Consiglio di Stato; la seconda, invece, è meramente consultiva sostanziandosi nella formulazione di pareri in merito alla concessione ovvero alla revoca delle misure restrittive della libertà personale dello straniero adottate dal Prefetto.

321 Dal momento che la giurisprudenza francese sul diritto di asilo affiora, quasi in controtela, dalle pronunce relative alla normativa generale sull'immigrazione, si rende necessario un rapido *excursus*. La disciplina in materia di *status* dello straniero presenta rispetto a quella italiana importanti analogie, ma anche differenze dovute al diverso sistema di protezione dei diritti individuali (E. GROSSO, *L'ultima "querelle" sulla giustizia costituzionale in Francia: il Conseil constitutionnel e la nuova legge sull'immigrazione*, Torino, 1995). L'*Ordonnance* n. 45-2658 (2.11.45) distingue tra *expulsion*, disposta dal Ministro dell'interno ai danni dello straniero, anche regolare, la cui presenza sia ritenuta una minaccia per l'ordine pubblico, e *reconduite à la frontière*, misura di polizia amministrativa adottata dal prefetto in caso di ingresso clandestino o irregolare permanenza dello straniero sul territorio francese. La *Loi Bonnet* (10.1.80, n. 9) introduce un sistema di "doppio binario": nei confronti dell'immigrato illegalmente soggiornante, l'autorità di pubblica sicurezza può scegliere in piena discrezionalità se denunciarlo per il reato di clandestinità ed affidarlo all'autorità giudiziaria, ovvero instaurare la procedura amministrativa di espulsione.

Nel 1981, la *Loi Questiaux* (29.10.81, n. 973) abroga tale sistema, attribuendo al giudice penale la competenza esclusiva in materia, di modo tale che lo straniero irregolare avrebbe potuto essere espulso solo a seguito di giudizio penale: di fatto, però, l'interdizione dal territorio nazionale veniva applicata quasi automaticamente, senza discernere nel merito per il caso di specie. Nel 1986, la prima delle *Loi Pasqua* (9.9.86, n. 1025) ripristina il doppio binario, distinguendo tra condanna penale per il reato di soggiorno irregolare, con l'eventuale pena accessoria dell'ordine di allontanamento (*reconduite judiciaire*), e provvedimento amministrativo del prefetto di accompagnamento coattivo alla frontiera in caso di straniero sprovvisto di un valido titolo di soggiorno (*reconduite administrative*, divenuta lo strumento primario). In forte consonanza con l'esperienza italiana, anche in Francia, la questione dell'effettività del diritto di difesa dello straniero avverso la suddetta misura prefettizia è l'elemento di maggiore debolezza del sistema francese (E. GROSSO, *ivi*, p. 114). In piena sintonia con l'orientamento espresso dalla nostra Consulta, il Consiglio costituzionale ha affermato che qualsiasi misura amministrativa di allontanamento ha un carattere punitivo, sì da imporre l'effettività di un ricorso giurisdizionale tempestivo e l'effettività delle garanzie della difesa (dec. n. 93-325, *infra*, su cui si veda il commento di B. GENEVOIS, *Un statut constitutionnel pour les étrangers*, "Revue française de droit administratif", 1993, p. 871).

322 P. LUCIFREDI - P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, Milano, 2004 (IX ed.), p. 120 ss.

diritto internazionale pattizio, regolarmente recepito nell'ordinamento interno, si situa ad un livello gerarchico superiore rispetto alle leggi, ma non rispetto alle norme di rango costituzionale: quindi, è instabile il rapporto tra disciplina del rifugio convenzionale, normativa primaria in materia di immigrazione che incide sul diritto d'asilo e quarto paragrafo del Preambolo costituzionale.

A ciò si aggiunga che il diritto internazionale consuetudinario - cui ricondurre il principio di *non refoulement* -, seppur menzionato nel quattordicesimo comma del Preambolo della Costituzione del 1946, si colloca ad un livello subordinato rispetto alle fonti di rango costituzionale, ed in base alla giurisprudenza del Consiglio di Stato non può impedire l'applicazione di una legge con esso contrastante, prevalendo esclusivamente su fonti secondarie o atti amministrativi.

Le fonti comunitarie, inoltre, sia quelle originarie sia quelle derivate, costituiscono una categoria particolare secondo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale e del Consiglio di Stato, preludio della vera e propria riforma costituzionale³²³, in forza della quale vige pienamente, come per tutti gli altri Stati membri, il principio di primazia. Viceversa, il rapporto tra diritto comunitario e norme costituzionali³²⁴ si atteggia in termini non di prevalenza ma di tendenziale armonizzazione, non potendo non risentire fortemente della posizione politica che la Francia ha assunto nell'Unione europea, in particolare con riferimento alla questione del Trattato costituzionale³²⁵.

Il diritto di asilo previsto al paragrafo 4 del Preambolo della Costituzione del 1946, recepito da quello della Costituzione del '58, in base al quale gode del diritto stesso sul territorio della Repubblica francese "chiunque sia perseguitato a causa delle sue

323 Legge di revisione costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992, che ha introdotto i nuovi articoli da 88-1 a 88-5.

324 In verità, la compatibilità del diritto comunitario derivato con la Costituzione francese è un problema non del tutto risolto (viceversa, il conflitto tra norme dei Trattati comunitari e norme costituzionali può essere fatto valere tramite ricorso ex art. 54 Cost., sebbene solo in caso di mero "engagement international", ossia di trattato non ancora concluso). Nella decisione n. 2004-496 DC, il Consiglio costituzionale ha statuito che la trasposizione nel diritto interno di una direttiva comunitaria risponde comunque ad una "esigenza costituzionale", per il soddisfacimento della quale l'unico ostacolo plausibile sarebbe quello di un aperto ed in equivoco contrasto con la Costituzione. Ad ogni modo, si consideri che è stata altresì avanzata la tesi volta a far rientrare il diritto comunitario nel *bloc de constitutionalité*, consentendo al Consiglio costituzionale di invalidare, in sede di controllo preventivo, le leggi in contrasto con gli obblighi comunitari.

325 P. LUCIFREDI - P. COSTANZO, *Appunti*, op. cit., pp. 122 e 176. Gli A. rimarcano come, in sede giurisdizionale ordinaria ed amministrativa, la superiorità del diritto comunitario è affermata anche in forza dell'art. 55 della Costituzione, il cui disposto esercita ancora "una certa suggestione", nonostante l'avvenuta revisione costituzionale e la conseguente introduzione di un Titolo *ad hoc* (il XV), diversamente da quanto avviene nel nostro ordinamento dove si tende a far leva sulla forza autonoma delle previsioni del Trattato, fondanti un livello sopranazionale di governo a vantaggio del quale si cedono porzioni di sovranità, nonché sul principio di competenza.

azioni in favore della libertà” (c.d. “combattente per la libertà”), è stato oggetto di un sistematico intervento di “neutralizzazione”³²⁶, ossia di negazione della sua natura di diritto fondamentale dell'individuo, e di contestuale sovrapposizione allo *status*³²⁷ di rifugiato.

Sul punto, risulta paradigmatica la decisione del Consiglio di Stato del 27 settembre 1985 (caso *France Terre d'asile et a.*³²⁸), assai più dirimente della precedente sentenza del Consiglio costituzionale n. 79-109, del 9 gennaio 1980³²⁹ concernente la Legge del 1980 sulla prevenzione dell'immigrazione clandestina (*Loi Bonnet*) ove non si assumeva nessuna posizione sul valore costituzionale del diritto in questione, limitandosi ad affermare che la legge in esame non modifica l'art. 2 dell'ordinanza del 1945 nella parte in cui istituisce una riserva internazionale in materia di diritto di asilo, e facendo salva, in tal modo, la regolamentazione introdotta dalla Convenzione di Ginevra³³⁰. Nel 1985, quindi, si colloca la prima importante, seppur parziale, svolta giurisprudenziale: il Consiglio di Stato riconosce il valore costituzionale del diritto di asilo così come previsto nel paragrafo 4 del Preambolo, sebbene stabilisca che, in mancanza di adeguata implementazione ad opera di fonte interna od internazionale, si tratti di un mero principio inidoneo a fungere da

326 Si riferisce icasticamente ad una consapevole scelta legislativa di “neutralisation” del diritto costituzionale d'asilo H. LABAYLE, *Le droit d'asile en France: normalisation ou neutralisation?*, “Revue française de droit administratif”, 1997, p. 242 ss.

327 Legge del 10.1.80, n. 9.

328 In senso analogo si è pronunciato il Consiglio costituzionale, sent. 86-216 DC del 3 settembre 1986, in merito al ricorso avente ad oggetto la *Loi Pasqua* del 9.9.86, n. 1025, affermando che il diritto di asilo è un principio di valore costituzionale, la cui attuazione è demandata alle leggi ed alle Convenzioni internazionali introdotte nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 55 della Costituzione, ma che – tuttavia – non gode di autonoma *dignitas* costituzionale in quanto si sostanzia esclusivamente nelle previsioni inserite in norme interposte (leggi e Convenzioni, appunto).

329 F. TIBERGHEN, *La protection des réfugiés en France*, Paris, 1988, p.61 critica l'impostazione argomentativa di questa pronuncia basata sulla totale sovrapposizione tra diritto costituzionale all'asilo e *status* convenzionale di rifugiato.

330 E' importante ricordare che l'art. 55 della Costituzione francese instaura un rapporto di gerarchia tra fonti internazionali di natura pattizia e fonti interne, con prevalenza delle prime purchè “régulièrement ratifiés ou approuvés”, nonchè pubblicate ed a condizione della loro pari applicazione negli altri Stati cofirmatari (il principio della *primauté* del diritto internazionale pattizio, quindi, è strettamente legato al rispetto della clausola di reciprocità). Si stabilisce, infatti, che possano godere di “une autorité supérieure à celle des lois”, dove il termine “leggi” è usato genericamente e ricomprende, pertanto, non solo le leggi ordinarie, ma anche quelle organiche (ma non le norme di rango costituzionale), precedenti ovvero successive rispetto al momento della ratifica degli stessi trattati, accordi o convenzioni (P. PINTO, *Art. 55*, in F. LUCHAIRE - G. CONAC, *Commentaire à la Constitution*, Paris, 1987, p. 1069; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2005 - VII ed., p. 260 ss.). In caso di contrasto tra trattato e legge, pertanto, il giudice applicherà la disciplina attuativa del primo, benchè la seconda non potrà dirsi abrogata o annullata, ma semplicemente non applicata nel caso di specie (c.d. controllo diffuso di “convenzionalità”).

parametro al fine di contestare la legittimità di regolamenti o provvedimenti individuali adottati dalle autorità amministrative.

Si osservi che in tale prospettiva ermeneutica, la norma costituzionale *de qua* – in virtù della sua ampia latitudine – prevale sulle fonti regolamentari, ma solo nella misura in cui la stessa trova attuazione in leggi ovvero in convenzioni o altri atti internazionali sussunti nel diritto francese³³¹.

Il *Conseil Constitutionnel*, viceversa, mantiene una visione riduttiva della disposizione contenuta nel Preambolo, continuando a riferirsi alla sola Convenzione di Ginevra per la nozione e tutela del diritto d'asilo, e considerando implicitamente la norma costituzionale come una “*coquille vide*”³³² e, dunque, non stabilendo una separazione tra le nozioni di asilo e di rifugio nonchè, conseguentemente, una distinzione tra gli strumenti di tutela.

Nella sentenza n. 294 del 25 luglio 1991 - avente ad oggetto la legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione di Schengen³³³ - il Consiglio costituzionale, per la prima volta, ha svincolato l'istituto dell'asilo dalla disciplina giusinternazionalistica, invocando direttamente la Costituzione ed optando per una lettura inversa rispetto a quella operata nel 1986, ossia distinguendo chiaramente tra norma costituzionale e Convenzioni

331 La questione al centro della pronuncia del 1985 aveva ad oggetto l'art. 12 del decreto n. 82-442 del 27.5.82, ai sensi del quale il provvedimento di respingimento del richiedente asilo poteva essere adottato soltanto dal Ministro dell'interno di concerto con il Ministro degli affari esteri. Una parte della dottrina condivideva i dubbi del Consiglio di Stato in merito alla possibilità di invocare direttamente, quale norma di diritto positivo immediatamente precettiva, la disposizione del Preambolo costituzionale (cfr. P. DEVOLVÉ, *L'affaire Croissant et le droit*, *Le Monde*, 25.2.78). Constata F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union Européenne*, Paris, 1997, pp. 43-44, che sebbene la non applicabilità diretta di una disposizione costituzionale non ne pregiudica irrimediabilmente il suo "valeur juridique", tuttavia, influisce sulla sua collocazione all'interno della gerarchia dei diritti in relazione al regime di protezione accordato (A. BADINTER - B. GENEVOIS, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, "Revue univ. dr. de l'homme", n. 6-8/90, p. 238 ss.; D. TURPIN, *Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel*, "Droits", n. 2/85, p. 85 ss.).

332 F. LUCHAIRE, *Le droit d'asile et la révision de la Constitution*, "Revue de droit public", 1994, p. 16, ripreso in M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica*, cit., p. 50. Accanto all'affermazione formale del diritto d'asilo come principio costituzionale, infatti, la sua concreta applicazione è stata fortemente pregiudicata dall'interpretazione restrittiva della disposizione del preambolo consolidatasi nella giurisprudenza (*infra*).

333 La questione verteva sull'art. 29, co. 3, della Convenzione, nella parte in cui prevede la riserva a favore di ciascun Stato contraente di avocare, per motivi di interesse nazionale, l'esame delle domande d'asilo formalmente spettante ad altro Stato. Ebbene, il *Conseil* ha ritenuto le disposizioni convenzionali in questione coerenti con il dettato costituzionale, stabilendo che esse debbano essere applicate proprio a quei soggetti che si trovano nelle condizioni di beneficiare del diritto di asilo ai sensi del Preambolo del '46, ossia ai c.d. "combattenti per la libertà".

internazionali, attribuendo alla prima pieno "valeur positive" in termini di immediata precettività³³⁴.

Nella decisione del 25 febbraio 1992, inoltre, il *Conseil constitutionnel* si spinge sino alla determinazione di alcune condizioni per l'ammissione nel territorio francese dei richiedenti asilo dando piena attuazione al principio del *non refoulement*: l'ingresso alla frontiera, infatti, non può essere negato per il solo fatto che il soggetto è privo di documenti e del visto prescritti dalla legge, spettando successivamente al Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli esteri, la decisione di diniego di soggiorno per manifesta infondatezza della domanda d'asilo.

Ad ogni modo, anche nell'ipotesi di istanza manifestamente infondata, lo straniero può trattenersi sul territorio francese per il periodo necessario ad organizzare la propria partenza, senza essere obbligato ad allontanarsi immediatamente: nel frattempo, il governo francese deve adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire il rispetto della libertà da detenzioni arbitrarie, di cui all'art. 66 Cost., tra cui *in primis* il rispetto effettivo della riserva di giurisdizione in esso prevista³³⁵.

Il riferimento espresso, compiuto in questa pronuncia, al diritto di asilo politico riconosciuto dalla Costituzione al "combattente della libertà" segnala l'attribuzione al disposto del quarto paragrafo del Preambolo di un valore autonomo rispetto alla nozione di rifugio convenzionale³³⁶.

334 32.mo-34.mo Considerando della motivazione in diritto, commentata in J. KISSANGOULA, op. cit., p. 342.

335 Il *Conseil*, inoltre, ha ritenuto doversi escludere la responsabilità del vettore che ha agevolato l'ingresso clandestino del richiedente asilo quando la sua domanda non sia manifestamente infondata.

336 F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile*, op. cit., p. 46 ritiene che non si compia una vera e propria rottura rispetto alla concezione del diritto d'asilo risultante dal precedente orientamento giurisprudenziale, ma mette in luce che ciononostante il Consiglio costituzionale inserisce inequivocabilmente il diritto costituzionale d'asilo nel novero dei "principes de valeur constitutionnelle": dal momento che esso è espressamente previsto dal Preambolo del 1946 nonché ribadito in quello del 1958, non v'è ragione di negargli, alla luce di un'interpretazione meramente letterale del testo, la natura di diritto costituzionale. Secondo l'A., un'ulteriore elemento che conferma in cambiamento di approccio al tema ad opera della giurisprudenza si rinviene nella sentenza del Consiglio di Stato emessa a seguito del ricorso dell'Assemblea del 13 dicembre 1991 (caso *Dakoury et Nkodia*). Infatti, benchè si tratti di una questione avente ad oggetto il rifugio convenzionale, nonché la legge del 27.5.52 relativa all'OFPPA, e non quindi l'asilo costituzionale, si statuisce che lo straniero richiedente asilo (*rectius* il riconoscimento dello *status* di rifugiato) debba essere ammesso a soggiornare sul territorio francese nelle more della decisione sulla sua istanza, al fine di "assurer au principe proclamé par le Préambule de la Constitution une portée effective", in quanto negare ai richiedenti asilo il soggiorno provvisorio "serait en fait porter atteinte à la substance même du droit d'asile". La dottrina ha riscontrato in questi passaggi argomentativi la nuova concezione del diritto d'asilo come diritto fondamentale, inaugurata dal Consiglio di Stato e consolidata dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale anche per esigenze di tenuta armonica complessiva dell'ordinamento (B. GENEVOIS, *Continuité et convergence des jurisprudences administrative et*

La sintesi dell'evoluzione delle posizioni espresse dal *Conseil* è elaborata nella sua decisione n. 325 del 13 agosto 1993³³⁷, ove si ribadisce, innanzitutto, il valore costituzionale del diritto d'asilo³³⁸, riconosciuto ai sensi del disposto del quarto paragrafo del Preambolo, dotato di rango costituzionale e rientrante nel *bloc de constitutionnalité*³³⁹, nonché la sua natura di "diritto fondamentale, il cui riconoscimento comporta l'esercizio (...) di diritti e libertà (...) riconosciuti dalla Costituzione"³⁴⁰. Viene altresì ribadita l'applicabilità alla materia dell'asilo della

constitutionnelle, "Revue française de droit administratif", 1990, p. 143; G. VEDEL, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1992, p. 647 ss.). Eppure, essi rievocano quel filone dell'interpretazione giurisprudenziale della Cassazione italiana che, in senso fortemente restrittivo, riduce il diritto d'asilo costituzionale al mero diritto di entrare e soggiornare sul territorio nazionale in pendenza della procedura di esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato. A ben guardare, anche F. MODERNE, *ibidem*, coglie il tentativo di ridimensionamento che al contempo si realizza, osservando che "au-delà de l'affirmation du principe constitutionnel du droit d'asile, la mise en œuvre de ce droit fait apparaître une interprétation réductrice qui en affaiblissait sensiblement la portée".

337 La legge sottoposta all'attenzione del *Conseil* è la legge del 24 agosto 1993, n. 1027 (su cui si vedano F.-B. ROHMER, *Reconduite à la frontière: développements récents*, "Revue de droit public", 1994, p. 429 ss. e V. FABRE-ALIBERT, *Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France*, *ivi*, p. 1165 ss.). Dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni in materia di prolungamento dei termini di trattenimento (per contrasto con il diritto fondamentale alla libertà individuale), di controlli preventivi al fine di accertare il reale consenso delle parti matrimonio di un cittadino con uno straniero (per contrasto con la libertà individuale sotto il profilo della libertà di contrarre matrimonio, salvo il diritto degli interessati di far valere la simulazione secondo le comuni regole civilistiche), il Consiglio costituzionale ha ritenuto la restante disciplina conforme a Costituzione (non potendo in alcun modo operare interventi manipolativi).

338 Il *Conseil* statuisce "que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République".

339 Nella decisione del 16 luglio 1971, n. 44, il Consiglio costituzionale aveva già chiarito quali corpi di disposizioni fungono da parametro del sindacato di costituzionalità: tra questi, ricomprendeva i Preamboli del 1946 e del 1958. Benché il Preambolo del 1946 - contenente i principi di ordine economico-sociale, i diritti sociali, nonché i principi desumibili dalle "lois de la République" - sia esterno alla Costituzione, infatti, ne diventa parte integrante in quanto confermato, con espresso richiamo testuale, da quello del 1958 (F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1980, p. 178). Analoga incorporazione avviene per la Dichiarazione dei diritti dell'uomo ed i suoi principi di matrice rivoluzionaria, sempre in virtù del relativo richiamo contenuto nella Costituzione della V Repubblica. Tale intervento espansivo della giurisprudenza costituzionale ha potenziato la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che fungono chiaramente da limite dell'attività del legislatore (tra gli altri, G. BURDEAU, *Libertés publiques*, Paris, 1972, p. 391). M. CALAMO SPECCHIA, *A proposito di "libertés publiques": un'ipotesi di riforma*, "I Diritti dell'uomo", n. 1/96, p. 5 ss., precisa come, a partire dal 1971, attraverso i suoi *arrêts* creativi o "costitutivi" (cfr. anche sentt. 28 novembre e 27 dicembre 1973), il *Conseil* abbia costituzionalizzato i suddetti complessi normativi senza costruire un ordine gerarchico formale tra gli stessi, bensì operando "una graduazione storico-contenutistica" (*infra*, nt. 39).

340 Il Considerato n. 80 è di rilevante importanza: "Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa: *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit*

riserva di legge di cui all'art. 34 Cost.³⁴¹, che - dal punto di vista del diritto costituzionale italiano - si potrebbe definire *rinforzata*, dal momento che il legislatore nel disciplinare tale diritto deve non solo "conciliarlo con le altre regole o principi di ordine costituzionale" ma anche "adottare tutte le misure al fine di "renderlo più effettivo" tenendo conto di tutte le garanzie previste dalle Convenzioni internazionali rilevanti - tra cui, ovviamente, la Convenzione di Ginevra - introdotte nell'ordinamento nazionale ex art. 55 Cost.³⁴² Si conferma la legittimità costituzionale della previsione legislativa di un'altra categoria soggettiva disciplinata dalla normativa oggetto della *saisine*, ossia quella dei richiedenti asilo (*demandeurs d'asile*), ammessi a soggiornare sul suolo francese³⁴³ nelle more della definizione della loro istanza da parte dell'OFPRA - purchè ciò non arrechi pericolo alla sicurezza pubblica - e nei confronti dei quali deve essere salvaguardato l'esercizio effettivo del diritto di difesa³⁴⁴. Si osservi che lo snodo decisivo del ragionamento

d'asile sur les territoires de la République; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle (...)" (sottolin. nostre). J. KISSANGOULA, op. cit., p. 356 ss., ha definito la scelta interpretativa del Conseil come, ambigualmente, "protection de l'aspect constitutionnel du droit d'asile" e sua "fondamentalisation", quest'ultima attuata con un'argomentazione di ampio respiro ("un considérant de principe"), che al di là della soluzione della questione sollevata, intende regolare il tema complessivo della protezione costituzionale del diritto d'asilo, limitando ogni inammissibile sconfinamento del legislatore e superando la "retorica" della politica governativa in materia di lotta all'immigrazione clandestina (*infra*).

341 Secondo il *Conseil*, il diritto di asilo rientra, nell'ambito delle libertà pubbliche, tra i *droits de l'homme*: sebbene l'art. 34 Cost. si riferisca testualmente ai cittadini, anche gli stranieri in quanto titolari di diritti inviolabili in condizioni di eguaglianza rientrano nella sua sfera di applicazione (Art. 34, in F. LUCHAIRE - G. CONAC, *Commentaire*, op. cit., pp. 757-758). Pertanto, benchè il legislatore non possa intervenire a sopprimere il diritto d'asilo - dotato, appunto, di valore costituzionale - è competente a fissare limiti e garanzie al suo esercizio.

