

Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*

di Elton Xhanari**
(31 agosto 2014)

Sommario: I. L'art. 10, comma 3, Cost.: un diritto soggettivo perfetto? – II. L'evoluzione giurisprudenziale in relazione al diritto d'asilo costituzionale. – III. L'attuale sistema di protezione internazionale e il diritto umanitario interno. – IV. Riflessioni conclusive: diritto "attuato" o diritto "disconosciuto"?

I. L'art. 10, comma 3, Cost.: un diritto soggettivo perfetto?

La finalità del presente lavoro è duplice. Anzitutto si tenterà di evidenziare l'insieme dei presupposti e delle condizioni per azionare il diritto d'asilo costituzionale e quella fitta rete di tutele dello "straniero che fugge" prevista dall'ordinamento positivo. Si analizzerà, successivamente, il percorso seguito dalla giurisprudenza di legittimità che, nella colpevole e perdurante inerzia del legislatore, ha provato a dare applicazione all'art. 10, comma 3, della Costituzione. In conclusione si proverà a rispondere alla domanda se, ad oggi, il diritto costituzionale di asilo abbia ancora margini di espansione o se, come ritiene la Cassazione, esso sia già stato «pienamente attuato».

La chiarezza della disposizione costituzionale, nonché il vivace dibattito sviluppatosi in sede di Assemblea costituente, consentono all'interprete una ricostruzione relativamente agevole della norma di cui all'art. 10, c. 3, della Costituzione¹. Dottrina pressoché unanime ritiene che «ove si accerti che allo straniero sono negate libertà politiche e civili fondamentali nel suo Paese, il diritto all'asilo resta acclarato»². Prescindendo, dunque, da qualsivoglia *vis persecutoria* di organi pubblici od organizzazioni private, gli stranieri (o gli apolidi) sono titolari del diritto d'asilo costituzionale in ogni caso in cui trovino «repugnante alla loro coscienza civile e morale vivere in uno Stato autoritario»³. Per fruire del diritto d'asilo sono pertanto necessari e sufficienti due sole condizioni: da un lato, che nel Paese di provenienza ci sia una situazione effettiva d'illiberalità; dall'altro lato, che tale situazione obiettiva sia il fattore

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Art. 10, comma 3, Costituzione: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

² C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in Enciclopedia del Diritto, vol. III, Milano, 1958. In senso conforme, si veda P. BONETTI, *Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2012; M. ASPRONE, *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*, Roma, 2012.

³ A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione: principi fondamentali art.1-12*, Bologna, 1975, p. 536.

determinante per spingere lo “straniero che fugge” a cercare protezione presso lo Stato italiano.

La tesi sottostante a tale visione, ossia «della rispondenza a natura umana delle libertà garantite dalla Costituzione italiana»⁴, per cui qualunque essere umano deve poterne godere, è senza dubbio affascinante⁵. Pertanto, se nel Paese straniero di cui si è cittadini o in cui si risiede abitualmente (nel caso dell’apolide) ciò non accadesse, allora l’Italia deve poter essere un porto sicuro. Almeno nelle intenzioni del costituente.

Alla luce di queste considerazioni si può affermare che l’asilo costituzionale individui con chiarezza sia i destinatari della norma (gli stranieri e, in via d’interpretazione analogica, gli apolidi) che i presupposti oggettivi per la sua applicazione (l’effettivo impedimento dell’esercizio dei diritti liberal-democratici previsti dalla Costituzione italiana nei rispettivi Paesi di provenienza). Per fruire del diritto d’asilo non è invece richiesta la presenza (o anche solo il timore) di un’attività persecutoria e pertanto non vi è la necessità che lo straniero esterni, entro i confini dello Stato di provenienza, il disagio morale di vivere in un regime illiberale. In altri termini la nostra Carta fondamentale, al fine di riconoscere il diritto d’asilo, non pretende “atti d’eroismo” ma richiede solo la fuga, ossia il fatto che lo straniero abbia trovato il modo di recarsi presso le frontiere italiane⁶.

In proposito si deve evidenziare che, in attuazione del diritto costituzionalmente garantito, il legislatore ordinario non potrebbe in alcun modo alterare la causa di giustificazione dell’istituto che, come appena osservato, prescinde dall’esistenza di qualsiasi intento persecutorio. E non potrebbe nemmeno limitare l’ambito soggettivo degli aventi diritto d’asilo, ad esempio escludendo categorie di stranieri provenienti da Paesi considerati per presunzione legislativa assoluta come “sicuri”. Il riconoscimento del diritto d’asilo deve dipendere infatti da una valutazione individuale e soggettiva.

Il legislatore dovrebbe quindi limitarsi a disciplinare le procedure per il riconoscimento e per la revoca del diritto in argomento, nonché le condizioni «di permanenza dello straniero nel territorio della Repubblica»⁷. Condizioni che, in ogni caso, non potrebbero essere deteriori rispetto a quelle riconosciute allo straniero in generale,

⁴ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, cit.

⁵ Ricostruendo la “volontà storica” dei costituenti l’unica categoria che essi paiono voler escludere dal novero dei titolari del diritto d’asilo è quella dei “carnefici”. Si tratta di coloro che si sono adoperati a rovesciare *manu militari* una forma di Stato democratica al fine di instaurarvi un regime illiberale. Ad essi non può venir riconosciuto il diritto d’asilo costituzionale né nel caso in cui tale tentativo fallisca ed essi rischino di essere legalmente perseguiti nel proprio Paese, né nel caso in cui il tentativo abbia successo ma poi i responsabili decidano di abbandonare tale Paese. Si veda A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit.

⁶ Tesi tutt’altro che pacifica in seno all’Assemblea costituente. La posizione comunista, infatti, al fine di riconoscere il diritto d’asilo prevedeva che lo straniero fosse perseguitato per aver difeso i diritti della libertà e del lavoro.

⁷ M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento costituzionale italiano. Un’introduzione*, cit., p. 139.

considerando il *favor* costituzionale previsto nei confronti di tale particolare categoria.

L'ampiezza della garanzia costituzionale unitamente all'inerzia protratta del legislatore portano ad affrontare una prima questione di fondo: la riserva assoluta di legge posta dalla disposizione costituzionale in argomento non rischia di degradare la norma in esame a poco più che un "buon auspicio" ovvero a una norma meramente programmatica? Del resto la sua fedele applicazione potrebbe comportare difficoltà oggettive, visto che l'abbondanza di Stati autoritari ed illiberali presenti sul pianeta potrebbe costringere l'Italia ad accogliere milioni di stranieri potenzialmente accalcati presso le frontiere.

Per scongiurare questa eventualità sarebbe sufficiente accogliere il principio costituzionale in una dimensione non assolutistica, senza con ciò abbandonare la tesi che alla legge ordinaria sia preclusa la possibilità di porre limiti quantitativi al diritto d'asilo costituzionale. Se infatti si deve certamente rifiutare l'idea di un asilo "contingentato", allo stesso tempo nulla vieta che l'istituto di cui all'art. 10, comma 3, Cost., possa incontrare un limite fisiologico nell'esigenza di bilanciamento con altri beni costituzionali di pari livello. Un limite di questo tipo è ad esempio riscontrabile all'art. 16, comma 1, Cost.⁸, in base al quale sarebbe possibile limitare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri richiedenti il diritto d'asilo per «motivi di sanità o di sicurezza» stabiliti dalla legge in via generale⁹.

II. L'evoluzione giurisprudenziale in relazione al diritto d'asilo costituzionale.

Se è vero che un diritto soggettivo esiste solo nella misura in cui può venire tutelato dagli organi giurisdizionali, allora il c.d. "diritto d'asilo costituzionale" rappresenta un caso esemplare di tutela rimasta esclusivamente "sulla carta" per oltre mezzo secolo. A contribuire a questa grave lacuna nella tutela effettiva del diritto d'asilo è stato innanzi tutto il legislatore, che di fatto non ha mai inteso dar seguito alla riserva di legge assoluta prevista al terzo comma dell'art. 10¹⁰. Il suo sforzo maggiore è stato semmai quello di confondere due piani ben distinti, ossia quello dell'asilo e quello del rifugio, legiferando solo su quest'ultimo¹¹ ma utilizzando (decisamente e colpevolmente a sproposito) il

⁸ Art. 16, comma I, Cost: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata per ragioni politiche».

⁹ M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 148.

¹⁰ In questo senso Cassese ritiene che la riserva di legge precluda agli organi di potestà regolamentare di intervenire nella disciplina e allo stesso tempo inviti il legislatore ordinario ad «integrare legislativamente il dettato costituzionale» (A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit., p. 534).

¹¹ Si possono ad esempio citare: a) La c.d. "Legge Martelli" (n. 39/1990), il cui art. 1, comma 11, disponeva che «I richiedenti asilo che hanno fatto ricorso alle disposizioni previste per la sanatoria dei lavoratori immigrati non perdono il diritto al riconoscimento dello status di rifugiato»; b) La c.d. legge "Bossi-Fini" (n. 189/2002), che prevedeva che per

termine «asilo». Il contesto geopolitico della seconda metà del secolo scorso (la divisione in blocchi, l'assenza della distinzione cittadini comunitari/cittadini extracomunitari, il minore impatto delle migrazioni di massa dai Paesi dell'emisfero meridionale, ecc.) e una certa "sottovalutazione" dei problemi anche da parte della dottrina, hanno finito per provocare una sorta di colpevole silenzio sul tema dell'asilo politico così come concepito dal Costituente.