342 Il Consiglio mette in luce come la legge *de qua* - all'art. 31 *bis* in materia di presupposti per il rifiuto del soggiorno temporaneo ovvero per la revoca dell'asilo già concesso - contenga la riserva espressa del rispetto del principio di *non refoulement*, ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, e come tale previsione sia assolutamente in linea con l'art. 55 Cost.

343 "Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel" (sottolin. n.).

344 Si ritengono costituzionalmente legittime, in modo coerente rispetto alle suddette premesse, quelle disposizioni che regolano le fattispecie di diniego o revoca del diritto d'asilo: gli art. 31 ss.

dell'Alta Corte si colloca esattamente in questa fase, ossia nel momento in cui si precisa che la suesposta disciplina non è applicabile al "combattente per la libertà"³⁴⁵, per le cui domande d'asilo sussiste un obbligo di esame a carico delle autorità amministrative e giudiziarie³⁴⁶. Tuttavia, la prospettiva assunta è ambivalente: da un lato, infatti, si afferma che particolari garanzie riconosciute al titolare dell'asilo costituzionale sono previste in fonti internazionali di natura convenzionale, tra cui, evidentemente, non rientrano solo le Convenzioni di

della Legge del 24.8.93, n. 1027 prevedono quali cause di rifiuto dell'ammissione al soggiorno temporaneo e, dunque, all'esame della domanda 1) l'ipotesi in cui sia un altro lo Stato competente all'esame della stessa ai sensi delle norme internazionali applicabili (Convenzioni di Dublino e di Schengen, entrambe del 1990), ovvero 2) sia possibile per il richiedente asilo essere accolto in altro Stato, capace di accordargli una protezione più efficace contro il rimpatrio, 3) qualora la sua presenza in Francia integri una minaccia per l'ordine pubblico, od infine 4) in caso di manifesta infondatezza dell'istanza. Secondo quanto dichiarato nei Cons. nn. 85-86, in caso di non ammissione del *demandeur d'asile* sul territorio francese è possibile fare ricorso all'OFPRA per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: se l'esito è positivo, si consegue il diritto di permanere; viceversa, si può dimorare sul territorio francese sino alla notifica del rigetto del ricorso, a sua volta appellabile innanzi alla Commissione dei ricorsi (art. 32bis, L. 1027/93).

345 E' interessante notare come, a questo proposito, il Consiglio citi la sua precedente decisione n. 91-294 DC, con la quale rigettava la questione di costituzionalità relativa alla disciplina d'attuazione della Convenzione di Schengen nella parte in cui prevedeva una clausola di salvaguardia dell'operatività del diritto interno in materia di asilo politico ("comme le Conseil constitutionnel l'a relevé par sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, la détermination d'un autre Etat responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national"). Tale statuizione risulta ulteriormente rafforzata dall'art. 53-1 Cost. (come modificato dalla legge di revisione costituzionale del 25.11.93, n. 1256), ai sensi del quale lo Stato francese può concludere con gli Stati europei - vincolati dagli stessi suoi obblighi in materia di asilo e protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - accordi volti a determinare le rispettive competenze ad esaminare le domande d'asilo pervenute (co. 1). Il secondo comma precisa, però, che al di là di tali limiti di competenza, le autorità francesi "hanno sempre il diritto di concedere asilo ad ogni straniero perseguitato in ragione della sua azione in favore della libertà o che sollecita la protezione della Francia per un altro motivo".

In un'esternazione del 1.9.93, il Presidente Mitterand sosteneva, da un lato, la necessità per la Francia di aderire agli accordi di Schengen e di adattare, a tale fine, seppure in modo limitato, la Costituzione, e, dall'altro, che "il n'est pas question qu'à cette occasion soient remis en cause le préambule de la Constitution et l'exercice normal du droit d'asile" (cit. in M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica*, cit., p. 71, nt. 29). Sui risvolti problematici dell'armonizzazione del nuovo art. 53-1 Cost. con il quarto paragrafo del Preambolo del 1946: F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile*, op. cit., p. 57 ss.

346 "Le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté": il rispetto di questa esigenza di carattere costituzionale implica che i soggetti interessati siano sempre ammessi a soggiornare provvisoriamente sino alla definizione della relativa istanza.

Si noti che analogo diritto al soggiorno temporaneo è attribuito a quegli immigrati la cui domanda d'asilo è stata rigettata e che, conseguentemente, hanno chiesto, con istanza all'OFPRA, il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero hanno presentato ricorso alla Commissione competente.

Schengen (menzionata per il tramite dell'orientamento espresso nella dec. 91-294) e di Dublino sulla delimitazione della competenza ad esaminare la domanda d'asilo, ma anche la Convenzione di Ginevra, sebbene non espressamente citata; d'altra parte, però, si ribadisce il "droit souverain" dello Stato francese di disciplinare la materia a livello legislativo, nonchè di accordare la protezione dell'asilo costituzionale in presenza delle late condizioni poste dal quarto paragrafo del Preambolo.

In relazione al primo profilo, si può ragionevolmente desumere che la disciplina convenzionale del rifugio politico costituisca, ad opinione del *Conseil*, una sorta di *standard* minimo di protezione, che il legislatore che dia attuazione al disposto costituzionale non può comunque disattendere. Sembra, però, che il Consiglio adombri altresì una più pregnante interpretazione delle suddette fonti convenzionali, nel senso di dotarle di una "fonction supplétive"³⁴⁷ ossia della funzione di colmare le lacune della protezione giuridica dei diritti dell'uomo - in questo caso, del diritto d'asilo - come configurata dall'ordinamento nazionale ed in particolare dal sistema costituzionale. Sotto il secondo punto di vista, viceversa, l'Alta Corte, nella pronuncia in esame, consolida la tesi del valore costituzionale del diritto di asilo - così come disciplinato nel Preambolo costituzionale - che non può risultare compromesso dal disposto di leggi successive o di convenzioni internazionali vincolanti la Francia, bensì soltanto bilanciato con altri interessi costituzionalmente tutelati³⁴⁸. Infatti, pur riconoscendo che parte dello statuto giuridico del titolare di asilo costituzionale è regolato da fonti convenzionali ratificate dalla Francia, si ritiene che spetti al legislatore disciplinare "l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence consitutionnelle"³⁴⁹, anche derogando alla normativa generale sulla condizione giuridica dello straniero³⁵⁰.

La duplice lettura del diritto d'asilo come mero "droit constitutionnel" e come "droit fondamental de valeur constitutionnelle" emerge dalla sentenza del 1993 come un'irrisolta dicotomia. Il primo aspetto implica che la norma costituzionale necessiti

347 Il criterio ermeneutico della "fonction supplétive de la protection internationale des droits de l'homme" era stato già applicato dal Consiglio costituzionale in materia di diritto d'asilo, con la dec. 79-109 del 9.1.80, nonchè confermato nella n. 89-269, del 22.1.90, ove si affermava che "le législateur (...) doit respecter les engagements internationaux souscrits par la France" (H. LABAYLE, *Le statut constitutionnel des étrangers. Rapport français*, in P. BON, a cura di, *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Paris, 1994, p. 43).

348 Questa posizione è espressa nel secondo Cons., ed è efficacemente sviluppata da J. KISSANGOULA, op. cit., p. 359, a giudizio del quale "le législateur ne peut pas se servir du prétexte de l'existence d'engagements internationaux pour contourner ou vider de leur substance les droits et libertés constitutionnels, il en fait une application en matière du droit d'asile".

349 81mo Cons.

350 J. KISSANGOULA, *ivi*, p. 360 ss.

dell'apporto di strumenti internazionali per poter essere immediatamente applicabile: si tratterebbe di una sorte di incompletezza della previsione del Preambolo costituzionale, assimilabile in parte a quella mera programmaticità dell'art. 10, co. 3 della Costituzione sostenuta da parte della dottrina e della giurisprudenza italiane, ma che nell'ordinamento francese assume sfumature ulteriori di "incomplétude"³⁵¹.

La natura di "diritto fondamentale" comporta, invece, vincoli più stringenti per il legislatore: infatti, nella regolamentazione dell'esercizio di un "droit constitutionnel constitutif de l'identité constitutionnelle de la personne humaine", il legislatore ha un ristretto margine di manovra, consistente nella sola possibilità di renderlo "plus effective". Alla luce di tale inquadramento dell'asilo costituzionale, dunque, gli interessi statali di politica dell'immigrazione devono cedere di fronte alla realizzazione del diritto stesso³⁵².

Con la sentenza n. 97-389, del 22 aprile 1997³⁵³, il Consiglio si pronuncia sulla Legge n. 97-396 recante "Misure relative all'immigrazione" volta a contrastare l'immigrazione irregolare con un irrigidimento del sistema sanzionatorio, intervenendo a quattro anni dalla *grande réforme* del 1993. Nel contesto di questa rilevante pronuncia - che affronta temi centrali come l'intervento dell'autorità giudiziaria nella convalida del trattenimento ed il diritto ad un contraddittorio effettivo in sede di appello - il *Conseil* afferma incidentalmente che il quarto paragrafo del Preambolo del 1946 costituisce una "exigence constitutionnelle" e che "il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales" che dall'asilo costituzionale discendono, consolidando, con tale statuizione, quanto precedentemente espresso nella decisione n. 93-325³⁵⁴. Il termine "esigenza

351 J. KISSANGOULA, *ibidem*, sostiene che "l'effectivité du droit constitutionnel d'asile se heurtait au pouvoir discrétionnaire reconnu au législateur en matière de police des étrangers" alla luce dell'esistenza di antinomie all'interno del *bloc de constitutionnalité*, che il Consiglio tenta di superare agganciando la disciplina interna a quella contenuta in fonti internazionali specializzate di origine pattizia, ed avallando così la tesi della configurabilità di una gerarchia in senso materiale quale struttura del *bloc*.

352 Occorre ricordare che gli obiettivi della riforma introdotta con la Legge n. 93-1027 erano, prioritariamente, quelli di regolare i flussi migratori all'ingresso, attraverso una più puntuale disciplina del diritto d'asilo e del diritto al ricongiungimento familiare, di rendere più efficace il regime delle espulsioni, ed infine di combattere l'immigrazione irregolare ed il lavoro clandestino tramite l'istituzione di una fitta rete di controlli alle frontiere e sul territorio.

353 Ancora una volta la normativa sottoposta al vaglio del Consiglio (c.d. *Loi Debré* del 1997) - incidendo su alcune disposizioni dell'ordinanza del 1945 - lambisce la disciplina del diritto d'asilo ma nel contesto di una congerie di disposizioni relative alla condizione giuridica dello straniero, ed in particolare al profilo dell'allontanamento e del rafforzamento della posizione dello straniero regolare. Per una disamina dell'intera pronuncia, si rinvia a M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica*, cit., pp. 62-63.

354 Nota a sentenza di F. JULIEN-LAFERRIÈRE, "Actualité juridique, Droit administratif", 1997, p. 524 ss.

costituzionale" impone che spetti allo Stato ed ai suoi organi, primo fra tutti il legislatore, adempiere alle specifiche obbligazioni cui la Costituzione li vincola in materia di asilo, escludendo le altre "autorités de la République", genericamente legate al potere sovrano³⁵⁵.

In seguito, nella decisione n. 98-399 del 5 maggio 1998³⁵⁶, il *Conseil* chiarisce definitivamente che non deve prospettarsi una disciplina dell'asilo costituzionale distinta da quella del rifugio politico, stabilendo che "les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugiés fondées sur l'article 1er de la Convention de Genève et sur le quatrième alinéa du Préambule de la constitution de 1946 présentent entre elles un lien étroit", in quanto - sebbene poggino su fondamenti giuridici distinti - richiedono l'esame delle medesime circostanze di fatto, tendendo ad attribuire il "bénéfice d'une protection identique". Sfuma, dunque, l'ipotesi di configurare un'attuazione legislativa dell'asilo costituzionale distinta da quella del rifugio convenzionale: il Consiglio, infatti, conclude il suo ragionamento in modo lapidario, annullando anche quella stretta intercapedine che pure ancora rinveniva tra le due fattispecie nel sostenere che "dans l'intérêt du demandeur comme dans celui d'une bonne administration de la justice, il était loisible au législateur d'unifier les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune et de décisions rapides sous le contrôle de cassation du Conseil d'État".

In conclusione, nella giurisprudenza costituzionale, si possono individuare varie e talora contrastanti dinamiche evolutive: da un lato, si è riconosciuto al diritto di asilo, così come previsto nel Preambolo del 1946, uno "statut constitutionnel particulier"³⁵⁷, dall'altro, esso è stato concepito come un diritto - per così dire - affievolito³⁵⁸. Quest'ultimo suo profilo debole si fonda, secondo l'orientamento espresso dal *Conseil*, sull'inidoneità della disposizione costituzionale ad essere direttamente applicata, e sulla conseguente convinzione che essa necessiti di "médiatisation" - attraverso leggi e convenzioni internazionali ratificate ed attuate

355 Nel caso di specie, una disposizione della legge sottoposta all'attenzione del Consiglio è stata censurata, secondo l'argomentazione in base alla quale consentire l'accesso ad informazioni relative ai richiedenti asilo (banca dati con le impronte digitali) non solo ai funzionari dell'OFPPRA, ma anche ad agenti del Ministero dell'Interno e della "Gendarmerie nationale" vanifica una garanzia fondamentale imposta a livello costituzionale per la salvaguardia del diritto di cui al Preambolo del 1946, calpestando il "principe de l'inviolabilité de tous les documents" custoditi dall'OFPPRA ai sensi dell'art. 3 della Legge del 25 luglio 1952.

356 La legge *déférée* è la L. n. 98-349 del 11.5.98, il cui art. 29 modifica l'art. 2 della Legge n. 52-893 del 25.7.52, determinando le competenze dell'OFPPRA nonché l'ambito soggettivo di applicazione della protezione prevista (*infra*).

357 B. GENEVOIS, *L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles*, "Revue française de droit administratif", 1992, p. 191.

358 L. FAVOREU, cit. in epigrafe, parla "droit de second rang".

nell'ordinamento interno - al fine di poter essere tradotta in un positivo statuto di protezione effettiva.

Eppure, il contenuto del già descritto diritto di protezione individuale sancito nella decisione del 1998 (ultimo approdo della giurisprudenza costituzionale in materia), che la dottrina definisce sinteticamente "diritto al rifugio" - quale diritto dell'uomo che ricomprende, al suo interno, sia il volto costituzionale del vecchio diritto d'asilo sia quello convenzionale - non è univocamente ricostruibile sul piano normativo³⁵⁹.

3.2 La disciplina dell'asilo in Francia tra riforme e retaggi. La revisione costituzionale e la difficile lettura dell'art. 53-1 Cost. Il Libro VII del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile: la disciplina legislativa del rifugio per «les combattants de la liberté».

Il principio costituzionale in esame, stabilendo che i soggetti perseguitati a causa della loro azione in favore della libertà godono del diritto di asilo in Francia, offre protezione ai "résistants ou insurgés contre les dictatures"³⁶⁰, ma non trova applicazione generale in relazione a coloro che subiscono una *diversa* forma di persecuzione ovvero che, semplicemente, la *temano*. I presupposti applicativi del rifugio convenzionale risultano, quindi, più inclusivi, nella misura in cui esso è riconosciuto non solo in presenza di una persecuzione attuale (il cui spettro, ad ogni modo, è più ampio dal punto di vista oggettivo³⁶¹) ma anche di "craintes de persécutions".

359 Si vedano le osservazioni di F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile*, op. cit., p. 48 ss., C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit d'asile*, in IDEM, *Dictionnaire permanent, Droit des étrangers*, Paris, 2001, pp. 690-692, nonché di H. LABAYLE, *Le droit d'asile en France*, "Revue des Affaires Européennes", n. 5/01-02, p. 570 ss.

360 C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, cit., p. 690. Si ritiene che, ai fini della concessione dell'asilo costituzionale, il soggetto debba essere vittima di una persecuzione attuata a suo danno come ritorsione per un suo comportamento attivo "in favore della libertà": dall'ampia latitudine della formula - ove lo stesso concetto di "combattente per la libertà" sembra sfumare in un'indistinta suggestione rivoluzionaria, quale portato di un patrimonio culturale e filosofico piuttosto che come istituto giuridico ben definito - deriva la difficoltà di riconoscere l'applicabilità diretta della norma.

361 Si ricordi che l'art. 1A, co. 2 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati contempla varie cause fondanti il timore persecutorio, in un elenco più esteso rispetto a quella che la norma francese prevede come "action en faveur de la liberté" (che potrebbe rientrare come *species* nelle "opinioni politiche"), ossia la razza, la religione, la cittadinanza, l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, ed infine le opinioni politiche. La dottrina ritiene che la fattispecie dell'asilo costituzionale rientri in quella del rifugio convenzionale, dal momento che - nel primo caso - si richiede un comportamento attivo "in favore della libertà", presumibilmente nel contesto di un regime liberticida che reprime il dissenso politico e non rispetta i diritti delle minoranze (C.

La sussistenza di questo elemento di discriminazione è stata altresì confermata dal *Conseil* nel 1993, in virtù della distinzione interpretativa tra "demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa" (vale a dire ai sensi del quarto paragrafo del Preambolo), ai quali l'ordinamento francese riconosce il diritto d'asilo, e coloro la cui situazione personale non soddisfa le condizioni poste dalla norma costituzionale, pur essendo meritevoli di protezione in forza del disposto delle Convenzioni internazionali in vigore per la Francia³⁶², nonché delle leggi ordinarie rilevanti in materia.

I limiti, per così dire, "immanenti"³⁶³ del principio costituzionale sul diritto d'asilo, dunque, non derivano soltanto dal suo ristretto ambito soggettivo di applicazione, ma anche dalla complessa previsione dell'art. 53-1 Cost. introdotta attraverso revisione costituzionale nel 1993. Il suo primo comma consente alla Francia di dare attuazione alle Convenzioni di Dublino e Schengen senza essere vincolata al disposto del Preambolo sull'asilo costituzionale³⁶⁴: si stabilisce, infatti, che la Repubblica possa concludere - con quegli Stati europei che abbiano contratto obbligazioni identiche rispetto a quelle gravanti sullo Stato francese - accordi internazionali in materia di asilo e di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in particolare relativi alla delimitazione internazionale della competenza ad esaminare le domande d'asilo.

La Francia, quindi, può applicare le suddette Convenzioni, negando ad un richiedente asilo l'accesso stesso alla procedura innanzi all'OFPRA, ed in sede di opposizione davanti alla *Commission de recours des réfugiés*, e superando, in tal modo, il criterio ermeneutico originariamente introdotto dal *Conseil*, in base al quale i "combattenti per la libertà" avrebbero dovuto sempre essere ammessi al soggiorno temporaneo per la definizione della loro istanza.

TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile - La réforme du droit d'asile*, "Actualité juridique, Droit administratif", 1998, pp. 1005-1008).

362 Il riferimento è alla Convenzione di Ginevra del 1951, ed alle Convenzioni di Dublino e di Schengen del 1990.

363 L'espressione è stata utilizzata dalla dottrina (V.O. KIMMINICH, *Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrecht*, "Juristische Zeitung", 1965, p. 743) in relazione alla norma costituzionale tedesca sul diritto d'asilo (*infra*):

364 L'intervento di revisione costituzionale del 1993, infatti, è stato suscitato anche dalla necessità di arginare le potenzialità dirompenti della pronuncia del *Conseil* del 1993, ove si riconosceva la natura di "droit fondamental" (ovvero diritto soggettivo scaturente da un principio di rilievo costituzionale) del riconoscimento dell'asilo per lo straniero richiedente che si trovasse nella situazione descritta dal Preambolo del 1946. In quell'occasione - giova ricordarlo - il Giudice costituzionale aveva ritenuto che l'individuazione di un altro Stato responsabile all'esame della domanda d'asilo non fosse costituzionalmente ammissibile, sbarrando - in tal modo - la strada all'attuazione della Convenzione di Dublino.

Si noti, però, che ai sensi dell'art. 53-1, co. 1 Cost., questa applicazione delle fonti internazionali in deroga alla norma costituzionale del Preambolo è possibile solo qualora lo Stato competente all'esame della domanda sia uno Stato europeo ed abbia sottoscritto i medesimi "engagements internationaux" assunti dalla Francia.

Tuttavia, tali condizioni non sono facilmente ed univocamente interpretabili: cosa significa Stato "europeo"? Le possibili letture sono molteplici, nonchè produttive di conseguenze diverse: può trattarsi degli Stati membri dell'Unione ovvero di quelli del Consiglio d'Europa, oppure degli Stati parte delle Convenzioni storicamente sottese alla riforma costituzionale in questione (Dublino e Schengen, come già messo in luce). E ancora: cosa si intende con l'espressione medesimi "impegni" internazionali? Quest'ipotesi potrebbe ricorrere sia con riferimento alla CEDU che a qualsivoglia protocollo sui diritti umani.

Inoltre, quasi come in un ossimoro normativo, il secondo comma della medesima disposizione limita la portata del primo, rappresentando emblematicamente l'esigenza di trovare un compromesso tra l'armonizzazione con l'ordinamento comunitario e la salvaguardia delle tradizioni costituzionali genetiche, se così si può dire, del sistema francese. Si stabilisce, infatti, che, anche nel caso in cui - alla luce della ripartizione internazionale degli oneri procedurali - l'esame della domanda d'asilo non rientri nelle competenze delle autorità francesi, queste ultime abbiano "toujours" il potere di concedere l'asilo ad ogni straniero perseguitato "en raison de son action en faveur de la liberté" ovvero "qui sollicite la protection de la France *pour un autre motif*". Si ribadisce, dunque, la fattispecie dell'asilo costituzionale, riproducendo - questa volta nel corpo stesso della Costituzione - l'ambito soggettivo di operatività del quarto paragrafo del Preambolo: l'art. 53-1 presenta quindi una peculiare doppia struttura, introducendo - nel suo primo comma - un principio di derogabilità della norma sul *droit d'asile constitutionnel*, e nel secondo comma una speculare clausola di salvaguardia dello stesso.

Un'ulteriore novità, altrettanto carica di non trascurabili implicazioni, emerge dall'ultima parte del citato art. 53-1, co. 2, laddove lo Stato francese si riserva di attribuire il diritto d'asilo ogniqualvolta lo reputi opportuno, anche al di fuori del campo di applicazione della norma costituzionale e di quella convenzionale, ossia "per qualsiasi altro motivo". La dottrina ha efficacemente definito la previsione contenuta in tale ampia locuzione, a carattere residuale, come una forma di "asilo discrezionale", ancorato ad un retaggio di "pouvoir régalien"³⁶⁵, libero da stringenti

365 F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le droit d'asile en question*, cit., p. 32.

presupposti normativi e capace di estrinsecarsi come graziosa concessione dell'autorità o scelta di opportunità politica³⁶⁶.

Tale potere sovrano di concedere l'asilo "discrezionale" sarà poi revocato ad opera del legislatore con la citata L. n. 98-349 dell'11 maggio 1998 (c.d. *Loi Chevènement*) compie una sostanziale assimilazione tra asilo costituzionale e asilo convenzionale (avallata dal *Conseil*, come visto, nella decisione n. 98-399)³⁶⁷, istituendo una nuova fattispecie: l'asilo territoriale, per l'attribuzione del quale sono altresì competenti autorità diverse da quelle tradizionalmente coinvolte. Infatti, in caso di diniego dell'istanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il richiedente asilo potrà adire il Ministro dell'interno³⁶⁸ invocando l'asilo territoriale, qualora possa dimostrare - ai sensi del novellato art. 13 della Legge n. 52-893 - che "sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou s'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales"³⁶⁹.