E allora non ci si deve stupire se tutto il peso di una norma così progressista e garantista e così piena d'implicazioni (ideali e concrete)¹² sia caduto interamente sulle spalle di una giurisprudenza di legittimità dimostratasi nell'ultimo quindicennio giocoforza ondivaga, mutevole e immemore rispetto al dettato costituzionale.

Punto di partenza nella ricostruzione di tale percorso giurisprudenziale rimane una non troppo datata pronuncia della Cassazione¹³ che, conferendo al giudice ordinario la giurisdizione in tema d'asilo costituzionale, afferma alcuni importanti principi. *In primis*, la Suprema Corte sostiene che lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite nella Costituzione italiana gode ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. di un «vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo». Dalla disposizione costituzionale, infatti, è possibile ricavare una norma dal carattere immediatamente precettivo dato che «seppure [essa] in parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto d'asilo». Con una motivazione che appare chiara e del tutto condivisibile, la Corte sostiene che la causa di giustificazione del diritto d'asilo debba essere rintracciata nell'«impedimento all'esercizio delle libertà democratiche» ponendo l'accento, in particolare, sul carattere "effettivo" di tale illiberalità. In secondo luogo, alla domanda se la disciplina prevista in materia di rifugio¹⁴, volta a recepire nel nostro ordinamento la Convenzione di Ginevra, fosse applicabile anche agli asilanti costituzionali, la Cassazione ritiene debba risponderci negativamente. Dal punto di vista soggettivo, infatti, rifugiati e asilanti non coincidono, poiché la categoria dei primi «è

vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato, fosse necessario presentare «domanda d'asilo».

¹² Appare sintomatica dell'ideologia di fondo in seno alla Costituente l'enfasi con cui l'on. Tonello sosteneva che «nella Costituzione deve essere messo limpido il concetto che sacra deve essere l'ospitalità». L'on. Nobile, d'altro canto, affermava che fosse fuori discussione concedere il diritto d'asilo «ai rifugiati politici isolati». Sarebbe sorto più di un problema, però, nel caso in cui battessero «alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri Paesi e noi saremmo costretti a dar loro asilo senza alcuna limitazione, quando restrizioni potrebbero venir consigliate anche da ragioni di carattere economico» (Camera dei Deputati, Segretariato Generale, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea costituente*, Roma, 1976, p. 800).

¹³ Cassazione Civile, Sezioni Unite, 26 maggio 1997, n. 4674.

¹⁴ All'epoca ci si riferiva alla c.d. "Legge Martelli" (n. 39/1990) che disciplinava l'*iter* di richiesta e riconoscimento dello *status* di rifugiato plasmato sulla disciplina della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata dall'Italia con l. n. 722 del 1954.

meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo». «Il fattore determinante per l'individuazione del rifugiato», prosegue la Corte, «è, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato», mentre la norma costituzionale prevede semplicemente l'effettivo impedimento «dell'esercizio delle libertà democratiche». In altri termini, riportando il ragionamento sul piano teorico della distinzione fra *genus* e *species*, se tutti i rifugiati possono essere titolari del diritto d'asilo, non tutti gli asilanti costituzionali possono essere nelle condizioni giuridiche e di fatto per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Se si pone l'attenzione alle cause di giustificazione dei due diversi istituti si può affermare che «l'effettivo impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche» racchiude in sé anche «la persecuzione in concreto o almeno il fondato timore di essere perseguitato». Mentre può non valere l'inverso.

Tuttavia, la Suprema Corte è laconica su un punto focale, cioè su quale sia la concreta portata dei diritti degli asilanti in assenza di una legge di applicazione dell'art. 10, comma 3. Qui la Corte si limita ad affermare che «null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato».

Nel giro di poco più di un quinquennio, la Corte di Cassazione imbecca un'altra strada e inaugura un nuovo orientamento, relegando l'asilo costituzionale in uno spazio angusto e marginale tramite un *iter* argomentativo non sempre lineare¹⁵. Prende corpo l'idea secondo cui il contenuto del diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost., in assenza di una legge ordinaria d'applicazione, «deve intendersi come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo *status* di rifugiato». In estrema sintesi, nelle more del procedimento amministrativo (ed eventualmente giurisdizionale) per il riconoscimento dello *status* di rifugiato in conformità alla Convenzione ginevrina, lo straniero non è, come parrebbe logico, un *richiedente* rifugio, bensì un asilante¹⁶. Il salto logico è notevole e di non facile comprensione. Il permesso di soggiorno temporaneo¹⁷ in attesa di verificare le condizioni per ottenere lo *status* di rifugiato, in realtà, deriverebbe dal diritto d'asilo costituzionale. Partendo da tali premesse, la Cassazione è giunta a sostenere persino che, preso atto della lacuna legislativa, «il diritto d'asilo, che può essere esercitato alle condizioni stabilite dalla legge, in realtà non

¹⁵ Cassazione Civile, Sezione I, 4 maggio 2004, n. 8423; Cassazione Civile Sezione I, 1 settembre 2006, n. 18941; Cassazione Civile, Sezione I, 8 novembre 2007, n. 23352.

¹⁶ Fra le tante critiche mosse a tale orientamento giurisprudenziale, si veda in particolare, l'aspro commento di L. MELICA, *La Corte di cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Note alle recenti sentenze dalla 1^a sezione della Corte di cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2006, p. 57 e ss.

¹⁷ Al tempo il riferimento normativo era ancora l'art. 1, c. 5 della legge n. 39/1989.

c'è»¹⁸. E ancora, «l'esistenza di un autonomo diritto di asilo» si ritiene essere, *apertis verbis*, «inconsistente»¹⁹. Nell'inerzia del legislatore, il nuovo corso giurisprudenziale riduce a ben poca cosa il diritto d'asilo costituzionale. Riecheggia, dunque, l'antica, insana polemica della prima metà degli anni '50 sui limiti e la portata delle disposizioni costituzionali, sulla precettività dei diritti fondamentali anche in assenza dell'intervento del legislatore ordinario.

Il diritto d'asilo, seppur proclamato in maniera solenne ed enfatica nei principi fondamentali della Carta repubblicana, diviene un istituto dalla minima consistenza, appiattito sullo *status* di rifugiato nonostante quest'ultimo poggi su ben altre motivazioni giuridicamente apprezzabili.

Dopo due fondamentali interventi del legislatore in tema di protezione internazionale, in applicazione di altrettante direttive europee²⁰, la Cassazione abbandona la sua giurisprudenza restrittiva per approdare ad una interpretazione vagamente "internazionalistica" in materia di asilo costituzionale. In sintesi, la Suprema Corte supera esplicitamente «la giurisprudenza di cui a Cass. 18940/2006, per la quale il diritto di cui all'art. 10, c. 3, Cost. degraderebbe a mera posizione processuale o strumentale» ma continua a ritenere che non sussiste margine d'applicazione diretta dell'asilo costituzionale²¹. E ciò non perché la garanzia costituzionale sia di fatto inconsistente in assenza di legge d'applicazione, bensì perché essa sarebbe stata interamente attuata in virtù degli interventi legislativi nell'ambito del c.d. «sistema pluralistico di protezione internazionale»²². In altre parole, alla luce del quadro di tutele assicurate all'interno di questo sistema, non sarebbe più necessaria una specifica legge di attuazione dell'asilo costituzionale. Esso, infatti, secondo tale tesi, «è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari» ex art. 5. comma 6, del testo unico sull'immigrazione.

La Cassazione ha aggiunto diversi tasselli a tale ragionamento in pronunce successive anche recenti²³, sostenendo, con maggior chiarezza, che il sistema di

¹⁸ Cassazione Civile Sezione I, 1 settembre 2006, n. 18941. La Suprema Corte ritiene «sicuramente fondato», tale ragionamento formulato dal giudice di merito (nel caso di specie la Corte d'Appello di Firenze).

¹⁹ Cassazione Civile, Sezione I, 8 novembre 2007, n. 23352.

²⁰ Si tratta della direttiva UE 2004/83, recepita mediante il d. lgs. n. 251/2007 (c.d. "direttiva qualifiche") che detta le norme sul riconoscimento dello *status* di rifugiato e di soggetto protetto in via sussidiaria, nonché della direttiva UE 2005/2007, recepita mediante il d. lgs. 25/2008 (c.d. "direttiva procedure") che prevede norme minime sulle procedure per il riconoscimento e la revoca degli *status* di cui sopra.

²¹ Cassazione Civile, Ordinanza del 26 giugno 2012, n. 10686.

²² Cassazione Civile, Sezione VI, Sentenza del 10 gennaio 2013, n. 563.

²³ Cassazione Civile, Sezione VI, Sentenza del 29 novembre 2013, n. 26887; Cassazione Civile, Sezione VI, Sentenza

protezione internazionale (precisamente la protezione sussidiaria), nonché la protezione residuale interna (tutela umanitaria), rispondono all'esigenza di «includere nel sistema [...] situazioni di pericolo di danno grave per l'incolumità personale o altre rilevanti violazioni dei diritti umani delle persone, non riconducibili al modello persecutorio del rifugio, perché generate da situazioni endemiche di conflitto e violenza interna, dall'inerzia o connivenza di poteri statuali o da condizioni soggettive di vulnerabilità non emendabili nel paese di provenienza». Ciò ha portato il medesimo giudice a ritenere, forse con troppa enfasi, che le due figure di protezione internazionale (rifugio e protezione sussidiaria) e la misura umanitaria interna, residuale ed atipica, «hanno finalmente determinato l'attuazione del diritto d'asilo costituzionale».