366 H. LABAYLE, *Le droit d'asile et l'EU/Asylum and the EU*, "Revue des affaires européennes", 2001-2002/5, (2003), p. 573, constata che la previsione del diritto di asilo come prerogativa propria dello Stato "ha anzitutto il merito di riconoscere giuridicamente l'esistenza di un'attitudine talvolta poco gloriosa che vede la Francia offrire accoglienza, in nome della ragion di Stato, sia all'ayatollah Khomeini che a Jean Claude Duvalier" (trad. in E.D. COSIMO, cit., p. 50).

Si noti, tuttavia, che, da un punto di vista formale, estraneo quindi a considerazioni storico-politiche sulle intenzioni del legislatore del 1998, la nuova fattispecie dell'asilo "discrezionale" contribuisce a superare gli angusti confini dell'istituto del rifugio convenzionale, con particolare riferimento alla possibile qualità di soggetti "non statali" degli agenti della persecuzione.

367 L'art. 29 della *Loi Chevènement* consacra il diritto ad ottenere lo statuto di rifugiato politico a beneficio degli stranieri "persécutées en raison de leur action en faveur de la liberté", sovrapponendo, in tal modo, la fattispecie dell'asilo costituzionale spettante ai "combattants de la liberté" allo *status* di rifugiato previsto dalla Convenzione di Ginevra. Nel caso di specie, il Giudice costituzionale fu chiamato ad esprimersi sulla legittimità costituzionale della presenza, all'interno della Commissione dei ricorsi, di un membro dell'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati: si poneva, dunque, un problema di salvaguardia della sovranità nazionale per l'inclusione di un rappresentante straniero all'interno di un organo statale, competente a garantire l'applicazione di un diritto costituzionale. La base argomentativa con cui il *Conseil* salva la disposizione, come visto, è l'interconnessione tra lo *status* di richiedente asilo costituzionale e quello di rifugiato.

368 L'ulteriore requisito di cui il Ministro dell'interno deve verificare la sussistenza è che non si frapponga alcun "interesse nazionale" alla concessione dell'asilo territoriale.

369 L'esigenza di creare una nuova forma di asilo nasceva sulla scorta di una contingente emergenza storica: la relazione di accompagnamento della legge in questione registrava l'ingresso in Francia di tremila cittadini algerini, vittime delle persecuzioni dei GIA (Gruppi Islamici Algerini). La qualità di agenti "non governativi" di questi ultimi, infatti, impediva l'applicazione della Convenzione di Ginevra, e dunque del riconoscimento dello *status* di rifugiato: analogamente a quanto avvenuto con l'introduzione dell'asilo "discrezionale" ex art. 53-1, co. 2 Cost., si interviene per rimediare alla rigida ed angusta struttura della fattispecie del rifugio politico.

In seguito, anche alla luce delle inefficienze emerse dall'applicazione concreta dell'asilo territoriale³⁷⁰, l'istituto viene abrogato ad opera della Legge del 10 dicembre 2003, n. 1176 (entrata in vigore il 1° gennaio 2004), recante modifica alla Legge del 25 luglio 1952, n. 893³⁷¹. Si tratta di una riforma tesa, innanzitutto, a fronteggiare il rapido incremento dei richiedenti asilo registrato negli anni '90, causa di una vera e propria implosione del sistema, ed in particolare di un'estrema dilatazione dei tempi di esame delle domande³⁷².

L'asilo territoriale è sostituito dalla protezione sussidiaria ("protection subsidiaire")³⁷³, vale a dire dal beneficio del rilascio di una "carta di soggiorno" della durata di un anno, rinnovabile, qualora il richiedente non rientri nè nell'ambito di applicazione della norma costituzionale nè in quello della norma convenzionale;

370 L'istituto in questione si configurava, in virtù del suo carattere sussidiario rispetto alle altre forme di asilo, come strumento ad alto livello di discrezionalità: l'autorità amministrativa non era neppure tenuta a motivare un'eventuale decisione di rigetto dell'istanza (in forza dell'introduzione di una deroga espressa alla legge del 1979 sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi). In sede di ricorso, infatti, al fine di riformare la decisione ministeriale di diniego, poteva essere esclusivamente invocato l'errore manifesto. In caso di duplicazione della domanda - ossia della contestuale richiesta di altra forma di asilo - la fonte regolamentare di attuazione della legge prescriveva l'automatica sospensione della domanda di asilo territoriale: tuttavia, questo meccanismo si è rivelato fallimentare nella misura in cui non è riuscito a decongestionare il circuito procedurale dell'esame delle domande, lento e costoso. La relativa procedura, inoltre, non aveva riscontri nel sistema normativo quanto a specialità: l'esame della richiesta spettava al Ministro dell'Interno, che decideva a seguito di parere consultivo del Ministro degli esteri: in caso di esito positivo, veniva rilasciata al soggetto interessato una "carta di soggiorno temporaneo" della durata di un anno, garantendo quindi una forma di protezione meno intensa rispetto a quella dei rifugiati politici.

371 È importante rilevare come la riforma del 2004 lasci invariata la struttura normativa della precedente Legge del 1998 per quanto riguarda l'assimilazione tra le fattispecie dell'asilo costituzionale e del rifugio convenzionale. La fonte attualmente in vigore è il *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, che ha abrogato ed interamente sostituito la citata Ord. n. 45-2659 e la Legge n. 52-693. Nel *Code* sono state sistematizzate tutte le leggi in materia, in virtù dell'*Ordonnance* n. 2004-1248 del 24.11.04, che le ha inserite quale "partie législative" del codice stesso. La disciplina del "droit d'asile" è contenuta nel Libro VII, il cui art. L.711-1 (collocato nel Cap. I sulla "qualité de réfugié") stabilisce che lo *status* di rifugiato è riconosciuto a tutti i soggetti che sono perseguitati in ragione della loro azione in favore della libertà, così come a tutti coloro che rientrano nella sfera di protezione garantita dall'UNHCR, ai sensi degli artt. 6-7 del suo Statuto, nonché a coloro che sono in possesso dei requisiti di applicabilità dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra: all'insieme di questi soggetti, in corrispondenza dell'attribuzione della qualità di "rifugiati", si applicano tutte le disposizioni della Convenzione di Ginevra.

372 Il legislatore del 2004 si prefiggeva, altresì, l'obiettivo di evitare che l'asilo fosse utilizzato come mero vettore di immigrazione irregolare, ossia come espediente per soggiornare in Francia: ancora una volta, la disciplina francese dell'asilo si rivela complementare rispetto alla normativa generale in materia di immigrazione. Cfr. E.D. COSIMO, cit., p. 54.

373 Il Cap. II del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* è interamente dedicato alla disciplina della "protection subsidiaire": artt. L. 712-1,2,3.

inoltre, l'unica autorità competente in materia di riconoscimento delle tre forme ora vigenti di *asile* è l'OFPRA³⁷⁴.

Gli ulteriori presupposti per il riconoscimento di questo nuovo beneficio sono il timore di subire, nel Paese di rinvio, la pena di morte ovvero la tortura o trattamenti inumani o degradanti; o, in alternativa, l'esistenza nello Stato di provenienza di "una minaccia grave, diretta e personale contro la propria vita o la propria sicurezza a causa di una situazione di disordine prodotta da un conflitto armato, interno o internazionale"³⁷⁵.

La riforma opera, inoltre, un'estensione della nozione di "persécutions" fino a ricomprendere quelle provenienti da istanze non appartenenti allo Stato (art. L. 713-2, *Code*), nè strutturalmente nè funzionalmente: la nuova previsione della possibile "origine non étatique des persécutions" include tra gli autori i terroristi islamici, che come nel caso algerino, operano in un contesto di guerra civile - nel quale, pertanto, la sovranità statale si è disintegrata ovvero le autorità statali non detengono più il monopolio della forza ed il controllo del territorio³⁷⁶ - come pure, analogamente, fazioni di ribelli. Nella relazione di accompagnamento, il Governo chiarisce come la riforma si ispiri alle più recenti acquisizioni del diritto comunitario, rinnegando l'interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato, secondo il quale le persecuzioni lamentate dal richiedente asilo dovessero necessariamente promanare da entità statali.

Per quanto concerne, invece, la realizzazione della finalità di arginare la crescente inflazione delle domande d'asilo, viene introdotto l'istituto dell'asilo c.d. "interno"

374 Insieme all'asilo territoriale scompare il doppio binario procedurale, nel senso che non sussiste più una competenza del Ministro dell'interno in materia di asilo.

375 I criteri adottati sono più stringenti rispetto a quelli precedentemente previsti per l'asilo territoriale, e non favoriscono, dunque, applicazioni eccessivamente discrezionali o arbitrarie: come contrappeso di tale rigore, però, viene introdotto un principio di obbligatorietà della concessione del beneficio nel caso in cui tutte le condizioni richieste siano integrate (la nuova formulazione "il accorde...", in luogo di quella contenuta nella Legge del 1998 - "...peut être accordé" - segnala che l'OFPRA è tenuto a riconoscere lo *status* di asilante se tutti i requisiti di legge sono soddisfatti).

Si noti, inoltre, che dalla nuova fattispecie risultano esclusi gli autori di crimini contro la pace o contro l'umanità o di crimini di guerra, ovvero i responsabili di gravi reati di diritto comune, o di azione contrarie alle finalità ed ai principi delle Nazioni unite, nonché quei soggetti che costituiscano una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o l'integrità dello Stato. Infine, per quanto concerne la protezione sussidiaria, essa può essere revocata in qualsiasi momento, in presenza di una delle cause di esclusione tassativamente previste, o quando vengano meno le circostanze che ne avevano originariamente giustificato la concessione.

376 La norma stabilisce, infatti, che la possibilità di tutelare lo straniero attraverso gli strumenti dell'asilo territoriale e della protezione sussidiaria si configura quando le autorità statali (ovvero i partiti e le organizzazioni, anche internazionali, dotati del controllo sostanziale dello Stato o di una parte considerevole del suo territorio) del Paese di origine dello stesso si rifiutino di difenderlo dalle persecuzioni subite, ovvero non siano in grado di farlo.

(ovvero rifugio *sur place*), in virtù del quale l'OFPPRA può rigettare la domanda di un richiedente che potrebbe avere accesso alla protezione su una parte del territorio del proprio Paese di origine, purchè l'interessato non abbia alcuna ragione di temere di essere perseguitato o di essere esposto ad una minaccia grave e qualora sia "ragionevole" pensare che possa rimanere in questa parte del Paese (art. L. 713-3, *Code*), nel senso che non gli potrà essere imposto il soggiorno in una zona di fatto inaccessibile, ovvero nella quale non possa condurre una normale vita familiare, sociale e professionale. Nel compiere questa delicata valutazione, l'OFPPRA deve prendere in considerazione la variabile oggettiva delle "condizioni generali prevalenti" nella parte di territorio in questione, ed una soggettiva, ossia la "situazione personale" del richiedente nonché di quella dell'autore della persecuzione al momento della decisione sulla domanda stessa.

La fattispecie dell'asilo interno è, in verità, quella che ha suscitato i maggiori dubbi di legittimità - assieme alla nozione di "Paese d'origine sicura" (*infra*) -, alla luce della considerazione per cui un vero e proprio "paradosso costituzionale" sarebbe sotteso alla disciplina di un'alternativa alla fuga del soggetto perseguitato consistente nel soggiorno in quello stesso Paese teatro di pericoli per la sua vita o per quella dei suoi familiari³⁷⁷.

Nella sentenza n. 2003-485 del 4 dicembre 2003, il Giudice costituzionale ha ritenuto la misura dell'asilo interno conforme a Costituzione, pur subordinando tale liceità ad una riserva di interpretazione³⁷⁸: nel Cons. n. 17, infatti, si statuisce che - ai fini dell'applicazione di tale forma di asilo - l'OFPPRA (ed in caso di ricorso la

377 I ricorrenti ritenevano, infatti, che l'asilo interno si ponesse in insanabile contrasto con la nozione di asilo accolta dal diritto costituzionale francese nonché con quella assunta dal diritto internazionale. Dai dibattiti parlamentari e dalle dichiarazioni espresse innanzi all'Assemblea nazionale dal Ministro degli affari esteri, tuttavia, si ricava come l'asilo interno poggi su di una *ratio* profondamente garantista in quanto la sua applicazione viene limitata a singoli casi concreti, fondandosi sulla valutazione *singulatim* della ragionevolezza della misura del rimpatrio del richiedente asilo in una particolare area territoriale del Paese di provenienza, selezionata in base a precisi parametri. Sul punto, M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel "svincola" il legislatore: l'abbandono dell'effet cliquet non esclude una tuta rafforzata del droit d'asile*, "Diritto pubblico comparato ed europeo", n. 1/04, p. 228 ss., spec. p. 232, la quale sottolinea che la nozione restrittiva di asilo interno, delineata dalla normativa in questione, è efficace nel sottrarre il richiedente asilo al rischio di persecuzione. La complessa valutazione comparativa imposta all'OFPPRA, infatti, si inserisce nel quadro della stessa istruttoria volta a verificare la sussistenza di un'effettiva minaccia di persecuzione, presupposto fondamentale per la concessione dello *status* di rifugiato convenzionale. In quest'ambito, dunque, l'obiettivo che l'autorità competente deve unitariamente porsi è quello della protezione del soggetto: il *quomodo* ed il *quo* della tutela vengono stabiliti di conseguenza, e non in un giudizio separato ed arbitrario.

378 In particolare, si osserva che la riserva di interpretazione del *Conseil* vale a circoscrivere l'applicazione della fattispecie entro limiti ben definiti, per scongiurare che l'asilo interno possa surrettiziamente configurarsi come un confino, in palese violazione della libertà personale.

competente Commissione) dovrà prudentemente valutare i singoli *dossiers*, ed accertarsi che la zona geografica entro la quale il richiedente troverà rifugio sia una parte "sostanziale" dello Stato di origine e sia "accessibile" in tutta sicurezza, in quanto controllata da organizzazioni internazionali o locali di indubbia affidabilità.

Un'ulteriore fattispecie oggetto delle censure dei ricorrenti è la previsione, nella legge deferita, dell'elaborazione di una lista di "Pays d'origine sûr"³⁷⁹, ossia di Paesi nei quali siano rispettati i principi di difesa dei diritti e delle libertà fondamentali, di democrazia e di stato di diritto. Sul punto, il Consiglio ritiene che la provenienza del richiedente asilo da uno degli Stati inclusi nella lista non pregiudica automaticamente la domanda, dal momento che la norma non prevede quale "condizione di ricevibilità" della richiesta d'asilo il non essere cittadino dei Paesi elencati. Si tratta piuttosto di un elemento ulteriore, che concorre - insieme agli altri fattori rilevanti - a strutturare l'attività istruttoria dell'OFPRA, la quale, in presenza di questo elemento, potrà decidere di avviare una procedura d'urgenza tesa ad accertare quale sia la situazione *personale* dell'interessato.

In relazione, poi, alle eccezioni di violazione delle "garanzie essenziali" poste dalla Costituzione a presidio del diritto d'asilo, il Consiglio le ha respinte tutte³⁸⁰, ritenendo, innanzitutto, l'asilo territoriale perfettamente compatibile con il nucleo "convenzionale" del *droit d'asile* nella misura in cui la revoca delle garanzie previste dalla Convenzione di Ginevra interviene soltanto in caso di sopravvenuta insussistenza delle circostanze che avevano inizialmente giustificato il riconoscimento dello *status*: quindi, quando il soggetto non può più rifiutare la protezione del proprio Paese d'origine. La nozione di Paese di origine sicura³⁸¹,

379 La distinzione tra il concetto di asilo interno e quello di "Paese di origine sicura" sembra risiedere nella diversa ampiezza del campo semantico della nozione di "sicurezza": nel primo caso, quest'ultima si configura solo una porzione territoriale dello Stato in questione, nel secondo, viceversa, è una situazione diffusa sull'intero territorio.

380 M. CALAMO SPECCHIA, *ivi*, pp. 230-231, mette in luce la particolare tecnica decisoria utilizzata dal Consiglio nella pronuncia in esame, ovvero l'abbandono dell'*effet cliquet*, tramite il quale si censurava la costituzionalità del potere di abrogazione del legislatore ordinario nel caso in cui la norma risultante si configurasse come una riduzione del previgente livello di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali (che può sempre soltanto essere innalzato dagli interventi riformatori che si succedano nel tempo, secondo la c.d. regola del "non ritorno"). La legge deferita, secondo il Giudice costituzionale, quindi, non riduce il livello di garanzie già predisposto dal sistema legislativo a tutela del diritto di asilo: nella dec. n. 203-485, si afferma, infatti, che tutte le componenti del *droit d'asile* ricevono un sufficiente grado di protezione, seppure di intensità diversa (si va da un massimo di tutela assicurata ai "combattenti per la libertà" ad un livello inferiore per i titolari di protezione sussidiaria). Sotto il profilo della procedura, inoltre, viene positivamente accolta l'unificazione della relativa competenza, che spetta all'OFPRA, ed in sede di impugnazione ad una giurisdizione specializzata, quella della Commissione dei ricorsi (CRR).

381 I ricorrenti sollevano altresì questione di costituzionalità relativa alla violazione del riparto di competenze tra potere legislativo e regolamentare in materia di definizione della lista dei Paesi di

inoltre, ad opinione dell'Alta Corte, non introduce un elemento discriminatorio, basato sulla nazionalità di origine del richiedente asilo, nell'esame delle domande: la lista, infatti, è costruita in ragione di elementi oggettivi di democraticità dell'ordinamento dello Stato di provenienza, valutati in rapporto alla situazione personale di pericolo dell'interessato.

Dunque, non si tratta di escludere aprioristicamente dal beneficio i cittadini di una serie predeterminata di Stati: la considerazione del carattere "sicuro" di un Paese, del resto, non impedisce l'esame individuale di ciascuna domanda, esaminata con specifico riferimento al concreto caso che denuncia. Si ribadisce, infatti, che il giudizio della Commissione dei ricorsi resta assolutamente libero nella ponderazione della "gravità delle minacce" che il soggetto subisce, anche nel caso in cui sia cittadino di un Paese sicuro. Sotto il profilo dei limiti che la legge pone alla concessione del beneficio della protezione sussidiaria³⁸², il Consiglio sottolinea, da un lato, che in tale materia non si può prospettare alcun parametro di natura convenzionale, ricadendo la stessa al di fuori della sfera di applicabilità della Convenzione sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, e, dall'altro, che l'impianto costituzionale di disciplina del *droit d'asile* non impedisce all'OFPRA ed alla CRR di valutare il *dossier* del richiedente nel suo complesso, comprese le cause di esclusione tassativamente previste dalla legge, e fatto salvo il ricorso in appello al Consiglio di Stato. Sul piano procedimentale, l'impugnazione aveva altresì ad

origine sicura: il *Conseil* ha respinto l'eccezione, sostenendo che il Parlamento si è limitato a definire la fattispecie generale di "Pays d'origine sûr"

382 La censura dei ricorrenti investiva l'art. 2, co. 4 della legge deferita, nella parte in cui prevedeva - tra le cause di esclusione dal beneficio della protezione sussidiaria - la commissione, da parte del richiedente, di un crimine grave di diritto comune (lett. b) nonché di un'attività costituente una grave minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblici o la sicurezza dello Stato (lett. d). La prima causa era sospettata di incostituzionalità - per violazione del parametro convenzionale - in quanto troppo generica, la seconda perché potenzialmente vanificante la "natura garantista" del diritto d'asilo, considerando quale termine di raffronto l'art. 1 F della Convenzione di Ginevra che prevede quale unica causa di esclusione temporale la commissione di gravi crimini di diritto comune "al di fuori dello Stato di accoglienza prima che all'interessato sia stata riconosciuta la qualità di rifugiato".

oggetto la disposizione sulla procedura *inaudita altera parte*³⁸³ e quella sulla procedura d'urgenza³⁸⁴.

La complessa argomentazione del *Conseil*, sul punto, si incentra sull'applicazione del principio di proporzionalità³⁸⁵ e di "conformità allo spirito della legge": viene positivamente valutata l'adeguatezza dei due speciali *iter* procedurali a realizzare il dichiarato obiettivo di razionalizzazione e snellimento del sistema di trattazione delle domande d'asilo, volto - in ultima analisi - a rafforzare la tutela stessa del diritto di asilo, preservandone il riconoscimento a che ne abbia effettivamente bisogno attraverso una rigorosa selezione delle richieste, spesso presentate abusivamente o a scopo meramente dilatorio. In conclusione, la tesi infine prevalsa nel sistema giuridico francese è quella che concepisce l'asilo costituzionale³⁸⁶ come pericoloso elemento di frammentazione degli statuti personali, in contrasto con il carattere unitario ed universale del rifugio convenzionale. L'Alto Commissariato per i rifugiati, nel parere reso sul Progetto di legge *Chevènement*³⁸⁷, ha denunciato come l'asilo costituzionale rischi di affievolire la protezione garantita dalla Convenzione di Ginevra, contrastando al tempo stesso con la linea di tendenza delle politiche dell'Unione europea in materia di asilo³⁸⁸: in questo senso, ha quindi espresso il suo

383 Il novellato art. 2 della Legge del 1952 contemplava quali ipotesi in cui l'OFPPA procede alla definizione di una richiesta di asilo senza l'audizione dell'interessato: a) il caso in cui l'OFPPA intenda assumere una decisione di accoglimento, sulla scorta degli elementi già in suo possesso; b) ovvero siano venute meno le circostanze alla base dell'iniziale concessione del rifugio, di guisa che il soggetto non ha più ragioni per non avvalersi della protezione dello Stato di origine (art. 1C, n. 5 Conv. Ginevra); c) la manifesta infondatezza della domanda, od infine d) quando problemi di salute del richiedente ostino alla sua audizione. I ricorrenti eccepiscono l'incostituzionalità della lett. b) dell'art. 2 per compressione dello standard minimo di garanzia del *droit d'asile* (cfr. *effet cliquet*) nonché per violazione del principio della parità di trattamento delle domande di asilo.

384 La riforma del 2003 modifica l'art. 9 della Legge del 1952, introducendo la possibilità di esaminare prioritariamente la domanda d'asilo di uno straniero che sia ammesso dal prefetto a soggiornare provvisoriamente sul territorio francese, qualora la sua presenza costituisca una minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza, ovvero quando si accerti che la sua richiesta è abusiva o fraudolenta. La denunciata violazione delle garanzie essenziali del diritto di asilo, in questo caso, deriverebbe dal rapporto di subordinazione tra l'accesso alla procedura d'urgenza e la decisione prefettizia di rilascio del titolo provvisorio di soggiorno.

385 Secondo l'orientamento prevalente nelle pronunce del *Conseil constitutionnel*, il legislatore può introdurre distinti meccanismi di procedura giurisdizionale azionabili in presenza di differenti circostanze di fatto o situazioni personali, purchè non si prospettino, in tal modo, discriminazioni irragionevoli e sia sempre garantito il diritto di difesa del singoli, nonché il principio fondamentale del giusto processo.

386 M. CALAMO SPECCHIA, *ivi*, p. 236, inoltre sottolinea la forte tendenza al bilanciamento tra principio di autorità e principio di libertà, insita nella complessa trama interpretativa della giurisprudenza costituzionale in materia di asilo, "un diritto tanto controverso quanto fondamentale"

387 "Position sur le projet de loi relatif à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile", Paris, Haut Commissariat aux réfugiés, 20.10.97.

388 *Infra*, CAP. IV.

placet sulla riforma francese del 1998 e sull'opportunità di perfezionare l'applicazione della fattispecie del rifugio - sollecitando i giudici a non interpretarla in senso restrittivo - piuttosto che di superarne i limiti declinando il *droit d'asile constitutionnel*.

3.3 Evoluzione del quadro costituzionale tedesco e giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht. L'art. 16a GG ed i suoi "limiti immanenti".

In forza dell'art. 16A, co. 1 GG, godono del diritto d'asilo i "perseguitati politici". La disposizione, entrata in vigore nel 1993 a seguito di revisione costituzionale, garantisce protezione ai profughi sotto forma di diritto fondamentale del singolo³⁸⁹. L'ambito soggettivo di applicazione ed il contenuto di garanzia del diritto costituzionale d'asilo sono stati fortemente ridimensionati a seguito della riforma, nonché ad opera della giurisprudenza costituzionale³⁹⁰ che ne ha consolidato la portata restrittiva. Titolari del diritto d'asilo sono coloro che vengono riconosciuti come tali in via definitiva dal Bundesamt für Migration und Flüchtlinge³⁹¹, al termine della speciale procedura prevista. Tuttavia, sebbene sussista uno specifico fondamento costituzionale, lo *status* dell'asilante tende a sovrapporsi a quello del rifugiato convenzionale: ai sensi dell'art. 1 AsylVfG³⁹², il titolare del diritto d'asilo ex art. 16A GG - così come chi è coperto da un divieto di espulsione o di rimpatrio verso un determinato Paese ai sensi dell'art. 60 AufenthG³⁹³ (prima art. 51, co. 1

389 In K. HAILBRONNER, *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart, 2006, p. 218 ss., il diritto d'asilo costituzionalmente previsto è definito "individuelles Grundrecht".

390 *Infra*, BVerfGE per indicare le pronunce del Tribunale costituzionale federale (Bundesverfassungsgericht).

391 Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, sino al 1.9.04.

392 Asylverfahrensgesetz, 27.7.93 (BGBl. I S. 1361), da ultimo modificata attraverso Zuwanderungsgesetz, 30.7.04, entrata in vigore il 1.1.05 (BGBl. I S. 1959, 1989): l'art. 1 definisce il campo di applicazione.

393 Aufenthaltsgesetz (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit u. die Integration von Ausländern im Bundesgebiet), 30.7.04 (BGBl. I S. 1950), modificata con Legge 7.12.06 (BGBl. I S. 2814). L'art. 60 disciplina il principio di *non refoulement* in applicazione del relativo disposto della Convenzione di Ginevra, riprendendo al suo co. 1 la lettera dell'art. 51, co. 1-2 AuslG, ossia il divieto di allontanamento coattivo dello straniero verso uno Stato dove la sua vita o la sua libertà possano essere minacciate in ragione della razza, delle convinzioni religiose o politiche, della cittadinanza o dell'appartenenza ad un particolare gruppo sociale. I motivi di persecuzione, tuttavia, risultano ampliati: si precisa che la persecuzione dovuta all'appartenenza ad un gruppo sociale ricorre anche quando il rischio per la vita, l'integrità fisica o la libertà sia collegato soltanto al genere, e che – in generale – il rischio di discriminazione (*rectius* persecuzione) può provenire sia dallo Stato (lett. a) che da partiti od organizzazioni che controllano lo Stato in tutto o in parte (lett. b), ovvero da attori non statali, a condizione che non vi siano la possibilità o la volontà di pretendere protezione dai

AuslG394) – gode anche della posizione giuridica riconosciuta al rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, in aggiunta a quella sua propria definita dall'art. 55 AsylVfG395. Pertanto, il principio di *non refoulement* si configura come il nucleo essenziale ed intagibile del diritto d'asilo, indipendentemente dalla decisione finale sulla domanda d'asilo: ai richiedenti asilo, infatti, è automaticamente riconosciuto un soggiorno temporaneo per tutta la durata del procedimento.

A partire dalla riforma del 1993, il diritto d'asilo costituzionale ha perduto rilevanza in concreto³⁹⁶. A questa dinamica regressiva dell'utilizzo dello strumento dell'asilo costituzionale, è corrisposta negli ultimi anni una crescita esponenziale nell'applicazione delle ipotesi di divieto ovvero mero impedimento di allontanamento coattivo (Abschiebungsverbote u. -hindernisse), ora organicamente disciplinati dal citato art. 60 AufenthG. In particolare, l'impedimento all'espulsione delle (potenziali) vittime di persecuzione politica – ai sensi del previgente art. 53, co. 1 AuslG397 e dell'attuale art. 60, co. 2 AufenthG - è arrivato a prevalere sulla stessa centralità del diritto d'asilo costituzionale.

soggetti sub a e sub b (comprese le organizzazioni internazionali), a prescindere dalla circostanza per cui vi sia o meno in quel Paese un'autorità sovrana o che sussista un'alternativa di rifugio all'interno del Paese stesso (lett. c). La seconda parte del co. 1, inoltre, stabilisce che qualora lo straniero si appelli ad un divieto di espulsione, il già citato Bundesamt f. M. u. F. debba accertare se – al di fuori delle suddette ipotesi – sussistano le condizioni per concederlo ai sensi delle disposizioni della legge sulle procedure d'asilo (AsylVfG). Il co. 2 prevede un divieto di allontanamento verso un Paese in cui vi sia per lo straniero il “concreto pericolo” di essere sottoposto a tortura; il co.3 prevede analogo impedimento verso uno Stato ove lo straniero sia ricercato per un crimine punito con la pena di morte (in questo caso si applicano le norme sull'estradizione, cui si rinvia al successivo co. 4).

394 Ausländergesetz (Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet), 9.7.90 (BGBl. I S. 1354, 1356), ora non più in vigore in quanto sostituita dalla Zuwanderungsgesetz, a decorrere dal 1.1.05. Il co. 2 dell'art. 51 precisa che il divieto è applicabile sia ai titolari del diritto d'asilo (1) sia a quegli stranieri che godono dello status di rifugiati convenzionali; infine, il co. 4 introduce una deroga in caso di pericolo per la sicurezza nazionale o per la collettività (nell'ipotesi che sia stato condannato ad almeno tre anni di pena detentiva).

395 La disposizione disciplina il titolo di soggiorno dei richiedenti asilo (Aufenthaltsgestattung).

396 K. HAILBRONNER, *ivi*. Secondo l'A., l'evoluzione dei dati sul numero di richiedenti asilo e di domande accolte dimostra la tesi della progressiva rarefazione del rilievo concretamente assunto dalla norma costituzionale di cui all'art. 16A GG. Infatti, mentre nel 1992 gli stranieri che chiedevano l'asilo in Germania erano complessivamente 438.191 (contro i 256.112 del 1991), nel 2004 sono diventati solo 35.607 (fonte: Bundesministerium des Innern, www.bmi.bund.de). Da gennaio a dicembre 2004, inoltre, sono state emesse da parte del Bundesamt für Migration u. Flüchtlinge 61.961 decisioni favorevoli, contro le 93.885 domande accolte nell'anno precedente. In particolare, di questi solo 960 persone hanno ottenuto il riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale (1,5 %), a 1.107 (1,8 %) è stato applicato il divieto di espulsione coattiva ai sensi dell'allora vigente art. 51, co.1 AuslG (Abschiebungsverbot, ora art. 60 AufenthG). Sempre nel 2004, 39.563 domande d'asilo sono state respinte; mentre 20.331 (32,8 %) sono state dichiarate inammissibili.

397 L'art. 53 AuslG 1990 disciplinava al suo co. 1 il divieto di allontanamento forzoso di uno straniero verso uno Stato dove sia sottoposto al concreto pericolo di subire tortura (“die konkrete Gefahr ... der Folter”).

Una prima ragione di questo fenomeno risiede nella circostanza per cui, da un lato, la giurisprudenza costituzionale ha vincolato il riconoscimento dell'asilo costituzionale alla necessità di una causa soggettiva di fuga e, dall'altro, l'art. 16A, co.3 GG lo ha escluso nel caso di ingresso da uno Stato terzo sicuro. Infatti, l'impedimento all'espulsione del perseguitato politico ed il conseguente riconoscimento dello status convenzionale ricorrono anche quando il rischio di persecuzione sussiste nello Stato d'origine del richiedente asilo e non vi è la disponibilità ad accoglierlo di un altro Stato terzo più vicino o più sicuro.

E' ragionevole attendersi che la nuova versione della disposizione introdotta dalla Zuwanderungsgesetz avrà un riflesso anche sulla futura interpretazione dell'art. 16A GG. Il legislatore del 2005, infatti, è intervenuto sull'art. 60, co. 1 AufenthG introducendo tra i motivi di persecuzione quella derivante da agenti non statali e quella fondata specificamente sull'appartenenza di genere, in armonia con quanto previsto dalla Direttiva Qualificazione agli artt. 7, co. 2 e 9, co. 2 lett. f).

Dal momento che il concetto di "persecuzione" ex art. 60, co. 1 AufenthG deve essere interpretato in conformità con la Convenzione di Ginevra - in base ad un criterio ermeneutico consolidatosi nella giurisprudenza dei tribunali di ultima istanza in materia di asilo costituzionale, la riforma non può non influenzare anche la stessa lettura dell'art. 16A GG. Infatti, dall'orientamento giurisprudenziale che il BVerwG ed il BVerfG hanno sinora sviluppato in materia di asilo costituzionale - nel senso di estenderlo ai due concetti di persecuzione perpetrata da attori non statali e di persecuzione basata sull'appartenenza di genere, in armonia con la disciplina convenzionale - potrebbe altresì derivare, nell'ottica di un'interpretazione evolutiva del GG, un ulteriore ampliamento del concetto di "Verfolgung" ex art.16A.

Proprio in ragione dell'estensione contenutistica della nozione di persecuzione codificata nell'art. 60, co. 1 AufenthG come "impedimento all'espulsione" (Abschiebungshindernis)³⁹⁸, i principi fondamentali che ne conseguono (sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 16A GG e sul previgente art. 53, co. 1 AuslG) sono - insieme al significato costituzionalmente rilevante di "persecuzione" - trasferibili a livello ermeneutico anche al disposto dell'art. 60, co. 1 AufenthG³⁹⁹.

³⁹⁸ Si osservi che il co. 2 dell'art. 60 AufenthG (prima AuslG 53, 1) contiene una formulazione più ampia di quella prevista nel co. 1, vietando l'espulsione a mezzo della forza pubblica verso uno Stato dove lo straniero sia soggetto al rischio concreto di tortura.

³⁹⁹ Tale applicazione estensiva non può avere luogo soltanto in relazione agli elementi di specialità che la disposizione in esame introduce, ossia le fattispecie di persecuzione perpetrata da attori non statali e di persecuzione basata sul genere di appartenenza.

3.4 Il concetto di “politische Verfolgung”.

Nonostante la corposa giurisprudenza sull'art. 16A, co. 1 GG, il significato della nozione di “perseguitato politico” non è stato mai chiarito del tutto. Il BVerwG lo àncora a quello contenuto nella Convenzione di Ginevra, ossia all'elenco tassativo dei motivi di persecuzione.

Decisivo per la titolarità del diritto d'asilo è, pertanto, stabilire se il soggetto richiedente subisce ovvero è minacciato di subire misure discriminatorie che mettono a repentaglio la sua vita o la sua integrità fisica ovvero limitano la sua libertà personale, in presenza di un “giustificato timore” che la persecuzione sia fondata su motivi di “razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o convinzioni politiche” (art. 1 A, n. 2 Conv.)⁴⁰⁰.

Il timore di essere perseguitato è fondato quando il richiedente asilo “è minacciato di persecuzione politica con apprezzabile verisimiglianza”, a tal punto che non si può pretendere che ritorni in patria⁴⁰¹. In quest'ottica, dovrebbero essere “ragionevolmente⁴⁰² coperti tutti i possibili casi di persecuzione politica”⁴⁰³. Il Tribunale ha ulteriormente precisato tali affermazioni, statuendo che l'art. 1A, n. 2 della Convenzione di Ginevra svolge un ruolo molto rilevante, ma non del tutto esaustivo nella definizione dei motivi di persecuzione ai sensi dell'art. 16, co. 2, II parte GG sul divieto di estradizione/espulsione dei cittadini tedeschi⁴⁰⁴.

400 BVerwGE 67, 184, 186.

401 BVerwGE 49, 202, 205.

402 Il termine usato dal Tribunale è “bei sachgerechtem Verständnis”, ossia “con comprensione oggettivamente giustificata”.

403 BVerwGE 67, 184; 49, 202, 204; 55, 82, 84.

404 BVerwGE 79, 143. La sentenza risale al 15.03.88 e concerne il caso della formalizzazione in Iran della persecuzione degli omosessuali, configurabile non tanto come sanzione penale per il reato di offesa alla pubblica moralità – che sarebbe del tutto irrilevante ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo – quanto, piuttosto, come repressione e sterminio degli omosessuali in quanto “nemici dello Stato” (*Staatsgegners* nelle parole del Tribunale), ossia in ragione della loro personale diversità, considerata come elemento di “minorità, disvalore, danno o pericolo”. Nel caso di specie, il Giudice individua una “irreversibile, fatale marcatura (*Prägung*) degli omosessuali finalizzata alla pena di morte”: le norme di riferimento sono gli artt. 139-141 del codice penale islamico iraniano del 25.08.82 (c.d. Disciplina legislativa delle pene *hadd* e *qisas*), che puniscono con la pena capitale la relazione sessuale tra due uomini adulti. Pertanto, l'art. 16, co. 2 II parte GG – nell'escludere l'extradizione verso Paesi che non rispettano le garanzie fondamentali dello Stato di diritto – implica altresì un divieto di discriminazione ed un obbligo di tolleranza, da cui discende il generale principio per cui nessuno Stato può allontanare una persona presente sul territorio verso un Paese dove la sua vita, la sua integrità fisica o la sua libertà siano minacciate in ragione della sua *identità* personale. Segue un esplicito riferimento all'esperienza storica del Terzo Reich e del trattamento discriminatorio subito anche dagli omosessuali, deportati nei campi di concentramento.

Pertanto, l'art. 16A, co. 1 GG non si esaurisce nei motivi di persecuzione elencati dalla Convenzione di Ginevra né nella loro specifica natura di caratteristiche personali. La protezione che il diritto d'asilo costituzionale garantisce si basa sulla generale convinzione che ne debbano godere tutti coloro che temono di essere oggetto di atti persecutori, in quanto possiedano caratteristiche personali inesorabilmente diverse da quelle che dal punto di vista dell'attore della persecuzione *dovrebbero* avere.

In conclusione, dunque, il diritto d'asilo può essere riconosciuto ad un perseguitato politico ai sensi dell'art. 16A, co. 1 GG anche quando non siano soddisfatte le condizioni previste dalla Convenzione di Ginevra per la concessione del rifugio⁴⁰⁵.

In particolare, ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un "fondato timore persecutorio" si è consolidato un ricco filone giurisprudenziale del BVerwG, il quale ha costruito il metodo prognostico del "ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto" (*verständige Würdigung aller Umstände*)⁴⁰⁶, alla luce di tutti gli emergenti elementi obiettivi, da ponderare (*im Sinne einer Gewichtung und Abwägung*) da cui si possa desumere "con significativa verisimiglianza" che il soggetto richiedente rischia di subire persecuzione politica se resta in patria o se vi fa ritorno.

Al fine di individuare il carattere "politico" - ossia discriminatorio - di un provvedimento, è necessario considerare il sistema giuridico nel suo complesso: la sua impostazione generale, le sue particolarità ed il particolare aspetto della regolazione della convivenza delle persone e delle formazioni sociali nonché della loro partecipazione alla vita pubblica. Bisogna, inoltre, indagare se le violazioni derivano dal titolare di un potere superiore o sovrano, cui la vittima sia sottoposta⁴⁰⁷.

405 BVerfGE 54, 341, 356.

406 BVerwGE, 79, 143, ove si citano anche BVerwGE 55, 82 (29.11.77); 70, 169 (25.09.84).

407 BVerfGE 80, 333. La sentenza, del 10.07.89, è di rilevante interesse sotto molteplici punti di vista. Innanzitutto, la Corte afferma il carattere fondamentalmente "statale" della persecuzione politica ex art. 16, co. 2 II parte, GG, e ritiene che essa assuma effettivamente natura "politica" quando comporta violazioni del diritto per il singolo in ragione delle sue convinzioni politiche, del suo credo religioso o di altri elementi identitari "indisponibili", di tale intensità da compromettere la pacifica convivenza civile e l'unità statale. La persecuzione statale può anche realizzarsi attraverso azioni che rappresentano per il soggetto l'imposizione di un cambiamento delle proprie opinioni politiche ovvero che ledono i beni giuridici della propria esistenza o della propria identità politica. Un'ulteriore condizione consiste nell'esistenza di un effettivo ambito di potere statale sovrano, che - nel contesto di una guerra civile in atto - non sia una delle parti in campo, bensì l'unico detentore della forza seppure soccombente. In tutte queste ipotesi, è integrata la fattispecie della "politische Verfolgung" ogniquale volta le forze di provenienza statale conducono la battaglia in modo tale da infliggere danni fisici alla controparte, indirizzandosi contro particolari soggetti individuati attraverso caratteristiche personali rilevanti ai fini del diritto d'asilo (*asylerbliche Merkmale*), sebbene questi

Pertanto, la persecuzione può definirsi “politica” quando il soggetto subisca violazioni del diritto in ragione di caratteristiche rilevanti ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo e sia di tale intensità da compromettere l'equilibrio e l'unità dell'ordinamento. In definitiva, la finalità politica non risiede nei motivi soggettivi alla base della persecuzione, bensì esclusivamente nella preliminare conoscibilità degli obiettivi del provvedimento lesivo.

Un importante criterio definitorio, infatti, è quello della protezione del bene giuridico. In particolare, non si ha “politische Verfolgung” quando lo Stato punisce reati, anche a sfondo politico, volti a ledere beni giuridici di altri cittadini (si tratta della legittima attività repressiva del potere pubblico). Una normale azione sanzionatoria di diritto penale può trasformarsi in persecuzione politica qualora mutino le sue finalità, ovvero non si fondi più su criteri oggettivi, bensì su “*asylerbliche Merkmale*”. Si presume che ciò avvenga quando il soggetto subisce un trattamento più severo di quello normalmente previsto come sanzione penale per un fatto illecito di analogo disvalore.

Nella sentenza BVerfGE 80, 333, la Corte drasticamente afferma che il tenore letterale dell'art. 16, co. 2 II parte GG non lascia margini di interpretazione restrittiva del concetto di “perseguitato politico”⁴⁰⁸, anche da un punto di vista teleologico e storico-sistematico, ossia inerente il momento formativo del diritto fondamentale d'asilo (*Asylgrundrecht*)⁴⁰⁹. E precisa che esso si fonda sul rispetto del principio di inviolabilità della dignità umana (*Unverletzlichkeit der Menschenwürde*), declinato come divieto per ogni Stato di mettere in pericolo o ledere l'integrità fisica, la vita o la libertà personale del singolo, esclusivamente a causa delle sue convinzioni

non oppongano resistenza (o non possano farlo) ovvero non partecipino più alle azioni militari. L'ipotesi più evidente si ha quando le azioni delle forze statali mirano all'annientamento fisico ovvero alla distruzione di identità etniche, culturali o religiose di una parte della popolazione determinata attraverso “*asylerbliche Merkmale*”. Inoltre, chi subisce una persecuzione politica di carattere “regionale” rientra nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 16, co. 2 II parte GG solo se si è trasferito in un parte ben circoscritta del Paese (*ausweglose Lage*), non potendo trovare accettabili prospettive di rifugio nelle altre regioni dello Stato di provenienza (*inländische Fluchtalternative*). La nozione di “*inländische Fluchtalternative*” presuppone che il richiedente asilo sia sufficientemente al sicuro in determinate aree, dove non corre nessun pericolo equivalente – per intensità e gravità – al pregiudizio di beni giuridici rilevanti ai fini del diritto d'asilo (*asylerbliche Rechtsgutsbeeinträchtigung*), a meno che la suddetta minaccia per la sua vita sussista nel luogo d'origine.

⁴⁰⁸ *Ibidem*. Nel par. 38 della motivazione, si fa riferimento alla forma “lapidaria” della disposizione in esame.

⁴⁰⁹ Cfr. anche BVerfGE 74, 51, 57.

politiche, della sua fede religiosa o di sue caratteristiche personali indisponibili, che definiscono la sua identità, la sua unicità (*sein Anderssein*)⁴¹⁰.

L'elemento "politico" è definito non in relazione all'ambito della politica, bensì in relazione a determinate particolarità o qualità, cui misure legislative o provvedimenti amministrativi o giudiziari possono indirizzarsi, in qualsiasi campo⁴¹¹.

Anche gravi violazioni della dignità umana (*schwerste Verstöße gegen die Menschenwürde*), sottese all'applicazione di pratiche di tortura, possono ragionevolmente giustificare una richiesta di asilo solo se vengono inflitte al soggetto a causa della sua razza, religione, appartenenza nazionale o sociale, ovvero per le sue convinzioni politiche. Se la tortura è inflitta a causa di queste caratteristiche ovvero è applicata più crudelmente proprio in ragione di questi elementi identitari, essa – attraverso parametri apprezzabili – si indirizza verso la componente politica dell'azione criminosa di cui il soggetto è accusato, ovvero si ricollega alle sue convinzioni politiche, declinate in impegno concreto, agito, ed in questa misura è rilevante ai fini del diritto d'asilo⁴¹².

Secondo la giurisprudenza amministrativa, anche in caso di sanzione penale dell'obiezione di coscienza, ossia del rifiuto di compiere il servizio militare, rileva un'apprezzabile tendenza persecutoria di natura "politica". Tale sanzione non

410 Cfr. anche BVerfGE 76, 143, ove si ribadisce che tale principio giuridico definisce in modo cruciale (*maßgeblich*) il diritto d'asilo costituzionalmente previsto. E' evidente che in queste pronunce del BVerfG l'attore della persecuzione è esclusivamente l'autorità statale, cosicché il significato essenziale dell'asilo risiede nel divieto di discriminazione imposto al potere statale.

In questo senso, v. BVerfGE 9, 174; 54, 341; 80, 133. In quest'ultima pronuncia, in particolare, si afferma che il carattere statale si configura quando la persecuzione coesiste con fratture e tensioni a livello di organizzazione pubblica e di convivenza civile, nonché quando la parte lesa è sottoposta al titolare di un potere superiore: ed è proprio questo aspetto che la tiene distinta dalla persecuzione perpetrata da privati. La Corte ritiene, inoltre, che lo stesso carattere statale derivi dal senso genetico e teleologico dei diritti umani: l'Assemblea costituente, infatti, ha concepito l'asilo come garanzia del singolo contro l'eventuale arbitrio dello Stato (interventi di Wagner e Renner nella seduta del 19.01.49). Analogamente, secondo la Corte, il diritto internazionale lo ricollega in modo immediato agli Stati in quanto soggetti di diritto internazionale: la materia del rifugio, infatti, mette in relazione gli Stati con i loro rispettivi cittadini, e questa concezione è stata assunta anche dai Costituenti tedeschi (E. REICHEL, *Das staatliche Asylrecht "im Rahmen des Völkerrechts"*, 1987, Bonn, p. 87 ss). Questo non è ritenuto in contraddizione con quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che equiparava allo Stato organizzazioni di natura simile, che lo avessero soppiantato o alle quali lo Stato avesse lasciato spazi di manovra (BVerwG, 3.12.85).