Per provare a comprendere questo orientamento giurisprudenziale appare opportuno porsi la seguente (non retorica) domanda: nell'attuale quadro normativo, colui al quale venga impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana gode di una qualche tutela, anche se non denominata propriamente asilo, nel territorio della Repubblica?

Dopo aver analizzato la *ratio* del diritto d'asilo costituzionale, si deve ora focalizzare l'attenzione sulle misure di tutela dello "straniero che fugge" presenti nel nostro ordinamento e solo dopo tale ulteriore indagine si potranno da ultimo sovrapporre i due piani al fine di evidenziare eventuali coincidenze e/o discrepanze.

III. L'attuale sistema di protezione internazionale e il diritto umanitario interno.

Grazie alla spinta comunitaria, l'insoddisfacente quadro legislativo nazionale sulla tutela e protezione dei "migranti non economici"²⁴ ha subito un notevole miglioramento sia in relazione agli aspetti sostanziali (condizioni di riconoscimento e di revoca dei diversi *status*) sia per ciò che riguarda gli aspetti procedurali (*iter* amministrativo ed eventuale tutela giurisdizionale).

La disciplina in materia è regolata dalla direttiva 29 aprile 2004, n. 2004/83/CE,²⁵

del 13 gennaio 2014, n. 506.

²⁴ Sono tutti quegli stranieri che abbandonano il proprio Paese d'origine per motivi diversi ed in genere più gravi rispetto alla ricerca di occupazione oppure di condizioni di vita migliori.

²⁵ Lo scopo principale della direttiva, ai sensi del considerando 6, è quello «di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale» e «di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri». Il fine secondario è che «il ravvicinamento delle norme relative al riconoscimento e agli elementi essenziali dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria, dovrebbe contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti esclusivamente alla diversità delle normative» (considerando 7).

rifusa, da ultimo, nella direttiva 13 dicembre 2011 n. 2011/95/UE²⁶, o nuova direttiva qualifiche, attuata recentemente col d. lgs. 21 febbraio 2014 n. 18, entrato in vigore il 22 marzo 2014. Per la parte che interessa più nello specifico il presente lavoro, la nuova direttiva qualifiche si (ri)propone l'obiettivo di introdurre «definizioni comuni per quanto riguarda il bisogno di protezione internazionale intervenuto fuori dal Paese d'origine (*sur place*), le fonti del danno e della protezione, la protezione interna e la persecuzione, ivi compresi i motivi di persecuzione»²⁷. Senza perdere di vista l'attuazione per mezzo del d. lgs. n. 18/2014²⁸ s'inquadrerà succintamente l'odierno diritto positivo individuando quali categorie dei cc.dd. "stranieri che fuggono", potrebbero giovare in Italia di quella protezione definita "internazionale" (rifugiati e beneficiari di protezione sussidiaria) ma in realtà disciplinata a livello di Unione Europea. Infine si analizzerà la protezione umanitaria tutta interna al nostro ordinamento, prevista come garanzia residuale di chiusura, ossia come "valvola di sfogo", dell'intero sistema.

a. Status di rifugiato.

Ai sensi dell'art. 2, lett. e) del decreto qualifiche (d.lgs. 251/2007 come modificato dal d.lgs. 18/2014), viene definito rifugiato lo straniero (o l'apolide) il quale non intende far ritorno nel Paese d'origine (o, per l'apolide, in quello di precedente dimora abituale) a causa del fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per opinione politica. Da un lato, quindi, deve sussistere un rischio oggettivo di persecuzione individuale e dall'altro lato una personale, fondata paura del richiedente di subire una lesione della sua integrità psico-fisica per i motivi di cui sopra. Come si può agevolmente evincere, la figura giuridica del rifugiato riproduce fedelmente le condizioni previste dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, essendo quindi decisiva una *vis persecutoria* concreta o almeno fondatamente temuta.

b. Straniero (o apolide) ammissibile alla protezione sussidiaria.

Il decreto qualifiche, sempre all'art. 2, prosegue con la lett. g) definendo la seconda

²⁶ Nel considerando 1 della direttiva 2011/95/CE si chiarisce come fosse «necessario apportare una serie di modifiche sostanziali alla direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004 [...]. È quindi opportuno provvedere, per ragioni di chiarezza, alla rifusione di tale direttiva».

²⁷ Considerando 25, direttiva 2011/95/CE.

²⁸ Atto legislativo che è andato a modificare in specifici punti il precedente d.lgs. 251/2007 producendo come risultato più tangibile il superamento del trattamento concreto dei rifugiati e dei protetti in via sussidiaria. Ad ambo le categorie, infatti, ora si rilascia un permesso di soggiorno di cinque anni (precedentemente i protetti in via sussidiaria potevano godere di un permesso di soggiorno di soli tre anni) ed usufruiscono delle medesime agevolazioni per il ricongiungimento familiare, per il riconoscimento delle qualifiche professionali, dei diplomi, dei certificati e di altri titoli conseguiti all'estero. In altre parole si eleva lo *standard* di trattamento dei protetti in via sussidiaria, parificandolo ai rifugiati ai sensi della Convenzione ginevrina.

categoria della protezione internazionale. Si tratta della protezione sussidiaria riservata ai cittadini stranieri nei cui confronti non è rinvenibile una *vis persecutoria* individuale, motivo per il quale essi non possiedono i requisiti per essere riconosciuti come rifugiati. Se gli stranieri ammissibili alla protezione sussidiaria ritornassero nel Paese d'origine (o di precedente dimora abituale per gli apolidi), correrebbero un rischio effettivo di subire «un grave danno». E, proprio a causa di tale rischio, essi non vogliono avvalersi della protezione di detto Paese.

Il «grave danno» richiesto dalla disposizione nazionale, conformemente alla disciplina di livello sovranazionale²⁹, viene tipizzato come segue: a) la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese d'origine³⁰; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

L'apparente contraddizione *sub c)*, per cui, da un lato si evidenzia il carattere generale della violenza (tipica peraltro in ogni conflitto armato) e dall'altro si richiede una minaccia grave ed individuale alla vita, viene risolta dalla Corte di Giustizia col seguente percorso logico. Colui che intende accedere alla protezione sussidiaria è, «in via eccezionale», esonerato dall'onere di provare «la minaccia grave ed individuale» se la violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso nel Paese d'origine «raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile» che ne faccia ritorno, «correrebbe per la sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire la detta minaccia»³¹. Ne consegue che l'onere per l'individuo di dimostrare di essere minacciato in modo grave e individuale per situazioni che afferiscono alla propria persona sarà tanto minore quanto maggiore sarà il grado di violenza indiscriminata nel Paese d'origine³².

c. Protezione umanitaria.

²⁹ Art. 14 d. lgs 251/2017 che attua l'art. 15 direttiva 2004/83/CE, ora art. 15 direttiva 2011/95/UE.

³⁰ La disposizione riproduce quasi pedissequamente l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987. Secondo la Corte di Strasburgo (sentenza dell'8 luglio 2004, Ilaşcu c. Moldavia e Russia, ricorso n. 48787/99 (*Grande Chambre*)) «il termine tortura designa ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenza acuti, sia fisici che mentali, allo scopo di ottenere da essa o un'altra persona informazioni o una confessione, di punirla per un atto che essa o un'altra persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, per intimidirla o sottoporla a coercizione o intimidire o sottoporre a coercizione un'altra persona o per qualunque ragione che sia basata su una discriminazione di qualsiasi tipo, a condizione che il dolore o la sofferenza siano inflitti da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che svolga una funzione ufficiale».

³¹ Sentenza della Corte di giustizia nella causa C-465/07, 17 febbraio 2009.

³² E. G. CORTESE, G. RATTI, M. VEGLIO, S. VITRÒ, *Lo straniero e il giudice civile*, Torino, 2014, p. 399.

Ai sensi dell'art. 5, comma 6, del testo unico sull'immigrazione³³ allo straniero che non possiede i requisiti per vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato e che non può neppure beneficiare della protezione sussidiaria, viene concesso un ultimo, residuale strumento di tutela di natura umanitaria e di derivazione puramente nazionale. Egli, infatti, ove «ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», può ottenere un permesso di soggiorno per motivi umanitari, di durata semestrale, rinnovabile e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Nell'ordinamento vigente concorrono due canali per ottenere tale titolo di soggiorno. È possibile, infatti, rivolgersi alle Commissioni territoriali richiedendolo come misura residuale alla protezione internazionale (e in tal caso il Questore, che materialmente sottoscrive il provvedimento, non può esercitare alcun potere discrezionale) oppure direttamente allo stesso Questore che potrà concedere il permesso di soggiorno nell'esercizio del proprio potere discrezionale. Contro il diniego di tale protezione umanitaria è possibile adire il giudice ordinario. Ebbene, la Suprema Corte ha affermato come la protezione umanitaria condivide «l'identità della natura giuridica» con le altre misure di protezione internazionale (rifugio e protezione sussidiaria) «in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali»³⁴. Appurato che la giurisdizione in materia è quella ordinaria (proprio perché la protezione umanitaria è un diritto soggettivo e non un interesse legittimo), la Cassazione ha precisato che «per il riconoscimento della protezione umanitaria» si prevede la sussistenza di un pericolo di persecuzione ai danni del richiedente, ove «tale persecuzione non giustifichi addirittura il riconoscimento dei più favorevoli status di rifugiato o di protezione sussidiaria»³⁵ oppure si richiede «l'esposizione ad un elevato rischio personale ovvero ad una situazione soggettiva di vulnerabilità [...]»³⁶.