411 BVerfGE 80, 333, par. 39 della motivazione; BVerfGE 76, 143.

412 BVerfG, Kammerbeschuß 9.01.91. La pronuncia concerne il caso di un curdo di cittadinanza turca, sostenitore del PKK. La Corte censura la decisione del Tribunale amministrativo che rigettava il ricorso, senza aver indagato l'effettiva finalità ("Frage der Gerichtetheit") che le misure persecutorie intendevano realizzare, e dovendo eventualmente negare il riconoscimento del diritto d'asilo solo dopo aver accertato che la presunzione secondo cui lo Stato, in verità, contrastasse le pratiche di tortura fosse fondata su sufficienti e circostanziati elementi di fatto, idonei a compiere un'attendibile prognosi ("Prognose zukünftiger Verfolgungsfreiheit").

assume il carattere di “persecuzione politica” per il solo fatto di trarre origine da motivi politici o ideologici: il diritto d'asilo deve essere garantito solo nei casi in cui la chiamata al servizio militare sottenda una significativa finalità persecutoria (ad esempio di disciplinamento politico, di assimilazione coattiva delle minoranze, di intimidazione del dissidente politico)⁴¹³.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale delle corti di ultima istanza, l'agente della “politische Verfolgung” è esclusivamente statale; analoga interpretazione è data dal BVerwG in relazione alla nozione di persecuzione contenuta nella Convenzione di Ginevra.

413 BVerwG 19.8.86, 9 C 322/85 ; BVerwGE 81, 41; 69, 320; 67, 184; 62, 123. Cfr. anche la sentenza del 6.9.95 del VGH Baden-Württemberg, 13 S 669/93 sul caso di un cittadino angolano sottrattosi al servizio militare attraverso la fuga.

CAPITOLO IV
IL DIRITTO DI ASILO NELL'ORDINAMENTO EUROPEO:
SISTEMA DI PROTEZIONE MULTILIVELLO.

*The decline in numbers [of asylum seekers in the EU] may offer a new opportunity
to address refugee protection in a less politicized atmosphere
than has been the case in recent years.*

UNHCR, "Response to the European Commission's Green Paper
on the Future Common European Asylum System", sept. 2007, www.unhcr.org.

**4.2 L'ordinamento comunitario (I): Protocollo Asilo e Direttiva 2001/55/CE
sulla protezione temporanea. Verso un regime comune europeo di asilo.**

L'immigrazione illegale in Europa storicamente si manifesta anche attraverso un abuso⁴¹⁴ dello strumento dell'asilo: ecco perché gli Stati maggiormente interessati hanno modificato in senso più restrittivo la propria legislazione in materia.

Le origini dell'atteggiamento restrittivo assunto dai Paesi europei rispetto alla protezione dei richiedenti asilo sono da individuarsi intorno alla metà degli anni '70, quando a causa della crisi petrolifera ed economica hanno "azzerato" la loro politica di immigrazione⁴¹⁵, lasciando che l'asilo fosse tra i pochi canali residui di ingresso legale. Il collasso è giunto inaspettato come conseguenza degli eventi del 1989.

Benché solo un'esigua percentuale delle innumerevoli richieste d'asilo trovasse accogliimento, raramente furono presi provvedimenti di allontanamento e la maggior parte dei respinti restavano sul territorio europeo, tollerati⁴¹⁶ per ragioni umanitarie e, periodicamente, regolarizzati mediante sanatoria, come nel caso dell'Italia⁴¹⁷.

414 Sull'uso distorto del concetto di "abuso", v. G. S. GOODWIN-GILL, *Chi è un rifugiato?*, "Politica internazionale", n. 5/1991, pp. 48 e 52.

415 "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'immigrazione", Doc. SEC. (91) 1855 del 23.10.1991, "Rivista di diritto europeo" n. 1/92, pp. 190 ss.

416 Cfr. nell'ordinamento tedesco, lo status correlato alla c.d. Duldung (letteralmente "tolleranza"): G. Mangione, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano, 1999, p. 72.

417 Per un dimensionamento del fenomeno delle regolarizzazioni dei cittadini stranieri immigrati in Italia, si veda M. BARBAGLI – A. COLOMBO – G. SCIORTINO, *I sommersi e i sanati: le regolarizzazioni degli immigrati in Italia*, Bologna, 2004. Per un inquadramento tecnico-normativo della prassi delle sanatorie come strumento di gestione politica dei flussi migratori in Italia, P. BONETTI, *Profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, op. cit., p. 29 ss.

I sistemi di asilo degli Stati della Comunità europea furono, dunque, definiti come “sistemi di immigrazione parallela, inadeguati e costosi”⁴¹⁸.

A partire dal Consiglio europeo di Londra del 1986, la “lotta contro l’abuso dell’istituto del diritto d’asilo” divenne prioritaria rispetto alla stessa “armonizzazione del diritto d’asilo formale e materiale a livello comunitario”⁴¹⁹.

La nuova prospettiva adottata ha rappresentato una fatale inversione di strategia normativa, dal momento che gli Stati membri non hanno tentato di attuare una comune politica dell’immigrazione, bensì hanno messo in atto, in modo congiunto, una rigida reazione⁴²⁰ rispetto al crescente fenomeno migratorio, volta a:

- v. chiudere le frontiere esterne e della determinazione rigida dello Stato responsabile per l’esame della domanda (Convenzione di Dublino del 1990 e Regolamento del Consiglio n. 343/03);
- vi. sanzionare i vettori che trasportano persone migranti manifestamente prive dei caratteri di rifugiati;
- vii. confermare il regime dei visti nei confronti dei Paesi “a rischio”;
- viii. prevedere forme di procedura abbreviata per l’accertamento *prima facie* della fondatezza delle richieste d’asilo;
- ix. attuare ferme politiche di respingimento alla frontiera ed espulsione dei richiedenti asilo “abusivi”;
- x. contrastare il fenomeno dell’immigrazione illegale attraverso meccanismi di controllo dei flussi in ingresso.

Attraverso questi provvedimenti i Paesi europei hanno aggirato gli unici obblighi positivamente previsti dal diritto internazionale – principio di *non refoulement* – inaugurando una politica comune del “non ingresso”⁴²¹. La svolta è arrivata solo nel 1997, con la firma del Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1° maggio 1999), che ha trasferito le competenze in materia di asilo alla Comunità.

In occasione del Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, è stato quindi fissato un programma politico chiaro per lo sviluppo

418 J. WIDGREN, *Se i flussi aumentano*, in “Politica internazionale”, n. 5/1991, p. 22.

419 “Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto d’asilo”, Doc. SEC. (91) 1857 del 18.10.1991, “Rivista di diritto europeo” n. 1/92, pp. 171 ss.

420 Sul punto, tra gli altri, si vedano A. GEDDES, *Immigration and European integration: towards fortress Europe?*, New York-Manchester, 2000; S. SASSEN, *Migranti, coloni, rifugiati: dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, tr. it., Milano, 1999.

421 Rappresenta in modo emblematico l’arroccata difesa della sovranità nazionale in materia di regolamentazione dell’immigrazione e dell’asilo il ricorso alla Corte di Giustizia di cinque Stati membri contro la Decisione della Commissione n. 85/381, che stabiliva una previa comunicazione da parte dei Governi sull’adozione di provvedimenti in materia di immigrazione da Stati terzi (c.d. *Immigration Consultation cases*, 1987, ECR 245, *Germany et al. v. Commission*).

di una politica europea fondata sulla creazione di un regime comune di asilo.

I Governi degli Stati membri hanno deciso di procedere in due tappe⁴²²:

4. una prima fase, della durata di cinque anni, consistente nell'elaborazione di quattro "pietre miliari" o "mattoni" (*milestones*) legislativi relativi alla determinazione dello Stato membro responsabile per l'esame della domanda d'asilo, all'elaborazione di norme minime relative alle procedure di asilo ("eque ed efficaci"), alle condizioni di accoglienza degli *asylum seekers* nonché alla qualifica ed al contenuto dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria;

5. una seconda fase volta all'elaborazione di una vera e propria procedura comune di asilo e ad uno status di rifugiato pienamente uniforme e valido in tutta l'Unione.

Sono almeno due gli elementi più significativi delle conclusioni di Tampere. Innanzitutto, si dichiara (e l'affermazione è reiterata nei *considerando* di ciascuna direttiva compresa nel "pacchetto" di atti della prima fase) che "l'elaborazione di una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità".

In secondo luogo, si ribadisce con enfasi che il regime europeo comune in materia di asilo è "basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della Convenzione di Ginevra (...), affermando in questo modo il principio di non respingimento e garantendo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione".

La dichiarata finalizzazione del regime europeo d'asilo alla costruzione dello "spazio comune" contribuisce ad inquadrarlo nella tradizione normativa comunitaria, sebbene la materia sia estranea al diritto comunitario originario.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nasce con il Trattato di Maastricht (1991-1993), che affida le politiche di immigrazione e asilo alla cooperazione intergovernativa come parte del *terzo pilastro* su "giustizia e affari interni" (art. K seg. TUE), sottraendola al metodo comunitario classico, e quindi al controllo delle istituzioni comunitarie, Commissione e Parlamento *in primis*.

"Spazio" significa giurisdizione, non area territoriale; "libertà" richiama il rispetto dei diritti fondamentali, ma è connesso anche – ai sensi del Piano d'Azione di Vienna del 1998⁴²³ – al concetto di legalità, come impegno delle pubbliche autorità

422 Comunicazione della Commissione "Towards a common asylum procedure and a uniform status, valid throughout the Union, for persons granted asylum", COM (2000) 755 final, 22.11.2000.

423 *Action Plan on How Best to Implement Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice*, OJC 19/1 del 23.1.1999.

contro chi abusa della libertà stessa; “sicurezza” si lega alla politica estera e di sicurezza comune, in termini di lotta alla criminalità. Infine, il termine “giustizia” non è limitato all’applicazione della legge ed alla cooperazione giuridica, ma comprende anche il principio di eguaglianza, dello stato di diritto ed il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. L’espressione “area of freedom, security and justice” significa, dunque, garanzia della libertà di movimento, salvaguardia dei diritti fondamentali e lotta alla discriminazione, in ogni sua forma. Questi principi cardine devono essere garantiti a tutti coloro che si trovino entro al giurisdizione dell’Unione: sia cittadini europei sia cittadini di Stati terzi, la cui condizione giuridica non può essere irragionevolmente diseguale⁴²⁴.

Il Programma dell’Aia sul “Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea”⁴²⁵ – approvato dal Consiglio europeo del 4 novembre 2004 - reca le linee di sviluppo della seconda fase di costruzione di una politica comune europea su asilo, immigrazione e controllo delle frontiere. Esso richiama le sfide intraprese con il Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, ma senza introdurre rilevanti novità: invita la Commissione ad elaborare un Piano d’azione per i prossimi cinque anni ed il Consiglio ad adottare una Decisione ai sensi dell’art. 67, par. 2 TCE, al fine di applicare la procedura di codecisione (art. 251 TCE) a tutte le misure previste dal Titolo IV del Trattato della Comunità.

La Direttiva 20 luglio 2001, n. 2001/55/CE⁴²⁶ (attuata in Italia con D.Lgs. 7 aprile 2003, n. 85) è il primo strumento cogente in materia di diritto d’asilo adottato dopo il Trattato di Amsterdam, in coerenza con l’*iter* stabilito (determinazione di standards minimi di trattamento per la protezione temporanea degli sfollati).

In seguito agli eventi della ex Jugoslavia⁴²⁷, emerse con forza - nelle conclusioni dei Capi di Stato e di Governo riuniti a Tampere - l’esigenza di addivenire rapidamente ad uno strumento idoneo a fronteggiare l’arrivo massiccio di profughi con un “dispositivo eccezionale, che garantisca una tutela immediata e transitoria” (par. 2 del *considerando*).

424 Cfr. Capo IV del Trattato costituzionale, dedicato allo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, in particolare art. III-257, par. 3: “L’Unione si adopera per garantire un elevato livello di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di contrasto alla criminalità, del razzismo e della xenofobia (...)”.

425 Comunicazione del Consiglio 2005/C 53/01.

426 Direttiva del Consiglio sulle “Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi”.

⁴²⁷ Sulla protezione temporanea adottata per i profughi della ex-Jugoslavia, è indicativo della tendenza ad una regolamentazione asistemica e dettata dall’emergenza contingente quanto accaduto in Italia (*supra* 2.2).

I principi cardine sono quelli della solidarietà e dell'equilibrio degli sforzi e degli oneri tra gli Stati membri che ricevono le c.d. *displaced persons*, nel tentativo di ridurre le rispettive politiche del diritto in materia; tuttavia, la capacità ricettiva dei singoli Stati è valutata da ciascuno autonomamente e riferita al Consiglio come elemento informativo su cui questo deve fondare la sua Decisione (art. 5, par. 3 lett. c). Si consideri, inoltre, che già nel 2000, con la Decisione n. 596, il Consiglio aveva istituito il Fondo europeo per i Rifugiati.

La Direttiva prevede un trattamento giuridico relativamente solido, accordando al titolare di protezione temporanea un permesso di soggiorno che copre l'intera durata della protezione (da uno fino ad un massimo di tre anni) e la possibilità di accedere al mercato del lavoro, anche se non necessariamente in condizioni di parità con i cittadini del Paese ospite o con gli altri stranieri ivi legalmente soggiornanti (art. 12, che si discosta dal testo proposto dalla Commissione, che viceversa prospettava una condizione giuridica perfettamente paritaria).

L'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati viene accertata con Decisione del Consiglio, obbligatoria in tutti gli Stati membri, su proposta della Commissione, che recepisce anche – per vagliarle – eventuali proposte provenienti dagli Stati membri.

Ai sensi dell'art. 3, par. 3, l'istituzione, l'applicazione e la cessazione della protezione temporanea formano oggetto di specifiche consultazioni con l'UNHCR e con altre organizzazioni internazionali competenti.

Molto interessante il disposto dell'articolo 19, in base al cui par. 1 gli Stati membri possono disporre che il beneficio della protezione temporanea e lo status di richiedente asilo – durante il periodo di esame della domanda – non siano cumulabili, fermo restando che la protezione temporanea non può compromettere in alcun modo l'istanza per il rifugio. L'Italia (art. 7, co. 2 D. lgs. 85/2003) ha stabilito che è possibile presentare domanda d'asilo quando si è già ottenuta la protezione temporanea, ma che ad essa si debba rinunciare qualora l'esame dell'istanza di rifugio non sia differito: i due status non possono, in alcun modo, essere cumulati.

Ai fini della concessione della protezione temporanea nel nostro ordinamento, potrebbero essere rilasciati anche permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 5, co. 6 TU, collegati, in questo caso, ad uno specifico D.P.C.M. adottato ai sensi dell'art. 20 TU – ed a seguito della suddetta Decisione del Consiglio - in caso di guerre, guerre civili o altri eventi eccezionali, al fine di accoglierne i profughi. Nella prassi, peraltro, i permesso di soggiorno rilasciati per motivi umanitari su raccomandazione della Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato sono rinnovabili soltanto dopo una nuova valutazione da parte della Commissione stessa, e rispondono, pertanto, a diversa *ratio*.

Questa prassi è stata recepita a livello legislativo, nel comma 4 dell'art. 1-*quater* della legge n. 39/90 (introdotto dalla l. 189/2002): nell'esaminare la domanda d'asilo, le nuove Commissioni territoriali valutano – ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno umanitario, anche alla luce degli obblighi costituzionali di protezione di cui all'art. 10, co. 3 Cost. – le conseguenze di un rimpatrio, alla luce degli obblighi internazionali, innanzitutto quello derivante dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

La Corte europea, infatti, in una suo consolidato orientamento giurisprudenziale, ritiene che si configuri una violazione dell'art. 3 della Convenzione non solo da parte degli Stati direttamente responsabili di torture o trattamenti inumani e degradanti, ma anche – per responsabilità indiretta – ad opera degli Stati che rimpatriano lo straniero verso il Paese dove rischia di subire persecuzioni, o verso un Paese terzo che non offra adeguate garanzie di non procedere a sua volta al rimpatrio, in violazione dello stesso art. 3 CEDU.

Inoltre, in base all'art. 1-*sexies* l. 39/90, i titolari di permesso di soggiorno umanitario nonché i “destinatari di altre forme di protezione umanitaria” – insieme ai richiedenti asilo ed ai rifugiati – appartengono a quelle categorie la cui presenza sul territorio è monitorata dall'apposito Servizio centrale (affidato all'ANCI) di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali che accolgono questi soggetti, che ricevono a loro volta sostegno finanziario dal Ministero dell'interno, sentita la Conferenza unificata, con provvedimento annuale nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo (art. 1-*septies*).

4.3 L'ordinamento comunitario (II): la Direttiva 2004/83/CE sulla qualifica di "rifugiato" e la protezione sussidiaria. Il Libro verde della Commissione europea.

La c.d. “Qualification Directive” (Direttiva 29 aprile 2004, n. 2004/83/CE)⁴²⁸ è il primo strumento sovranazionale che tenta un'armonizzazione della “protezione complementare” a livello di diritto comunitario, giungendo a codificare la *protezione sussidiaria*.

428 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".

La “protezione complementare” – configurabile come una pluralità di soluzioni giuridico-normative che condividono soltanto il problema da sciogliere, piuttosto che come un istituto organico - nasce da un’esigenza politica, prima ancora che giuridica, storicamente risalente.

Fin dal momento in cui la Comunità Internazionale ha cercato di governare i movimenti migratori dei richiedenti asilo attraverso una regolamentazione di diritto internazionale, gli Stati hanno preso atto della strutturale incapacità del sistema normativo di riconoscimento dello status di rifugiato approntato dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di NY del 1967 di coprire l’intero ambito di soggetti bisognosi di protezione internazionale.

La definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra (art. 1 A, par. 2), infatti, comprende

“chi a causa del fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale od opinione politica, si trova al di fuori del suo Stato di nazionalità e non può – ovvero alla luce di questa paura, non vuole – avvalersi della protezione di questo Stato; oppure chi, essendo apolide, si trovi al di fuori dello Stato di propria abituale residenza per i suddetti motivi, e non possa – ovvero non voglia – farvi ritorno”.

Ebbene, la Convenzione di Ginevra richiede l’inderogabile prova specifica della persecuzione individuale (*rectius*: del suo fondato timore) basata sui motivi tassativamente elencati. Questa fonte internazionale pattizia, dunque, è rimasta estranea agli sviluppi che la nozione di rifugiato ha subito parallelamente all’evolversi – qualitativo e quantitativo – del fenomeno nei tempi più recenti.

Si pensi a quei gruppi di individui, in fuga dai Paesi dell’Africa o dell’Est europeo o dell’Asia, per un estremo stato di bisogno (ad esempio, rischio di morte per fame), a causa di un regime politico autoritario (c.d. "esuli"), per cause di tipo economico-politico (quali una situazione di collasso economico nazionale, ad es. dovuto ad un sistema di corruzione diffusa), per l’instabilità politica dei loro governi, per catastrofi naturali (rifugiati ambientali) o per una situazione di guerra civile aperta o dissimulata.

Nei vari Stati europei, dunque, si erano consolidate prassi/regimi di protezione per i richiedenti asilo esclusi dagli stretti parametri della Convenzione di Ginevra, ma, comunque, portatori di una fondata esigenza di trovare rifugio. In particolare, Belgio, Irlanda e Regno Unito preferivano adottare meccanismi *ad hoc*, senza cristallizzare un dispositivo a valenza generale. Gli altri 12 Stati Membri – pur codificando diverse forme di protezione sussidiaria – custodivano gelosamente questa prerogativa nell’ambito della propria assoluta discrezionalità. Il Portogallo

rappresentava un'eccezione, avendo positivizzato un vero e proprio diritto alla protezione sussidiaria per coloro che non possono che “non possono tornare” nel proprio Paese di provenienza a causa della “grave insicurezza generata da un conflitto armato o da una situazione di violazione sistematica dei diritti umani”,⁴²⁹.

A questi veniva tendenzialmente riconosciuto il diritto a permanere sul territorio dello Stato ospite, sulla base di assai differenziate norme e prassi fondate sul criterio dello stato di necessità, quali la concessione di uno “status di tipo B” ovvero dello statuto soggettivo di “rifugiati *de facto*” (o sotto mandato dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite), la qualificazione di “profughi di guerra” od la titolarità di un “asilo umanitario” (nel nostro ordinamento, ad esempio, si veda il permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'art. 19, co. 1 Testo unico e art. 28, co. 1 lett. d) reg., rilasciato in favore dello straniero che non può essere respinto od espulso dal territorio dello Stato poiché nel Paese di appartenenza o di invio potrebbe essere oggetto di persecuzione⁴³⁰).

La molteplicità delle tecniche di protezione previste nei vari ordinamenti europei, in materia di condizione giuridica di rifugio “complementare”, con il diversificato bagaglio di diritti ad essa associati (dalla mera garanzia del *non refoulement* al rilascio di un titolo di soggiorno relativamente stabile e corredato di prerogative significative), ha imposto un processo di armonizzazione.

La determinazione di un concetto univoco di protezione sussidiaria deriva, dunque, sia da ragioni di certezza del diritto e di non discriminazione di trattamento, sia dalla necessità di evitare “movimenti secondari” di richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro, in cerca della normativa più favorevole, secondo il fenomeno infelicitemente definito dell'*asylum shopping*.

La Direttiva 2004/83, infatti, introduce una nozione unitaria di “rifugiato”,⁴³¹

429 Art. 8, co. 1, legge portoghese 16.3.98, n. 15.

430 Si consideri che, talora, vengono avanzate raccomandazioni in tal senso nello stesso provvedimento di diniego dello status di rifugiato adottato dalla Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato e che, inoltre, la Circolare del Ministero dell'Interno n. 300/C/227729/12/207/1° Div. del 23.12.99 conferma la possibilità – già ampiamente diffusa nella prassi dall'entrata in vigore della Legge Turco-Napolitano, n. 40/98 (art. 17) – per le Questure di rilasciare appositi Permessi di Soggiorno “per motivi umanitari”, di durata solitamente annuale e validi per l'accesso al mercato del lavoro, ai richiedenti asilo che hanno ricevuto un rigetto della propria istanza di riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma ai quali l'apposita Commissione centrale abbia riconosciuto valide ragioni per non fare ritorno del Paese d'origine, in forza dell'art. 5, co. 6 TU (“seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”). Secondo R. MIELE, *La nuova legislazione sugli stranieri*, Viterbo, 1999 (II), p. 92, la base giuridica per il rilascio del permesso di soggiorno umanitario è l'art. 5, co. 6 TU.

431 La Direttiva del Consiglio si richiama anche alla Posizione comune del 4.3.1996 adottata dal Consiglio stesso ai sensi dell'art. K.3 TUE (azione comune in materia di cooperazione giudiziaria).

L'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati aveva già chiaramente individuato la *ratio* di questa disciplina comunitaria, nelle sue "Osservazioni" alla Proposta della Commissione europea per una Direttiva del Consiglio che, appunto, prevedesse standards minimi per la determinazione dello status di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale in capo a cittadini di Paesi terzi ed apolidi⁴³²:

E' stato generalmente riconosciuto che, pur applicando adeguatamente la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951 e nel Protocollo del 1967, residuano alcune categorie di persone che non rientrano nel ristretto ambito di operatività di questi strumenti. Secondo l'UNHCR, tra questi rifugiati vi sono, ad esempio, coloro che fuggono dagli effetti della violenza indiscriminata che emerge nel contesto di un conflitto armato, e che non presenta elementi specifici di persecuzione. Lo stesso UNHCR, pertanto, ha promosso l'adozione di regimi di protezione complementare e sussidiaria.

Il primo impulso a livello europeo si deve alla proposta danese del marzo 1997 ed alla nota analoga espressa dalla Presidenza olandese nell'aprile successivo, volte a valorizzare l'importanza cruciale dell'art. 3 CEDU come fondamento giuridico alternativo della protezione delle persone escluse dalla definizione convenzionale di rifugiato.

Fu, poi, la Presidenza austriaca del 1998 a definire con chiarezza la nozione di "protezione sussidiaria", ed a distinguerla dalla protezione temporanea: la prima, infatti, è garantita in base alla determinazione della situazione individuale di un soggetto, la seconda viene, invece, accordata in caso di afflusso massiccio di profughi⁴³³.