Ed è la medesima Cassazione ad ammettere che l'art. 5, comma 6, del testo unico sull'immigrazione «non definisce i seri motivi di carattere umanitario [...]» ma essi devono essere identificati facendo riferimento alle convenzioni universali o regionali nonché in

³³ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. "legge Turco-Napolitano" e successive modifiche).

³⁴ Cassazione, Sezioni Unite, 9 settembre 2009, n. 19393. La Corte afferma inoltre che «la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari, pertanto gode quanto meno della garanzia Costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, [...], esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della P.A., potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali».

³⁵ Cassazione, 20.07.2012, n. 12764.

³⁶ Cassazione, 9.01.2013, n. 359.

forza dell'art. 2, Cost. nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo.³⁷

d. Protezione temporanea.

Per completare il quadro appare utile richiamare sia pur brevemente anche la c.d. "protezione temporanea", ovvero una tutela eccezionale, transitoria ed immediata a favore non dei singoli stranieri che ne facciano richiesta, bensì di interi gruppi. Si tratta pertanto, più che di un diritto soggettivo, di un interesse legittimo³⁸.

Ai sensi dell'art. 20 del testo unico, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con proprio decreto e nei limiti delle risorse disponibili, stabilisce le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga alle altre disposizioni in materia d'immigrazione, «per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità» in Paesi che non appartengono all'Unione Europea. Il decreto³⁹ concede una protezione straordinaria ed urgente ad un intero gruppo di migranti, in caso di massiccio afflusso presso il territorio della Repubblica ed in attesa che si metta in moto ciò che si usa, forse impropriamente, definire "sistema asilo". Il permesso di soggiorno concesso ai sensi di tale atto, infatti, non preclude la possibilità di presentare in seguito una richiesta di protezione internazionale ovvero umanitaria ai sensi dell'art. 5 comma 6, del medesimo testo unico.

IV. Riflessioni conclusive: diritto "attuato" o diritto "disconosciuto"?

Dovendo ora riprendere le fila del ragionamento, si tenterà di rispondere alla domanda centrale della presente indagine, ossia se davvero il diritto d'asilo costituzionale sia correttamente e adeguatamente attuato dalle misure a tutela dello "straniero che fugge" di cui abbiamo brevemente trattato nel paragrafo che precede.

Come si è già osservato, la *ratio* dell'art. 10, comma 3, della Costituzione immaginava l'ammissione all'interno dei confini repubblicani, in qualità di asilanti, di tutti gli stranieri che con una definizione non più attuale chiameremmo extracomunitari (e degli apolidi) i quali trovino «repugnante alla loro coscienza civile e morale vivere in uno Stato autoritario». Se «l'effettivo impedimento» dell'esercizio dei diritti liberal-democratici previsti dalla Costituzione italiana nei rispettivi Paesi di provenienza rappresenta il solo presupposto all'applicazione del diritto d'asilo costituzionale, allora la risposta al quesito iniziale appare del tutto agevole: le attuali forme di protezione dei migranti non economici

³⁷ Cassazione, Sezioni Unite, 9.09.2009, n. 19393.

³⁸ E. G. CORTESE, G. RATTI, M. VEGLIO, S. VITRÒ, *Lo straniero e il giudice civile*, cit., p. 609.

³⁹ Da ultimo si ricordi quello del 5 aprile 2011 recante «Misure umanitarie di protezione temporanea per i cittadini provenienti dal Nord-Africa affluiti nel territorio italiano dall'1 gennaio 2011 alla mezzanotte del 5 aprile 2011».

non soddisfano le esigenze di tutela degli asilanti sottese all'art. 10, terzo comma, della Costituzione. Questa conclusione potrebbe apparire quantomeno semplicistica se non si considerasse con il dovuto riguardo la perdurante assenza di una legge di attuazione del diritto costituzionale d'asilo, circostanza che obiettivamente rende la situazione molto complessa anche per gli interpreti, trattandosi di una lacuna difficilmente colmabile dai soli giudici.

Resta il fatto che la protezione internazionale di matrice eurounitaria nonché quella derivante dalla Convenzione di Ginevra non riescono da sole a coprire le esigenze sottese al diritto costituzionale di asilo. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato, infatti, richiede una *vis persecutoria*, mentre per beneficiare della protezione sussidiaria deve esistere, nel caso di rientro nel Paese d'origine, un rischio effettivo di subire un grave danno puntualmente tipizzato dalle disposizioni legislative in materia. Né si può realisticamente ritenere che la norma di chiusura del diritto interno di cui all'art. 5, comma 6, testo unico racchiuda in sé una soddisfacente risposta alle esigenze di tutela collegate al diritto di asilo affermato nella nostra Carta costituzionale. I «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» richiesti dalla disposizione possono, in via interpretativa, risultare troppo vaghi e poco stringenti rispetto ai margini di discrezionalità dell'interprete di turno, sia esso la Commissione territoriale, il Questore o persino il giudice⁴⁰.

Per una maggior chiarezza valga l'esempio di uno straniero che, giunto in Italia, lamenti in patria una significativa compressione del diritto d'espressione oppure della libertà di religione. Si ponga come ulteriore elemento che il protagonista di tale finzione intellettuale non abbia mai avuto l'ardire di contestare il regime liberticida ovvero di professare un culto vietato, ma ciò non di meno senta nel suo animo di non poter più continuare a vivere in una dittatura simile. Si pensi insomma a un cittadino che, esternamente, ha sempre rispettato le restrizioni liberal-democratiche del Paese d'origine e che, se venisse rimpatriato, continuerebbe a farlo senza quindi rischiare alcuna persecuzione.

Ebbene, questo soggetto, benché rientrante nell'alveo degli aventi diritto all'asilo costituzionalmente garantito, è ad oggi escluso sia dalla possibilità di ottenere lo *status* di rifugiato (non potendosi configurare il fondato timore di una persecuzione) sia dal beneficio

⁴⁰ Senza pretesa d'eshaustività, nella prassi applicativa il permesso di soggiorno per motivi umanitari è stato concesso in una variegata pluralità di casi: in presenza di condizioni mediche di significativa gravità; a favore di genitori di figli minori e comunque per la tutela delle categorie vulnerabili; in caso di situazioni individuali che, a causa di un soggiorno prolungato in Italia, mostrano una erosione progressiva dei legami col Paese di provenienza. Si veda E. G. CORTESE, G. RATTI, M. VEGLIO, S. VITRÒ, *Lo straniero e il giudice civile*, cit., p. 607.

della protezione sussidiaria (non essendovi né una situazione di conflitto né un rischio effettivo, in caso di rimpatrio, di subire una condanna a morte, torture o trattamenti inumani o degradanti).

In una simile ipotesi residuerebbe soltanto la protezione umanitaria interna *ex art. 5, comma 6*, testo unico sull'immigrazione. Astrattamente non si può escludere *a priori* che l'autonomia interpretativa di quanti sono chiamati a valutare i «seri motivi» *ex art. 5, comma 6*, possa condurli a fornire anche a costui un titolo di soggiorno per poter risiedere legalmente in Italia. In concreto, tuttavia, è più facile prevedere che in un caso simile la richiesta d'asilo non troverebbe accoglimento. In altri termini sembra più realistica, anche alla prova dei fatti, l'ipotesi che i «seri motivi» cui allude il citato art. 5, senza una più stringente specificazione e un esplicito aggancio all'asilo nella sua dimensione costituzionale, non soddisfino appieno le esigenze di tutela imposte dalla Carta.

La protezione umanitaria, in definitiva, si rivela un istituto troppo evanescente per poter sorreggere un diritto fondamentale. In gioco c'è il «dovere d'ospitalità» della Repubblica italiana nonché l'idea tanto ambiziosa quanto affascinante che i diritti liberal-democratici previsti dalla Costituzione corrispondano alla natura umana e quindi che essi, in linea di principio, debbano essere garantiti a tutti. Si può ritenere che con l'avvento di un quadro più efficace e lineare di protezione internazionale ed umanitaria, l'asilo costituzionale sia stato per così dire accantonato, nonostante abbia in realtà una portata più vasta, dovendosi applicare ad una categoria più ampia di «stranieri che fuggono» rispetto a quanto disposto dalla normativa vigente. Il viaggio verso la piena implementazione del diritto d'asilo, quasi settant'anni dopo il varo della Costituzione, purtroppo non può ancora considerarsi concluso. Viene anzi da chiedersi se siamo di fronte ad un diritto fondamentale caduto in desuetudine.

** Dottorando di Ricerca in Diritto Costituzionale Italiano ed Europeo - Università degli Studi di Verona.