432 14109/01 ASILE 54 (16 Nov. 2001).

433 Si consideri che il significato originario di "temporary protection", secondo quanto previsto dalla Direttiva in materia, è "protection provided by a country of first asylum while resettlement was awaited". La protezione temporanea, così come definita dall'UNHCR nel 1994, è "uno strumento flessibile e pratico per assicurare protezione internazionale a chi ne ha bisogno, in quanto fornisce una risposta all'emergenza, ma nello stesso tempo privilegia il ritorno sicuro al Paese di origine come soluzione più auspicabile e conveniente" (cit. in M. DELLE DONNE, *Un cimitero chiamato Mediterraneo. Per una storia del diritto d'asilo nell'Unione europea*, Roma, 2004, p. 59). Essa, infatti, consente di alleggerire la pressione esercitata dagli sfollati sulla capacità recettiva delle aree circostanti, ed altresì di non gravare sulle già sature procedure di asilo degli Stati membri: a livello sistematico, si inserisce nel più ampio quadro degli sforzi compiuti dalla comunità internazionale per la soluzione del conflitto in corso e la cessazione di ogni violazione dei diritti umani. Tuttavia, è stato osservato come i provvedimenti sull'asilo umanitario o c.d. protezione temporanea "siano volutamente frammentari e giuridicamente fragili per evitare impegni a lungo termine in una prospettiva di diritto comunitario sull'asilo" (M. DELLE DONNE, *ibidem*).

Il presupposto fondamentale era stato, inizialmente⁴³⁴, individuato nella “armonizzazione basata su validi strumenti di diritto internazionale relativi alla SP”, con specifico riferimento alla CEDU (1950), alla Convenzione contro la Tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (1984), le Convenzione di Ginevra del 1949 ed i relativi Protocolli del 1977 (in materia di protezione dei civili in tempo di guerra e protezione delle vittime dei conflitti armati).

La scelta finale di limitarsi all’armonizzazione delle nozioni e dei meccanismi normativi di protezione sussidiaria già vigenti negli ordinamenti degli Stati Membri comporta che la Direttiva 2004/83/CE non crea un nuovo ed autonomo sistema di protezione, risultante da un’analisi ampia ed esaustiva di tutte le potenzialità del diritto internazionale in materia di “protezione complementare”, ma piuttosto sistematizza le *best practices* emergenti a livello nazionale.

Secondo alcuni, la Direttiva Qualifiche opera altresì un’interpretazione restrittiva delle prassi già esistenti, alla luce del clima politico attualmente ostile rispetto ai richiedenti asilo e delle politiche del diritto concretamente attuale a livello comunitario di forte inasprimento delle condizioni di ingresso nel territorio UE.

Se è vero, allora, che la protezione complementare assume nel diritto internazionale umanitario una funzione di ampliamento dell’ambito soggettivo di operatività della Convenzione di Ginevra, la protezione sussidiaria non è altro che una “declinazione politica regionale” di un concetto giuridico più ampio.

434 Nota della Presidenza del Gruppo di Lavoro sull’Asilo: Asylum Working Party, *Discussion Paper on Subsidiary Protection* 13167/99 ASILE 41 (19.11.1999) 2.

CONCLUSIONI.

ASILO COSTITUZIONALE E RIFUGIO CONVENZIONALE: QUALI PROSPETTIVE DI CONCILIAZIONE?

*«We turn human rights doctrine for assistance in filling out the grey areas.
In doing so, we may wonder why it is permissible to distinguish in favour of Convention refugees,
when other violations of rights seem no less serious.
Why do some types of harm carry more 'value' than others?».»*
Goodwin-Gill, *Editorial: Asylum 2001 - A Convention and a Purpose*, Intern. Journal Refugee Law,
1-2/2001.

5.1 L'attuazione della Direttiva "Qualifiche" nell'ordinamento italiano e la percorribilità di una disciplina legislativa organica.

Il Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 ha recepito, seppure tardivamente⁴³⁵, la Direttiva 2004/83/CE in materia di standard minimi per la qualifica e lo *status* di rifugiato convenzionale e di titolare di protezione sussidiaria⁴³⁶.

La stessa Relazione illustrativa⁴³⁷ mette in luce gli aspetti essenziali della fonte comunitaria cui si dà attuazione, definendolo come il primo strumento unitario a livello di diritto dell'Unione europea, volto ad assicurare criteri comuni per il riconoscimento della protezione accordata dalla Convenzione di Ginevra nonché un livello minimo di prestazioni che gli Stati membri si impegnano a garantire, ed altresì ad attribuire un significato uniforme al principio di *non refoulement* quale divieto di espulsione di stranieri che, pur in assenza dei requisiti per accedere allo *status* di rifugiato, correrebbero "un rischio effettivo di subire un grave danno (...)

⁴³⁵ Per il mancato recepimento tempestivo della Direttiva Qualifiche (imposto entro il 10.10.06), la Commissione europea ha emesso - il 27.6.07 - pareri motivati nei confronti degli Stati membri inadempienti (tredici tra cui l'Italia, appunto, ed altri quattro che avevano comunicato misure solo parziali di trasposizione), come prima fase di un eventuale procedimento di infrazione ex art. 226 TCE, che sarebbe stato attivato in caso di mancato rispetto dell'ulteriore termine di due mesi (cfr. dichiarazione del vicepresidente F. Frattini, 7.8.07, IP/07/1015; *Member States fail on asylum*, comunicato stampa del 10.10.06, www.euractiv.com).

⁴³⁶ In attuazione della delega contenuta nella Legge comunitaria 2005 (L. 25 gennaio 2006, n. 29), allegato B.

⁴³⁷ Allegata allo schema di D. Lgs., nel testo finale licenziato il 9.11.07.

nel Paese di origine, delineando forme sussidiarie di protezione con carattere complementare⁴³⁸ rispetto alla protezione dei rifugiati".

E' interessante notare come il legislatore si premuri di riscontrare⁴³⁹ che, pur non essendo presente nel sistema previgente, l'istituto della protezione sussidiaria, esso si ispira ad un principio già emerso nella normativa di riferimento, ossia nel Decreto-legge n. 416/89, convertito nella c.d. Legge Martelli, come innovato dalla Legge n. 189/02, ove l'art. 1^{quater}, co. 4 stabilisce che, in sede di esame della domanda di asilo, la Commissione territoriale competente valuta l'eventuale sussistenza di "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano" - secondo la formula usata dall'art. 5, co. 6⁴⁴⁰ del D. Lgs. n. 286/98⁴⁴¹ cui si rinvia - che giustifichino una opzione di non espulsione, alla luce delle conseguenze che il rimpatrio avrebbe in termini di violazione dell'art. 3 CEDU, ed il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari⁴⁴². Si tratta di due forme di protezione che coesistono nell'ordinamento⁴⁴³ e si differenziano profondamente: il soggiorno umanitario, infatti, non attribuisce uno *status* particolare, che invece è riconosciuto al titolare della *subsidiary protection*.

In conformità al disposto della Direttiva, del resto, viene istituito un meccanismo di richiesta indistinta di protezione internazionale, che sposta sull'autorità competente per l'esame della domanda la scelta del tipo di protezione da riconoscere all'istante,

⁴³⁸ Assume il punto di vista dell'indagine sulla natura "complementare" della protezione riconosciuta dal diritto internazionale a coloro che non rientrano nel campo di applicazione della Convenzione di Ginevra il recente studio di J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

⁴³⁹ Relaz. ill., cit., p. 2.

⁴⁴⁰ Occorre altresì richiamare il dettato dell'art. 19, co. 1 TU, che per primo codifica, nel nostro ordinamento, il principio di *non refoulement*, stabilendo un divieto assoluto ("in nessun caso") di espulsione o respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, "ovvero possa rischiare di essere inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione".

⁴⁴¹ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, *infra* TU.

⁴⁴² La corrispondente norma regolamentare è l'art. 11, co. 1 lett. *c-ter* del D.P.R. n. 394/99, ai sensi della quale nei casi di cui agli artt. 5, co. 6 e 19, co. 1 TU, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero acquisizione diretta dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta, fondata su "oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale", il questore rilascia un permesso di soggiorno per motivi umanitari, di durata annuale, rinnovabile nonché convertibile in permesso per lavoro.

⁴⁴³ L'introduzione della protezione sussidiaria, dunque, non ha eliminato l'istituto del soggiorno per motivi umanitari: la stessa Direttiva precisa, nel Preambolo (par. 9), che restano estranei al suo campo di applicazione i soggetti stranieri (ossia cittadini di Paesi terzi) ovvero apolidi "cui è concesso di rimanere nel territorio nazionale non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale".

in funzione della configurabilità o meno dell'elemento persecutorio specifico previsto dalla Convenzione di Ginevra quale presupposto per la sua applicazione.

Assume particolare rilievo l'art. 3 del D. Lgs. n. 251/07, in quanto individua dettagliatamente gli elementi essenziali della domanda di protezione internazionale ed i criteri per valutarli, definendo il perimetro di quelle circostanze e condizioni che devono formare oggetto dell'indagine della Commissione e che comprendono necessariamente "tutti gli elementi significativi della domanda"⁴⁴⁴.

Il primo comma della disposizione stabilisce un principio fondamentale di rispetto del contraddittorio con il richiedente, sebbene il termine usato di "cooperazione" risulti piuttosto sfumato, nonché, a carico di quest'ultimo, l'obbligo di produrre "tutti gli elementi e la documentazione necessari" a motivare la domanda, contestualmente alla presentazione della stessa "o comunque non appena disponibili".

Tale vago riferimento relativo ai tempi non scioglie l'indicazione generale contenuta nella Direttiva all'art. 4, co. 1, in base al quale gli Stati membri possono disporre che il richiedente sia tenuto "quanto prima" a fornire tutti gli elementi necessari a giustificare la sua richiesta di protezione.

In particolare, l'interessato deve dichiarare e provare - limitatamente a "tutta la documentazione in possesso" - la propria identità, cittadinanza, età, condizione sociale⁴⁴⁵, quali siano "i paesi ed i luoghi in cui ha soggiornato in precedenza" nonché le domande d'asilo pregresse, gli itinerari di viaggio, ed infine i motivi della sua istanza (art. 3, co. 2). Il significato di tale disposizione si chiarisce grazie alla lettura del successivo co. 3, lett. e), in base al quale è necessario valutare "l'eventualità che (...) si possa presumere che il richiedente potrebbe fare ricorso alla protezione di un altro Paese"⁴⁴⁶, di cui potrebbe dichiararsi cittadino".

Ai sensi dell'art. 3, co. 3, l'esame della domanda di protezione internazionale deve essere svolto su base individuale⁴⁴⁷ e comporta la valutazione di "tutti i fatti

⁴⁴⁴ Art. 3, co. 1 D. Lgs. n. 251/07, in corrispondenza all'art. 4, co. 1 Dir. 2004/83/CE.

⁴⁴⁵ Tutti gli elementi che caratterizzano la situazione individuale del richiedente e le circostanze personali in cui si inquadra la sua domanda di protezione internazionale, infatti, formano oggetto dell'ampia valutazione che - ai sensi dell'art. 3, co. 3 - spetta alla competente Commissione territoriale: in particolare, la condizione sociale, il sesso e l'età fungono da parametri per l'indagine sulla natura persecutoria degli "atti a cui il richiedente è stato o potrebbe essere esposto" ovvero della configurabilità di un "danno grave" (lett. c).

⁴⁴⁶ Sulla centralità del rapporto tra cittadinanza e protezione statale nell'ambito della tutela contro il rischio di subire persecuzioni o danni gravi, G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 421 ss.; E. CAVASINO, *La protezione dello straniero extracomunitario fra garanzie costituzionali, acquis communautaire e sistema di protezione regionale dei diritti dell'uomo*, Tesi di dottorato, Università di Palermo, discussa il 10.2.06.

⁴⁴⁷ Questa previsione della Direttiva (art. 4, co. 3) è essenziale ai fini della garanzia di effettivo rispetto del divieto di espulsioni collettive, quale possibile conseguenza di un esame sommario di

pertinenti che riguardano il Paese d'origine" al momento della decisione della Commissione, "comprese, ove possibile, le disposizioni legislative e regolamentari" di quell'ordinamento nonché le "relative modalità di applicazione": l'inciso "ove possibile" non è presente nella corrispondente norma della Direttiva (art. 4, co. 3 lett. a), e non sembra assolutamente coerente rispetto al generale onere posto a carico dei pubblici poteri di acquisire periodicamente aggiornate informazioni sulle norme e le prassi applicate in ogni Paese.

Per il resto, l'art. 4 della Direttiva trova piena trasposizione nel D. Lgs. n. 251/07, in particolare attraverso l'introduzione di alcuni criteri valutativi fondamentali: innanzitutto, si individua una serie di indizi che concorrono alla costruzione di un vero e proprio giudizio prognostico sulla fondatezza del timore persecutorio; si stabilisce, quindi, un presupposto generale di attendibilità del soggetto nonché una specifica indagine sulla genuinità della sua richiesta di tutela.

In base al primo criterio citato, si stabilisce che il richiedente debba rendere noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni (art. 3, co. 3 lett. b): il fatto che questi sia stato già vittima di "persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni" integra "un serio indizio di fondatezza" del timore di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, salva l'ipotesi in cui si possa ritenere che non vi sia possibilità di reiterazione, ma salvo altresì il divieto di *refoulement*⁴⁴⁸ (art. 3, co. 4).

In relazione al secondo ed al terzo profilo indicato, l'autorità preposta all'esame della domanda deve valutare l'eventualità che le attività svolte dall'istante, successivamente alla fuga dal Paese di origine, siano state "esclusivamente o principalmente" preordinate a suffragare la domanda stessa, ovvero siano state realizzate strumentalmente al fine di rendere pericoloso il rimpatrio (art. 3, co. 3 lett. d)⁴⁴⁹: del resto, per l'ipotesi di assenza parziale di materiale probatorio, soccorre il

domande d'asilo presentate da soggetti provenienti dallo stesso Paese, ad esempio nell'ipotesi di afflusso massiccio di profughi in fuga dal medesimo conflitto armato o da una catastrofe ambientale.

⁴⁴⁸ Ecco un esempio del rapporto di reciproca integrazione che sussiste tra lo strumento del rifugio convenzionale ed il mero *non refoulement* quale presupposto per la concessione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari: l'art. 3, co. 4 ult. parte, infatti, contiene la precisazione "purchè non sussistano gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine", quale clausola di salvaguardia rispetto alla possibilità di rigettare la domanda di protezione, pur in presenza della prova di persecuzioni o gravi danni pregressi, quando non ne sia ragionevolmente prospettabile la ripetibilità.

⁴⁴⁹ Si osservi, inoltre, che l'art. 4 del D. Lgs. n. 251/07 - dando attuazione all'art. 5 della Direttiva, relativo al bisogno di protezione sorto fuori dal Paese di origine (c.d. rifugiati *sur place*) - prevede che la richiesta d'asilo può essere motivata da eventi accaduti o da attività svolte dallo straniero dopo la sua partenza dallo Stato di provenienza, "quando sia accertato che le attività addotte

generale criterio dell'attendibilità del richiedente, desumibile dalla coerenza e plausibilità delle sue dichiarazioni, nonché dal suo autentico (*rectius*: "ragionevole") sforzo "per circostanziare la domanda" e per produrre "tutti gli elementi in suo possesso" (art. 3, co. 5).

Le successive disposizioni del decreto recepiscono letteralmente quelle corrispondenti della Direttiva, senza svilupparle ulteriormente, e talora declinandole in modo incongruente: merita al riguardo particolare attenzione la definizione di "danno grave" ex art. 14, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria.

Ebbene, il legislatore sembra aver mancato di esercitare opportunamente quella facoltà di scelta che la posizione di una disciplina di dettaglio avrebbe consentito, contribuendo a chiarire la portata delle norme introdotte: in particolare, la lett. b) - considerando danno grave "la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine - non approfondisce l'amplessissima formulazione dell'art. 15, lett. b) della Direttiva, che evidentemente adombra il lungo percorso giurisprudenziale della Corte di Strasburgo consolidatosi in sede di applicazione dell'art. 3 CEDU, nonché le definizioni di "tortura" e "trattamento inumano e degradante" contenute nella Convenzione ONU del 10 dicembre 1984⁴⁵⁰.

5.3 Il complesso quadro degli strumenti di protezione politico-umanitaria: profili di interazione reciproca, ambiti di applicazione ed estensione della tutela. Aspetti di efficienza e nodi irrisolti.

Si è già osservato come diversi istituti di tutela dello straniero in fuga, ossia soggetto ad una "migrazione forzata" secondo l'accezione esposta nel nostro secondo capitolo, concorrano a formare un quadro eterogeneo ricco di interazioni e sovrapposizioni reciproche.

La linea di demarcazione più difficile da tracciare è quella tra divieto di allontanamento, imposto dal principio di *non refoulement*, e cause di esclusione del riconoscimento dello *status* di rifugiato: tra questi due poli, infatti, si apre una sorta di zona grigia del diritto, contesa tra precetti normativi posti da fonti interne, ma

costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel Paese d'origine".

⁴⁵⁰ Convenzione internazionale sulla tortura ed altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti.

soprattutto da fonti internazionali, e tensioni interpretative proprie del dialogo giurisprudenziale "multilivello"⁴⁵¹.

Un recente caso deciso dal Giudice di Strasburgo può fungere da *exemplum*, poiché consente di approfondire il divario tra prospettiva statale interna e salvaguardia dei diritti a livello sovranazionale. Si tratta della sentenza del 28 febbraio 2008, resa nel processo *Saadi v. Italy*: il ricorrente, cittadino tunisino, aveva dedotto la violazione dell'art. 3 della Convenzione in relazione al provvedimento di espulsione emesso dalle autorità italiane in applicazione della normativa del 2005 in tema di prevenzione del terrorismo internazionale⁴⁵², con contestuale rigetto della sua richiesta di asilo politico nel nostro Paese⁴⁵³, in quanto lo avrebbe esposto al grave rischio di un trattamento disumano in relazione alla condanna nel frattempo subita in contumacia ad opera di un tribunale militare tunisino per aver fatto parte di un'organizzazione terroristica operante all'estero. La Grande Sezione della Corte ha ravvisato all'unanimità la violazione dell'art. 3, ritenendo che pur senza sottovalutare le enormi difficoltà che gli Stati incontrano nel difendere le proprie comunità dagli attacchi terroristici, ha affermato che la protezione accordata dall'art. 3 CEDU deve essere assoluta, con il conseguente obbligo di non estradare od espellere "chiunque" – ovvero indipendentemente dal tipo di infrazione e dalla pericolosità del soggetto - che, nel paese di ricezione, corra il rischio reale di essere soggetto a trattamenti inumani⁴⁵⁴.

La protezione accordata da tale norma – ha precisato il Giudice di Strasburgo - è invero più vasta di quella contenuta nel combinato disposto degli articoli 32 e 33

⁴⁵¹ Si vedano i saggi di D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, e di M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, entrambi in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss. e p. 91 ss.

⁴⁵² 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" (c.d. Decreto Pisanu).

⁴⁵³ Nel contempo, aveva fatto domanda alla Corte di Strasburgo chiedendo la sospensione del provvedimento espulsivo: a seguito dell'accoglimento dell'istanza, l'Italia aveva chiesto per via diplomatica alle autorità tunisine di fornire assicurazioni sulle conseguenze del rimpatrio, ossia di garantire il rispetto del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU. La Tunisia aveva, peraltro, risposto che il trattamento riservato al prigioniero sarebbe stato conforme alla "legge nazionale", precisando solo in un secondo momento che il diritto penitenziario tunisino prevede la tutela dei diritti dei detenuti e che la Tunisia aderisce "ai Trattati ed alle convenzioni internazionali pertinenti".

⁴⁵⁴ Nel verificare il rischio cui sarebbe stato esposto il Sig. Saadi, la Corte ha preso in considerazione i rapporti stilati dalle organizzazioni internazionali sui diritti dell'uomo sulla Tunisia, che descrivono una situazione preoccupante (numerosi casi di tortura e di trattamenti inumani riservati alle persone accusate di terrorismo, per estorcere loro confessioni). Le stesse autorità tunisine, tra l'altro, non avevano fornito garanzie sufficienti per dimostrare la protezione del ricorrente dal rischio di un trattamento inumano.

della Convenzione di Ginevra⁴⁵⁵: il divieto di tortura⁴⁵⁶ ha una portata assoluta e si atteggia, quindi, come norma inderogabile ai sensi dell'art. 15, co. 2 CEDU⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Si rammenta che il cit. art. 32 prevede che gli Stati Contraenti possono espellere un rifugiato regolarmente residente sul loro territorio soltanto per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, assegnandogli un termine adeguato per il rimpatrio, ed in forza di una decisione assunta nel rispetto della procedura prevista dalla legge, nell'ambito della quale - purchè "motivi impellenti di sicurezza nazionale non vi si oppongano" - deve essere garantito il principio del contraddittorio assieme al diritto di impugnazione del provvedimento finale, essere ammesso a giustificarsi, a presentare ricorso e a farsi rappresentare a questo scopo davanti a un'autorità competente o davanti a una o più persone specialmente designate dall'autorità competente. L'art. 33 codifica il principio del *non refoulement* nella misura in cui fa divieto agli Stati contraenti di espellere o respingere un richiedente asilo "verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche". L'ultimo comma di tale disposizione, tuttavia, introduce una clausola di salvaguardia, in quanto stabilisce che il divieto di *refoulement* non può essere fatto valere da un rifugiato "se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese".

⁴⁵⁶ Nei par. 134-136 della sentenza in esame, la Corte EDU precisa la distinzione tra i concetti di "tortura" e "trattamento inumano o degradante", accogliendo le definizioni contenute nella Convenzione ONU del 10 dicembre 1984 (*infra* CAT) nonché citando la propria pregressa giurisprudenza: innanzitutto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 3 CEDU, il trattamento deteriore ("ill-treatment") deve raggiungere un livello minimo di gravità ("minimum level of severity"), che non può essere predeterminato poichè dipende da tutte le circostanze del caso concreto, quali il lasso temporale in cui la pratica è inflitta, i suoi effetti fisici e mentali e, talora, alcune condizioni personali del soggetto come il sesso, l'età ovvero lo stato di salute (cfr. *Jalloh v. Germany*, 11 luglio 2006, par. 67). Per poter definire un trattamento o una punizione "inumano" o "degradante", inoltre, la sofferenza ovvero l'umiliazione subite devono comunque superare la soglia dell'inevitabile contenuto afflittivo della sanzione penale, legittimamente irrogata (cfr. *Labita v. Italy*, 6 aprile 2000, par. 120). Infine, il significato del termine "tortura" ai sensi dell'art. 3 CEDU si connota in termini di maggiore severità e crudeltà, indicando qualsiasi atto per mezzo del quale sono inflitti dolore e sofferenze particolarmente acute al fine di ottenere, dalla vittima o da un terzo, informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ha commesso o di cui è sospettata, di esercitare pressioni o intimidazioni, ovvero per qualsiasi altro motivo di matrice discriminatoria quando l'attore sia un funzionario pubblico od un soggetto che agisce in veste ufficiale o dietro sua istigazione o con il suo consenso. Secondo il Giudice di Strasburgo, l'espressa menzione della fattispecie *de qua* -distinta dalle altre due previste dalla medesima disposizione - rappresenta l'intenzione di stigmatizzare questa particolare pratica, positivizzandola (cfr. *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999, par. 96).

⁴⁵⁷ Cfr. Committee of Ministers of the Council of Europe, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*, 11.7.02 (804th Meeting of the Ministers' Deputies), par. 4 "Absolute prohibition of torture". In questo documento del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, elaborato in seguito agli attentati dell'11 settembre 2001, si afferma che l'uso di tortura o di trattamenti inumani o degradanti è sempre proibito ("in all circumstances"), ed in special modo in caso di arresto, interrogatorio e detenzione di persona sospettata o imputata per reati di terrorismo, restando del tutto irrilevante la natura degli atti contestati ("irrespective of the nature of the acts that the person is suspected of or for which he/she was convicted"). Inoltre, nel par. 12 § 2, si sostiene che sussiste in capo allo Stato che abbia ricevuto una richiesta di asilo l'obbligo di accertarsi che l'eventuale rimpatrio - per espulsione o respingimento - dell'istante non lo esponga a pena di morte, tortura ovvero altri trattamenti, anche di natura sanzionatoria, inumani o degradanti.

L'argomentazione muove dal richiamo a quel filone giurisprudenziale della Corte in cui si riconosce che, in forza di un consolidato principio di diritto internazionale, e nel rispetto degli obblighi di matrice pattizia (compresi quelli derivanti dall'adesione alla CEDU), gli Stati contraenti hanno la potestà di esercitare il controllo del proprio territorio rispetto all'ingresso, al soggiorno ed all'allontanamento degli stranieri⁴⁵⁸; inoltre, né la CEDU né i suoi protocolli riconoscono e disciplinano il diritto di asilo politico⁴⁵⁹, ma che tuttavia - proprio alla luce del vincolo convenzionale di cui all'art. 3 CEDU - emerge una precisa responsabilità degli Stati stessi per violazione della Convenzione in caso di espulsione verso un Paese per il quale si può ritenere vi siano concreti rischi per l'espellendo di subire tortura⁴⁶⁰.

Il duplice presupposto di applicabilità della norma in esame è l'avvenuta dimostrazione con materiale probatorio sufficiente ("substantial grounds") della sussistenza di un rischio concreto ("real risk").

Il carattere assoluto della prescrizione di cui all'art. 3 CEDU è ribadito, sulla scorta di numerose precedenti pronunce⁴⁶¹, e si radica nella sua natura di "fundamental values of democratic societies"⁴⁶²: in particolare, nell'accezione interpretativa della

⁴⁵⁸ Tra gli altri, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali v. United Kingdom*, 28 maggio 1985 e *Boujlifa v. France*, 21 ottobre 1997.

⁴⁵⁹ Come già affermato nel celebre caso *Vilvarajah a. others v. United Kingdom*, 30 ottobre 1991.

⁴⁶⁰ La Corte si riferisce al rimpatrio verso Stati "where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3", statuendo che "in such a case Article 3 implies an obligation not to deport the person in question to that country" (così anche in *Soering v. United Kingdom*, 7 luglio 1989; *H.L.R. v. France*, 29 aprile 1997; e più di recente *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11 gennaio 2007).

⁴⁶¹ Tra gli altri, *Chahal v. United Kingdom*, 15 novembre 1996.

⁴⁶² Par. 127 dell'argomentazione in diritto. Questa cruciale valenza dell'art. 3 CEDU all'interno del sistema di protezione dei diritti umani del Consiglio d'Europa è sottolineata in P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 248, il quale osserva che nei sistemi democratici costituzionali e nel diritto internazionale umanitario esiste un "nucleo duro" ed incompressibile della libertà personale, consistente nel divieto di sottoporre qualsiasi persona a cinque tipi di pratiche lesive dell'integrità fisica e psichica, ossia tali da arrecare danno fisico o degradazione giuridica: si tratta della tortura, delle pene inumane, di quelle degradanti, e simmetricamente dei trattamenti inumani e di quelli degradanti (*ivi*, p. 253). Sulla nozione di tortura e sulla configurabilità di una consuetudine internazionale che ne faccia divieto assoluto, A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, "Riv. dir. intern.", 1993, p. 979.

L'A. osserva che, tuttavia, raramente si è avuta una positiva codificazione di tale principio a livello costituzionale: l'VIII emendamento della Cost. USA, ad esempio, si limita a vietare "ogni punizione crudele o inusuale", non escludendo però la pena capitale, né vietando l'eventuale tortura che preceda o accompagni l'applicazione di una sanzione penale. La Cost. italiana si spinge sino a prevedere che la legge punisca ogni violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a misure limitative della libertà personale (art. 13, co. 4), e che la sanzione penale non possa mai consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, co. 3). Sull'assenza nell'ordinamento italiano di una fattispecie generale di reato che colpisca la tortura, C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali*, "Quad. cost.", n. 3/04, p. 555.

Corte, l'inderogabilità si atteggia come irrilevanza della condotta del soggetto e della gravità dell'offesa che gli viene contestata⁴⁶³.

Il metodo valutativo⁴⁶⁴ che il Giudice di Strasburgo dichiara di dover adottare, ai fini dell'applicazione dell'art. 3 come presupposto per il *non refoulement*, implica un'analisi rigorosa del materiale probatorio fornito dalle parti o raccolto *proprio motu*, in relazione alla situazione oggettiva del Paese di rinvio, nonché una prognosi⁴⁶⁵ delle conseguenze che verosimilmente il soggetto rimpatriato subirà, elaborata alla luce del contesto generale di quel Paese e della posizione personale dell'interessato⁴⁶⁶. Si precisa che l'onere probatorio grava sul ricorrente⁴⁶⁷ e che, nell'ipotesi in cui egli riesca a dimostrare l'esistenza di ragioni sostanziali da cui desumere il rischio concreto di subire, in caso di esecuzione dell'espulsione, trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, spetta al Governo provare il contrario.

In particolare, il contesto nazionale dello Stato di destinazione deve essere ricostruito con l'ausilio delle informazioni raccolte da organismi internazionali indipendenti per la protezione dei diritti umani, ma anche registrate da fonti

In questo quadro, pertanto, risulta dirimente l'esatta perimetrazione interpretativa che la giurisprudenza propone, in sede di applicazione del generale divieto previsto dall'art. 3 CEDU, in armonia con il disposto dell'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ove si stabilisce che nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (si rammenti, in particolare, come in *Cruz Varas a. o. v. United Kingdom*, 20 febbraio 1991, si afferma la responsabilità dello Stato di invio per violazione dell'art. 3 CEDU nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere che la persona, se allontanata, incontri il rischio reale di subire, nel Paese di destinazione, tortura ovvero pena o trattamento inumano o degradante). Per una più ampia disamina dell'art. 3 CEDU e del suo impatto sul sistema di protezione umanitaria, si rinvia al CAP. IV, par. 4.1.

⁴⁶³ Così anche in *Indelicato v. Italy*, 18 ottobre 2001 ed in *Ramirez Sanchez v. France*, 4 luglio 2006.

⁴⁶⁴ Si segnala l'opinione concorrente del Giudice Zupančič sull'accezione dei criteri di giudizio relativi all'onere della prova ed al "rischio di non persuasione".

⁴⁶⁵ Sul punto, il Giudice Zupančič (*concurring opinion*, cit.) osserva che il tipo di valutazione che spetta alla Corte è particolarmente complesso, in quanto si allontana dal carattere retrospettivo tipico del paradigma giudiziale: non si tratta, infatti, di ricostruire un evento passato, bensì di stabilire il grado di probabilità di un evento futuro. Pertanto, non sarebbe appropriato parlare di "burden of proof" in senso stretto, dal momento che l'approccio da cognitivo muta in "speculativo" e si fonda su "information" piuttosto che su "evidences". Il riferimento è a quanto già statuito nel caso *Chahal*, che assurge a vera e propria "standard rule" (c.d. "Chahal test"), altresì adottata dalla Commissione ONU contro la tortura in sede di applicazione dell'art. 33 CAT.

⁴⁶⁶ Il par. 130 della motivazione concerne i criteri di determinazione del "risk of ill-treatment", quale presupposto di applicazione dell'art. 3 CEDU, appunto, ai fini dell'inespellibilità del soggetto: "the Court must examine the *foreseeable consequences* of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the *general situation* there and his *personal circumstances*" (cors. n.). Così anche in *Vilvarajah a. others*, cit., par. 108.

⁴⁶⁷ Così per giurisprudenza costante: tra le altre, si veda la decisione resa in *N. v. Finland*, 26 luglio 2005, par. 167.

governative⁴⁶⁸: la mera possibilità di un subire un trattamento deteriore nel quadro di una situazione fluida, ossia non stabilizzata ("unsettled"), non integra in quanto tale una violazione dell'art. 3⁴⁶⁹, ed inoltre, se le fonti disponibili descrivono solo il quadro generale, si rendono necessarie ulteriori prove, che siano idonee a corroborare l'esistenza del rischio nel caso individuale in esame⁴⁷⁰.

Due snodi fondamentali del ragionamento giuridico della Corte investono l'appartenenza ad un particolare gruppo, come elemento da considerare in sede di prognosi, ed il momento storico cui riferire l'attualità del rischio.

Sotto il primo profilo, infatti, essa ritiene che l'appartenenza ad un particolare gruppo sistematicamente esposto a pratiche di "ill-treatment" può configurare una violazione dell'art. 3, se il ricorrente dimostra - sulla scorta delle fonti prodotte - che proprio tale aspetto della sua identità lo espone al rischio⁴⁷¹.

Per quanto concerne il secondo aspetto, vengono offerti chiarimenti di grande rilievo: l'esistenza del pericolo, infatti, deve essere valutata primariamente in relazione a fatti noti (o che avrebbero dovuto essere tali) allo Stato parte al momento dell'espulsione; tuttavia, se la Corte stessa si trova a decidere sul ricorso nelle more dell'allontanamento dal territorio statale del soggetto ovvero della sua estradizione, il parametro temporale di riferimento è quello del procedimento giudiziale. Quest'ultima ipotesi ricorre quando il rimpatrio sia stato sospeso, all'esito dell'applicazione della misura cautelare prevista dall'art. 39 dello Statuto della Corte dei diritti dell'uomo: si tratta di una fattispecie estremamente rilevante e di applicazione frequente, in forza della quale, quindi, accanto all'importanza assunta dalla generale evoluzione storica di quel dato contesto nazionale, in funzione di necessario retroterra per la situazione attuale, emerge il peso decisivo delle "present circumstances" così come si presentano al momento del giudizio.

Quando la Corte passa ad esaminare l'applicazione dei principi di diritto esposti in motivazione, esordisce con una premessa già proposta in precedenti pronunce: si riconosce la portata drammatica delle difficoltà che gli Stati incontrano nella protezione delle comunità nazionali dalla violenza terroristica, e, dunque, non si intende ridimensionare a gravità della minaccia che il terrorismo rappresenta per la

⁴⁶⁸ Per la prima categoria, la Corte cita in via esemplificativa Amnesty International, e per la seconda il Dipartimento di Stato americano, in conformità a quanto già affermato nelle sentenze *Chahal*, par. 99-100; *Muslim v. Turkey*, 26 aprile 2005, par. 67; *Said v. the Netherlands*, 5 luglio 2005, par. 54; *Al-Moayad v. Germany*, 20 febbraio 2007, par. 65-66.

⁴⁶⁹ Par. 131. Così anche *Vilvarajah a. o.*, cit., par. 111, e *Fatgan Katani a. o. v. Germany*, 31 maggio 2001.

⁴⁷⁰ *Muslim*, cit., par. 68; *Mamatkulov a. Askarov v. Turkey*, 4 febbraio 2005, par. 73.

⁴⁷¹ Par. 132. Cfr. *Salah Sheekh*, cit., par. 138-149.

sicurezza pubblica. Tuttavia, questo non può in alcun modo pregiudicare la natura assoluta del divieto contenuto nell'art. 3 CEDU⁴⁷².

Pertanto, la Corte rigetta l'argomento proposto dalla difesa governativa (nonché dal Governo britannico interveniente in qualità di terzo nel processo⁴⁷³) in base al quale bisogna distinguere tra pratica inflitta direttamente da uno Stato parte della Convenzione e trattamento che potrebbe essere applicato dalle autorità di un altro Paese, non potendo, a suo avviso, sottoporre a bilanciamento - neppure in quest'ultimo caso - l'interesse alla protezione del soggetto con quello dell'intera comunità nazionale alla propria sicurezza⁴⁷⁴, ed altresì non potendo ritenere più elevata la soglia dell'onere probatorio gravante sul ricorrente, nel rispetto della stessa natura assoluta dell'art. 3⁴⁷⁵.

⁴⁷² Par. 137. La consapevolezza in merito alla difficile lotta al terrorismo che gli Stati costantemente si trovano a dover affrontare è stata espressa dalla Corte anche in altre pronunce (*Chahal*, cit., e *Labita*, cit., par. 119), nelle quali analogamente si ribadisce che anche nelle circostanze più drammatiche di lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la CEDU proibisce in modo assoluto la tortura e il trattamento o la pena disumano o degradante, a prescindere dalla condotta della vittima, ossia anche quando questa sia pericolosa ed indesiderabile (P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, op. cit., p. 255 ss.).

⁴⁷³ Par. 120-122. Il Governo del Regno Unito sviluppa il seguente ragionamento: pur riconoscendo la natura assoluta del divieto ex art. 3 CEDU, occorre osservare che nei casi concernenti espulsioni di stranieri (sia nell'ambito della generale fattispecie dell'allontanamento dal territorio statale sia come estradizione) il trattamento peggiore verrebbe perpetrato da uno Stato terzo, gravando sullo Stato firmatario la sola "obbligazione positiva" diretta della "protezione contro la tortura" sottoponibile a bilanciamento rispetto all'interesse nazionale. In quest'ottica, la regola di giudizio applicata nel *Chahal case* andrebbe in parte modificata di fronte al pericolo del terrorismo internazionale, nel senso di aggravare lo standard probatorio richiesto al soggetto ogni qualvolta la controparte statale dimostri la sussistenza di una minaccia per la sicurezza nazionale ("the individual concerned must prove that it was *more likely than not* that he would be subjected to treatment prohibited by Article 3").

⁴⁷⁴ Cfr. par. 139, ove si afferma l'irriducibile eterogeneità tra le nozioni di "rischio" per il soggetto espellendo di subire nel Paese di rinvio un trattamento contrario all'art. 3 CEDU e "pericolo" derivante per la sicurezza nazionale dall'ulteriore permanenza del soggetto entro il territorio dello Stato contraente: tale insuperabile dilemma non consente di applicare il "balancing test", potendo i due interessi confliggenti essere valutati soltanto autonomamente. Afferma, infatti, il Giudice che "the argument based on the balancing of the risk of harm if the person is sent back against the dangerousness he or she represents to the community if not sent back is *misconceived*" (cors. n., *ibidem*).

⁴⁷⁵ Par. 140. La Corte, inoltre, ritiene che sebbene si tratti di compiere un giudizio prognostico sulla probabilità di un evento futuro non vi siano argomenti giuridici fondati per ritenere che la prova richiesta al ricorrente debba essere più onerosa: piuttosto, sarà lo stesso Giudice a dover applicare uno scrutinio particolarmente rigoroso, in armonia con la propria giurisprudenza pregressa, sempre molto "cauta" (par. 142). Nel caso di specie, in particolare, la Corte ha preso in esame i rapporti di Amnesty International e di Human Rights Watch sulla situazione in Tunisia, i cui dati hanno trovato altresì riscontro nella relazione del Dipartimento di Stato USA: sono menzionati casi numerosi e ricorrenti di tortura e di trattamenti inumani a danno di soggetti accusati per alcuno dei reati previsti dal "Prevention of Terrorism Act" del 2003, perpetrati con il sostanziale avallo delle autorità locali, le quali non danno seguito alle relative denunce, ed anzi utilizzano le confessioni estorte con la violenza

Al di là della condanna comminata all'Italia nel caso concreto, è interessante notare come la Corte EDU abbia ribadito lo schema interpretativo dell'art. 3 della Convenzione quale divieto indiretto di *refoulement*, già consolidato nella sua precedente giurisprudenza, definendo più rigorosamente e nel dettaglio i concetti di "torture" ed "ill-treatment", in particolare rispetto agli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra nonché all'art. 3 della Convenzione contro la tortura.

In particolare, si tratta di una norma che rientra nel nucleo incompressibile dei diritti garantiti dal sistema CEDU, e che non dipende dai motivi di persecuzione indicati dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, bensì dalle mere caratteristiche oggettive che le pene o i trattamenti temuti assumono (o potrebbero plausibilmente assumere)⁴⁷⁶.

La rilevanza di tale applicazione dell'art. 3 CEDU nel nostro ordinamento - quale strumento di protezione umanitaria "complementare" rispetto alla disciplina sullo *status* di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra - emerge anche alla luce dell'art. 15, co. 2 lett. c) del D.P.R. 16 settembre 2004, n. 303, recante regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, laddove si prevede che in caso di rigetto della domanda da parte della Commissione territoriale competente, per mancanza dei requisiti soggettivi di applicabilità della tutela convenzionale, debbano comunque essere valutate - nella prospettiva del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'art. 5, co. 6 del D. Lgs. n. 286/98 - le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi internazionali di

a sostegno della pubblica accusa (par. 143). Si rileva, inoltre, l'autorevolezza delle fonti, la loro attendibilità e la coerenza dei risultati raggiunti dalle rispettive indagini: tali concordanti elementi di serietà e solidità del materiale probatorio prodotto dal ricorrente non è stato sufficientemente contraddetto dalle prove offerte da controparte. Infine, si precisa che se anche le garanzie di rispetto dei diritti umani, chieste dal Governo italiano a quello tunisino in via diplomatica, fossero state da quest'ultimo fornite, la Corte EDU avrebbe comunque esperito un vaglio di proporzionalità sul grado di protezione promessa e sulla relativa affidabilità delle assicurazioni (par. 148).

⁴⁷⁶ P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, op. cit., p. 260 ss., il quale rileva come la giurisprudenza della Corte Suprema canadese sia giunta a risultati interpretativi analoghi nel motivare il divieto di espulsione del terrorista straniero verso un Paese in cui rischia di essere sottoposto a tortura: il fondamento costituzionale individuato è l'art. 7 della Carta dei diritti umani incorporata nella Costituzione del Canada, in forza del quale le limitazioni dei diritti fondamentali devono rispettare comunque i "principi di giustizia fondamentale", tra cui è ricompreso il divieto di tortura sia il principio di proporzionalità. Si veda la sentenza del 2002, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, par. 59, cit. in A. SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, sito AIC, 9.1.06, in cui la Corte Suprema canadese - in un caso di espulsione di un richiedente asilo verso uno Stato ove è ammessa la tortura - richiama numerosi trattati internazionali in tema di tutela dei rifugiati ed inoltre una decisione del Tribunale Penale Internazionale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia nonché la sentenza della Camera dei Lords in *R. v. Metropolitan Stipendiary Magistrate (ex parte Pinochet Ugarte)* del 1999.

natura pattizia derivanti dalle Convenzioni di cui l'Italia è firmataria, "e, in particolare, dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo". Ebbene, il rinvio alla CEDU va inteso proprio secondo l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, nella misura in cui ha chiarito (ed arricchito) il significato e la portata da attribuire alle sue norme⁴⁷⁷.

5.4 Recessività dell'asilo costituzionale o potenzialità di riemersione? Una proposta di attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost.

La concezione restrittiva espressa dalla Cassazione in materia di diritto d'asilo costituzionale⁴⁷⁸ concorre a realizzare un vero e proprio ridimensionamento delle potenzialità inclusive della fattispecie.

A livello di giurisprudenza di merito, si sono consolidati due orientamenti completamente divergenti: nello stesso anno della celebre decisione della Cassazione civile n. 4674/1997, si colloca un'isolata pronuncia del Tribunale di Roma⁴⁷⁹; poco prima della già analizzata sentenza della Suprema Corte del 2004⁴⁸⁰, invece, è intervenuto il Tribunale di Catania⁴⁸¹, esprimendo opposto orientamento, a conferma – ancora una volta – della costante oscillazione registrata in materia di natura e contenuto del diritto di cui all'art. 10, co. 3 Cost.⁴⁸²

⁴⁷⁷ C. FIORAVANTI, *Diniogo di riconoscimento dello status di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, pp. 233-238; MALINVERNI G., *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 165 ss.

⁴⁷⁸ Ad essa si affiancano - giova ricordarlo - due precedenti pronunce del Consiglio di Stato, ove si sostiene il necessario svolgimento della previsione costituzionale nel dettato legislativo, negando "che lo straniero possa vantare, nel nostro ordinamento, situazioni soggettive che gli derivino direttamente dalla Costituzione", e si statuisce che l'ingresso del richiedente asilo nel territorio dello Stato è "esplicitamente subordinato a precise condizioni, la cui ricorrenza va di volta in volta accertata attraverso indagini che implicano indubbiamente valutazioni di natura discrezionale" ai sensi della Legge n. 39/90 (Cons. St. sez. IV, sent. 29 ottobre 2002, n. 5919, "Foro amm.", 2002, p. 2390); nonché si ribadisce la natura programmatica dell'art. 10, co. 3 Cost., che impone "al legislatore di dettare le condizioni e i limiti del riconoscimento del diritto di asilo, che, comunque, devono essere contemperati con altri interessi di indiscusso rilievo costituzionale come quelli dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale" (Cons. St. 24 giugno 2002, n. 2366, "Riv. di dir. intern. priv. e proc.", 2003, p. 955).

⁴⁷⁹ Trib. Roma, 13 febbraio 1997, "Foro it.", 1997, I, p. 1257.

⁴⁸⁰ Cass., sez. I, sent. 18 giugno 2004, n. 11441.

⁴⁸¹ Trib. Catania, 15 dicembre 2004, n. 4010, "Diritto&Diritti".

⁴⁸² *Supra* CAP. I.

Ebbene nel 1997, il Tribunale di Roma – dopo aver affermato che “lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche (...), ove chieda di essere riconosciuto titolare del diritto di asilo (...) fa valere una situazione giuridica piena di diritto soggettivo, devoluto alla giurisdizione dell'a.g.o.” - sostiene contraddittoriamente che “una tale domanda, peraltro, deve essere dichiarata inammissibile, in assenza di una legge applicativa del ricordato precetto costituzionale, atteso che lo stesso non ha carattere immediatamente precettivo”⁴⁸³.

Nel 2004, viceversa, il Tribunale di Catania sosteneva come la norma costituzionale non introduca “la possibilità per il legislatore ordinario di prevedere un diritto di asilo in favore di determinati soggetti né domanda al medesimo legislatore il potere di individuare i presupposti e fondamenti di quel diritto, ma, al contrario, afferma la positiva concreta esistenza di quel diritto e ne individua il presupposto”.

In quest'ottica, dunque, l'adozione di una legge ordinaria specificamente volta a regolare le modalità di esercizio del diritto di asilo costituzionale non è imposta dall'art. 10, co. 3 “come di esistenza del diritto di asilo, né essa è tale per una necessità pratica, perchè il diritto di asilo ha un suo contenuto concreto pur in assenza della legge ordinaria che lo disciplini ulteriormente”⁴⁸⁴.

Abbiamo già visto come la dottrina più recente sia in consonanza con quest'ultima tesi, arrivando a stabilire che la funzione della legge di attuazione non è quella di introdurre nuovi limiti all'asilo, non previsti dalla Costituzione, bensì quella di regolare nel dettaglio – sì da non consentire arbitri in sede di applicazione⁴⁸⁵ - “le facilitazioni per l'ingresso, che non può essere mai negato e le condizioni ulteriori della condotta di chi già si trovi nel territorio italiano”, le quali “tenendo conto della *ratio* della disposizione (...) non potranno essere complessivamente più gravose, anzi dovrebbero essere tendenzialmente più favorevoli rispetto a quelle riservate in generale agli stranieri”⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Tale orientamento giurisprudenziale si allinea con quella parte della dottrina che ritiene di spettanza della legge ordinaria di rinvio la determinazione delle condizioni per la sussistenza stessa del diritto d'asilo (tra gli altri, F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, “Rassegna di diritto pubblico”, 1964). *Supra* CAP. I.

⁴⁸⁴ Trib. Catania, cit., *ivi*.

⁴⁸⁵ Secondo A. CASSESE, *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, “Riv. dir. internaz.”, 1959, la riserva assoluta di legge contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost. si fonda sulla natura di diritto fondamentale dell'asilo costituzionale e sulla conseguente necessità di sottrarlo alla discrezionalità del potere esecutivo. Si è già osservato come questa interpretazione si radichi, altresì, in una lettura sistematica della Carta fondamentale, alla luce della quale sussiste un intrinseco legame tra il comma 3 ed il comma 2 dello stesso art. 10 (riserva rinforzata di legge in materia di condizione giuridica dello straniero).

⁴⁸⁶ P. ZIOTTI, *op. cit.*, p. 116.

Sebbene, secondo alcuni, sia opportuno disciplinare l'asilo nel medesimo contesto della legislazione in materia di condizione giuridica dello straniero in generale⁴⁸⁷, la normativa vigente è stata sommariamente inserita all'interno dei vecchi strumenti legislativi predisposti per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione⁴⁸⁸.

Infatti, benchè la Legge Turco-Napolitano fosse improntata, sin dalle intenzioni originarie dei suoi estensori, a dotare di organicità l'intera disciplina sulla condizione giuridica dello straniero (sino a quel momento frammentaria ed emergenziale), la sua impostazione sistematica risultò fortemente compromessa dalla mancata regolamentazione del diritto d'asilo, ossia dello statuto personale degli asilanti e della relativa procedura di esame delle domande⁴⁸⁹.

Il progetto era quello di stralciare la disciplina dell'asilo dal testo della Legge n. 40/98, per farla confluire in un distinto disegno di legge di iniziativa governativa recante "Norme di protezione umanitaria e di diritto d'asilo" presentato al Senato il 13 maggio 1997 (A.S. n. 2425)⁴⁹⁰.

Tuttavia, dal momento che il testo del ddl non raccolse ampio consenso (a causa dell'effettuata restrizione del diritto ex art. 10, co. 3 Cost., ritenuta eccessiva, nonché della sottostima degli oneri finanziari e della lamentata mancanza di sufficiente adeguamento alle norme internazionali e comunitarie), sia il Senato sia la Camera apportarono numerose ed incisive modifiche, il cui esame non fu portato a termine prima dello scioglimento delle Camere del marzo 2001.

L'esigenza di affrontare contestualmente sia la disciplina del diritto d'asilo che quella sull'immigrazione in generale si fonda sulla constatazione della natura prevalentemente "mista" dei movimenti migratori, nei quali non è sempre facile distinguere tra flussi di origine umanitaria od economica: ad es. circa un terzo degli stranieri giunti in Italia dal 1990 al 2004 configura veri e propri esodi di massa di popolazioni in fuga da persecuzioni, guerre civili, conflitti armati e disordini

⁴⁸⁷ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., pp. 1161-1162 ritiene opinabile la scelta di politica legislativa di regolare con fonti separate le materie dell'asilo e dell'immigrazione economica in ragione della diversità dei rispettivi soggetti coinvolti, dal momento che la differenziazione del trattamento dell'asilante rispetto a quello degli altri stranieri, sancita dalle norme internazionali e dall'art. 10, co. 3 Cost. attiene soprattutto alle fasi dell'ammissione al territorio nazionale e dell'esame iniziale della domanda d'asilo" nonché del "trattamento più favorevole" e della "protezione dalla persecuzione e dal rischio dell'allontanamento dal territorio nazionale".

⁴⁸⁸ Si tratta, come già osservato, della Legge Martelli, a modifica della quale - in materia di riconoscimento dello status di rifugiato è intervenuta nel 2002 la Legge n. 189.

⁴⁸⁹ P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., p. 16 ss.

⁴⁹⁰ Per un'analisi compiuta del ddl, si rinvia a B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 67 ss.

generalizzati⁴⁹¹. Del resto, l'Unione europea⁴⁹² considera i due fenomeni in modo congiunto anche alla luce del fatto che, proprio dopo il 1990, le cause post-belliche e quelle economiche delle migrazioni internazionali tendono a sovrapporsi⁴⁹³.

Il citato stralcio della normativa sul diritto d'asilo dalla Legge n. 40/98⁴⁹⁴ derivò da una situazione politica nazionale di straordinaria contingenza e non fu affatto una scelta ponderata di politica legislativa⁴⁹⁵: la nuova emergenza in Albania, infatti, aveva incrementato l'allarme sociale per l'eventualità di nuovi esodi di massa⁴⁹⁶. Pertanto, il progetto governativo elaborato proprio in quel periodo non poteva che caratterizzarsi nel senso di un'interpretazione restrittiva dell'art. 10, co. 3 Cost.

⁴⁹¹ P. BONETTI, *I profili generali*, cit., pp. 18-19. A partire dall'ottobre 1997, in particolare, migliaia di curdi sono sbarcati clandestinamente in Italia, cercando rifugio dalle persecuzioni che Iraq e Turchia infliggevano loro (B. NASCIMBENE, *Curdi e albanesi in Italia. Norme nazionali e obblighi internazionali*, "Il Corriere giuridico", n. 2/98, p. 129 ss.).

⁴⁹² Il riferimento principale è al Trattato della Comunità europea come modificato dal Trattato di Amsterdam: il nuovo Titolo IV è dedicato a "Visti, Asilo, Immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone". *Supra* CAP. IV.

⁴⁹³ In senso particolarmente estensivo, si pronunciò, in una decisione risalente, la Corte d'App. di Milano (sent. 27 novembre 1964, "Foro it.", 1965, II, p. 122), ritenendo contrastante con il dettato costituzionale la prassi di negare l'asilo "all'espatriato per motivi economici", poiché esso dovrebbe essere riconosciuto ogniqualvolta emerga, a prescindere dalle prove allegate, la "circostanza di fatto che l'effettivo esercizio delle libertà democratiche (...) sia impedito".

⁴⁹⁴ Una minima parte di disciplina relativa, se non proprio al diritto di asilo, quantomeno alla protezione umanitaria fu inserita nella Legge n. 40/98, all'art. 18 (attuale art. 20 TU) in materia di "misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali", da adottarsi con D.P.C.M. d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, della solidarietà sociale e con gli altri ministri competenti, "per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea". Tale disposizione, tuttavia, si rivelò insufficiente a fronte degli sbarchi dei cittadini albanesi, per i quali il Governo Prodi dovette ricorrere ad interventi di protezione temporanea con il Decreto-legge 20 marzo 1997, n. 60, convertito nella Legge 19 maggio 1997, n. 128, ossia concedendo un nulla-osta temporaneo all'ingresso e soggiorno della durata di sessanta giorni, prorogabili per altri trenta (A. ADINOLFI, *Nuovi istituti (e vecchi problemi) nella disciplina del soggiorno e dell'allontanamento dei cittadini albanesi*, "Riv. dir. internaz.", 1997, p. 424 ss; M. LAUDI, *Definiti gli interventi per fronteggiare l'emergenza in Albania*, "Dir. pen. e processo", 1997, p. 541 ss.).

⁴⁹⁵ Secondo P. BONETTI, *ibidem*, la strategia parlamentare di distinguere in due diversi atti i due profili del diritto dell'immigrazione si è rivelata fallimentare tanto quanto l'analoga vicenda risalente alla IX legislatura in cui fu approvato soltanto uno dei due ddl governativi, ossia quello che divenne la legge 30 dicembre 1986, n. 943 (Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine).

⁴⁹⁶ P. BONETTI, *ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

A. ADINOLFI, *Nuovi istituti (e vecchi problemi) nella disciplina del soggiorno e dell'allontanamento dei cittadini albanesi*, "Rivista di diritto internazionale", 1997, p. 424 ss.

D. ALLAND, *Le dispositif du droit d'asile*, in «Colloque de Caen, Droit d'asile et des réfugiés, SFDI», Paris, 1997, pp. 13-83.

D. ALLAND - C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002.

A. AZARA, *Asilo (diritto internazionale)*, voce in *Novissimo Digesto italiano*, I, tomo II.

A. BADINTER - B. GENEVOIS, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, "Revue universel droit de l'homme", n. 6-8/90, p. 238 ss.

P. BALBO, *Rifugiati e asilo. Il diritto reale soffocato: excursus tra direttive europee e leggi nazionali*, Matelica (ed. Halley), 2007.

A. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1949.

M. BARBAGLI – A. COLOMBO – G. SCIORTINO, *I sommersi e i sanati: le regolarizzazioni degli immigrati in Italia*, Bologna, 2004.

A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

A. BARBERA, voce *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.

A. BARBERA – COCOZZA – CORSO, *Le situazioni soggettive*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, V ed., 1997, v.I, pp. 223-333.

P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

P. BARILE, *Il soggetto nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007.

H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764 (ed. Milano, 1964).

A. BEGHÉ LORETI, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea*, Padova, 1990.

F. BELVISI, *Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria*, "Sociologia del diritto" n. 1/1995, pp. 53 -76.

M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007.

E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. I, pp. 421-430.

G. BISCOTTINI, *L'ammissione ed il soggiorno dello straniero*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, v.I, pp. 148-206.

J. BODIN, *Les Six livres de la République*, Paris, 1576 (ed. Paris, 1986).

P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, 1993.

P. BONETTI, *Profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, op. cit., pp. 3-79.

P. BONETTI - L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 1135-1243.

P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 82-199.

P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, "Diritto immigrazione cittadinanza", n. 2/02.

P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

D. BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Paris, 2001.

R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, 1997.

G. BRUNELLI, *Art. 18. Diritto di asilo*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 154-160.

G. BURDEAU, *Libertés publiques*, Paris, 1972.

M. CALAMO SPECCHIA, *A proposito di "libertés publiques": un'ipotesi di riforma*, "I Diritti dell'uomo", n. 1/96, p. 5 ss.

M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra "droit d'asile" e "droits de résidents"*, "Politica del diritto", 1998, pp. 45-74.

M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel "svincola" il legislatore: l'abbandono dell'effet cliquet non esclude una tuta rafforzata del droit d'asile*, "Diritto pubblico comparato ed europeo", n. 1/04, pp. 228-236.

E. CANNIZZARO, *L'assunzione di lavoratori stranieri: aspetti costituzionali*, in G. GAJA (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia*, Bologna, 1984.

E. CANNIZZARO, *Un bilanciamento tra la gravità del reato e le violazioni subite dall'imputato*, "Guida al diritto", n. 42/99.

G. CARCASSONNE, *La Constitution*, VII ed., Paris, 2005.

M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

A. CASADONTE - P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza*, "Diritto immigrazione cittadinanza", n. 3/02, p. 50 ss.

A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2007

A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 485-591.

A. CASSESE, *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, "Rivista di diritto internazionale", 1959, pp. 653-661.

E. CAVASINO, *La protezione dello straniero extracomunitario fra garanzie costituzionali, acquis communautaire e sistema di protezione regionale dei diritti dell'uomo*, Tesi di dottorato, Università di Palermo, discussa il 10.2.06.

- B. CHORIANOPOULOS, *Asylrecht und Gesetzesvorbehalt in Deutschland und Italien*, Frankfurt am Main, 1998.
- P. CIPROTTI, *Asilo (diritto di) - b*), voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 198 ss.
- G. CONETTI, *Rifugiati*, voce in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1986, App., vol. I, pp.819-824.
- D. CONSOLI, *Nota a Cass. I sez. civ., sent. 18 giugno 2004 n. 11441*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza” n. 4/04, p. 119 ss.
- D. CONSOLI, *nota a Cass. I sez. civ., sent. 25 novembre 2005 n. 25028*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza” n. 2/06, p. 105 ss.
- E.D. COSIMO, *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, n. 1/04, pp. 46-62.
- C. CURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, preface de Jean-Pierre Théron, Paris, L'Harmattan, 2005.
- F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995.
- G. CRIFÓ, *Asilo (diritto di) – Premessa storica*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, vol. III, pp. 191-197.
- V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, “Il foro amministrativo”, n. 1/57, pp. 10-16.
- M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997.
- M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, "Diritto pubblico", 2000, p. 817 ss.

M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale sulle modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione e le garanzie costituzionali: riserva di giurisdizione, diritto alla difesa, contraddittorio*, in R.BIN - G. BRUNELLI - A.PUGIOTTO - P.VERONESI, *Stranieri tra i diritti*, Torino, 2001, p. 53 ss.

R. D'ALESSIO, *Art. 10, co. 2°-4°*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 63-69.

A. D'ATENA - P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello : tra Europa e stati nazionali*, Milano, 2004.

W. DÄUBLER, *I diritti dell'uomo e il mondo del lavoro*, "Rivista giuridica del lavoro", n. 1/1989.

I. DE ANGELIS, *In attesa di una legge organica in materia di diritto d'asilo*, in "Rivista amministrativa della Repubblica italiana", n. 9/1997, pp. 928-932.

M. DELLE DONNE, *Un cimitero chiamato Mediterraneo. Per una storia del diritto d'asilo nell'Unione europea*, Roma, 2004.

M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, 1989.

G. DE VERGOTTINI, *Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione*, in T. BONAZZI - M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, pp. 237-254.

P.L. DI BARI, *La procedura di convalida del decreto di trattenimento: crisi di effettività della tutela giurisdizionale e rilevanza delle questioni di costituzionalità*, in *Stranieri tra i diritti*, Torino, 2001.

I. DODET-CAUPHY, *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel*, "Revue française de droit administratif", 1999, p. 469-484.

G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992.

G. D'ORAZIO, voce *Asilo (diritto di) - II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, vol. III, pp. 1-5.

G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e "società democratica" (sulle "ragioni" dello Stato)*, Padova, 1994.

G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, "Diritto e società", 1973, pp. 928-970.

D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, "Il Diritto dell'Unione Europea", n. 4/04, p. 811-845.

C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) – Diritto Costituzionale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, vol. III, pp. 222-226.

V. FABRE-ALIBERT, *Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France*, "Revue du droit public", 1994, pp. 1165-1195.

E. FELLER - V. TÜRK - F. NICHOLSON, *Refugee protection in International Law - UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge, 2003.

S. FERRAJOLO, *Commento agli artt. 31 e 32*, in U. DE AUGUSTINIS - S. FERRAJOLO – F. A. GENOVESE – E. ROSI – M. R. SANGIORGIO, *La nuova legge sull'immigrazione. Commento alla legge n. 189 del 30 luglio 2002 e al d.l. n. 195 del 9 settembre 2002*, Milano, 2003, pp. 137-165.

C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali*, "Quad. cost.", n. 3/04.

O. FORLENZA, *L'immediata esecutività del provvedimento sembra aggirare le garanzie costituzionali*, "Guida al diritto", n. 15/02, p. 68 ss.

D. GADDI - P. MASSAROTTO, *Asilanti e rifugiati politici*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona*, Torino, 2005, vol. I., pp. 493-516.

A. GEDDES, *Immigration and European integration: towards fortress Europe?*, New York-Manchester, 2000.

- B. GENEVOIS, *Continuité et convergence des jurisprudences administrative et constitutionnelle*, "Revue française de droit administratif", 1990.
- B. GENEVOIS, *Un Statut constitutionnel pour les étrangers*, "Revue française de droit administratif", 1993, pp. 871-887.
- B. GENEVOIS, *L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles*, "Revue française de droit administratif", 1992.
- M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 91 ss.
- M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), c) diritto internazionale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, vol. III, pp. 204-222.
- G. S. GOODWIN-GILL, *Chi è un rifugiato?*, "Politica internazionale", n. 5/1991.
- G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, II ed., Oxford 1983 (II ed. 1996).
- G. S. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the status of refugees: non penalization, detention, and protection*, in E. FELLER - V. TÜRK - F. NICHOLSON, *Refugee protection in International Law - UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge, 2003, p. 221 ss.
- A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, 1966.
- A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, London, 1980.
- K. GROENENDIJK, *Why a New Journal on Migration and Law*, "European Journal of Migration and Law", 1999, p.1 ss.
- E. GROSSO, *L'ultima "querelle" sulla giustizia costituzionale in Francia: il Conseil constitutionnel e la nuova legge sull'immigrazione*, Torino, 1995.
- H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1625 (rist. anast. Aalen, 1993).

- K. HAILBRONNER, *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart, 2006.
- K. HAILBRONNER, *Ausländerrecht: Europäische Entwicklung und deutsches Recht*, "Aus Politik und Zeitgeschichte", Beiheft 21-22, 1999.
- K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, 2000.
- J. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, 1991.
- F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le droit d'asile en question*, "Problèmes politiques et sociaux", n. 880/2002.
- F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, Paris, 2000.
- F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit d'asile*, in *Dictionnaire permanent, Droit des étrangers*, Paris, 2001, pp. 690-692
- I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785 (ed. a cura di V. Mathieu, Milano, 2003).
- V.O. KIMMINICH, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, Köln, 1962.
- V.O. KIMMINICH, *Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrecht*, "Juristische Zeitung", 1965, pp. 739-745.
- J. KISSANGOULA, *La Constitution française et les étrangers. Recherches sur les titulaires des droits et libertés de la Constitution sociale*, Paris, 2001.
- H. LABAYLE, *Droit d'asile*, in O. DUHAMEL - Y. MENY (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, p. 321 ss.
- H. LABAYLE, *Le droit d'asile en France*, "Revue des Affaires Européennes", n. 5/2001-2002, p. 570 ss.

H. LABAYLE, *Le droit d'asile en France: normalisation ou neutralisation?*, "Revue française de droit administratif", 1997, p. 242-280.

H. LABAYLE, *Le statut constitutionnel des étrangers. Rapport français*, in P. BON (a cura di), *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Paris, 1994.

H. LABAYLE, *Le droit d'asile et l'EU / Asylum and the EU*, "Revue des affaires européennes", 5/2001-2002.

M. LAUDI, *Definiti gli interventi per fronteggiare l' "emergenza Albania"*, "Diritto penale e processo", 1997, pp. 544-545.

C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

P. LEACH, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, II ed., Oxford, 2005.

F. LENZERINI, *La compatibilità dei disegni di legge della XIV Legislatura in materia di diritto di asilo con i principi di diritto internazionale relativi alla salvaguardia dei diritti fondamentali*, "Rassegna parlamentare" n. 1/04, pp. 338-363.

F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1980.

F. LUCHAIRE, *Le droit d'asile et la révision de la Constitution*, "Revue du droit public", 1994, pp. 5-40.

M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali: l'esperienza italiana*, "Rivista critica di diritto privato", 1992, pp. 203-236.

P. LUCIFREDI - P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, IX ed., Milano, 2004.

E. M. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, "Rivista dei diritti dell'uomo", 2001, pp. 532-558.

G. MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano, 1999.

A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, "Rivista diritto internazionale", 1993

F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, "Rassegna di diritto pubblico", 1964, pp. 81-137.

J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

L. MELICA, *La Corte di cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Nota alle recenti sentenze della I sezione della Corte di cassazione*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza" n. 4/06, p. 57 ss.

L. MELICA, *Riconosciuto il soggiorno permanente anche in assenza dello status di rifugiato*, "Guida al diritto", n. 42/99.

M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1951.

R. MIELE, *La nuova legislazione sugli stranieri*, Viterbo, 1999.

F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union Européenne*, Paris, 1997.

F. MODERNE, *Droit des étrangers*, in M. DELMAS-MARTY - C.L. DE LEYSSAC (a cura di), *Libertés et droits fondamentaux*, II ed., Paris, 2002, p. 391 ss.

G. MONACO, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero: riserva di giurisdizione e potere di convalida*, "Diritto pubblico", n. 2/02, p. 645 ss.

J. MORANGE, *La protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel*, "Giurisprudenza Costituzionale", n. 3/1991, p. 2560 ss.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1949 (IX ed. 1976).

B. NASCIMBENE, *Curdi e albanesi in Italia. Norme nazionali e obblighi internazionali*, "Il Corriere giuridico", n. 2/98, p. 129 ss.

B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988.

B. NASCIMBENE, *La condizione dello straniero*, in ID. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997.

L. NERI, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 1189-1243.

V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994.

F. PEDRAZZI, *Commento all'art. 1 decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, pp. 95-170.

G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 555-585.

P. PINTO, *Art. 55*, in F. LUCHAIRE - G. CONAC, *Commentaire à la Constitution*, Paris, 1987.

S. PIZZORNO, *Il diritto d'asilo nella giurisprudenza italiana recente*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, pp. 239-249.

S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, London, 1672.

E. REICHEL, *Das staatliche Asylrecht "im Rahmen des Völkerrechts"*, Berlin, 1987.

- F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, "Politica del diritto" n. 1/2004, pp. 151-174.
- F.-B. ROHMER, *Reconduite à la frontière: développements récentes*, "Revue de droit public", 1994, p. 429 ss.
- P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Valladolid, 2001.
- S. SASSEN, *Migranten, Siedler, Flüchtlinge*, Frankfurt am Main, 1996 (trad. it di M. Gregorio, *Migranti, coloni, rifugiati: dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Milano, 1999).
- A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà: il diritto di asilo nell'ordinamento italiano*, in B. M. BILLOTTA - F. A. CAPPELLETTI, *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, pp. 101-126.
- G. SCHIAVONE, *Profughi della ex-Jugoslavia: diritti e legislazione*, Trieste, 1996.
- G. SIRIANNI, *Il diritto alla difesa degli stranieri: il difficile equilibrio tra tutela sostanziale ed esigenze di controllo dell'immigrazione*, "Giurisprudenza costituzionale", 2000, pp. 2890-2900.
- G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, "Diritto pubblico", 2000, p. 889 ss.
- G. SIRIANNI, *Verso la giurisdizionalizzazione della espulsione amministrativa?*, in R.BIN - G. BRUNELLI - A.PUGIOTTO - P.VERONESI, *Stranieri tra i diritti*, Torino, 2001.
- A. SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 9 gennaio 2006.
- D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss.

C. TEITGEN-COLLY, *Le droit d'asile: la fin des illusions*, "Actualité juridique - Droit administratif", 1994, pp. 97-114.

C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile - La réforme du droit d'asile*, "Actualité juridique, Droit administratif", 1998, pp. 1005-1008.

F. TIBERGHIEU, *La protection des réfugiés en France*, Paris, 1984 (II ed. 1988).

L. TRUCCO, *Asilo: quale tutela giurisdizionale?*, in P. CUTTITTA - F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni frontiere diritti*, Napoli, 2006, pp. 269-276.

D. TURPIN, *Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel*, "Droits", n. 2/85, p. 85 ss.

M. UDINA, *Asilo (diritto di)*, -I) *Diritto internazionale*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, vol. III, pp. 1-6.

G. VEDEL, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1992, p. 647 ss.

A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, Napoli, 1991.

G. VITALE, *La nuova procedura di riconoscimento dello status di rifugiato*, "Diritto, immigrazione e cittadinanza", n. 4/05, pp. 47-65.

J. WIDGREN, *Se i flussi aumentano*, in "Politica internazionale", n. 5/1991.

C. WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1764 (Clarendon Press, 1934)

G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, "Giurisprudenza costituzionale", 1968, p. 330-362.

R. ZETTER, *Preface*, “Journal of Refugee Studies” vol. 20, n. 2/07, pp. 1-2.

P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988.

E. ZOLLER, *Le droit d'asile. Bilan des recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie*, in Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye, *Droit d'asile*, La Haye, 1989.