

BRUNO NASCIMBENE\*

## Asilo e statuto di rifugiato

### SOMMARIO

- I.** **1.** Evoluzione storica e definizione di asilo. - **2.** Varietà delle forme di asilo: l'asilo territoriale. - **3.** I lavori dell'*Institut de droit international*. - **4.** Le norme di diritto internazionale e di diritto umanitario. - **5.** Norme consuetudinarie e pattizie. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. - **6.** Le convenzioni internazionali di diritto umanitario. - **7.** La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. - **8.** La Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato. - **9.** Il divieto di *refoulement* e la prassi dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.
- II.** **10.** Il diritto comunitario in materia di asilo. Dalle "norme minime" alla "politica comune". - **11.** Le direttive e i regolamenti rilevanti. - **12.** La protezione internazionale, in particolare *a)* la protezione sussidiaria; *b)* la procedura di riconoscimento (anche con riferimento al diritto interno); *c)* la nozione di Paese terzo sicuro. - **13.** Le critiche al sistema vigente e le proposte di modifica: verso un "sistema comune europeo". - **14.** La definizione di uno *status* e di una procedura uniforme. Le difficoltà di attuazione (anche alla luce del Trattato di Lisbona).
- III.** **15.** L'art. 10, 3° comma Costituzione. Il diritto di asilo e lo *status* di rifugiato. - **16.** La definizione di un diritto soggettivo; le ragioni di diritto umanitario a favore di una protezione più ampia. *a)* Il diritto di asilo come diritto fondamentale; *b)* l'orientamento della giurisprudenza. - **17.** L'incidenza del diritto comunitario e internazionale circa la definizione dello *status* di rifugiato e gli obblighi dello Stato. *a)* L'onere probatorio; *b)* il divieto di *refoulement*. - **18.** Gli standard di trattamento e lo statuto del rifugiato. *a)* La Convenzione di Ginevra; *b)* una valutazione complessiva: l'applicabilità degli standard del trattamento nazionale e del trattamento dello straniero.

---

\* Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano.  
**Bozza** della relazione, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti *Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Cagliari, 16-17 ottobre 2009).

## I.

1. Si può risalire molto lontani nel tempo per cercare una definizione dell'istituto giuridico dell'asilo, dei diversi modi di intendere l'asilo, le diverse tipologie, i limiti. L'evoluzione storica mostra come due nozioni si siano sempre prospettate e mantenute fino ad oggi, seppur con connotazioni diverse. Ad una concezione religioso-sociale del luogo che rendeva lo stesso inviolabile o immune, si contrapponeva il riconoscimento di privilegi concessi alla persona: si distingueva, così, nel diritto greco l'“asilo”, cioè il luogo (“sacro”) in cui veniva assicurata l'invulnerabilità o immunità a chiunque vi si fosse rifugiato, dall' “asilía”, cioè i privilegi personali concessi alle persone, stranieri o cittadini di comunità alleate), che avessero particolari meriti o pubblica considerazione. I privilegi più rilevanti erano la libertà personale e la possibilità di agire in giudizio per difendere i propri diritti<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sulla distinzione indicata e per rilievi in proposito cfr. U.E. PAOLI, *Asilia*, voce in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, p. 1035 s. e *Asilo. Diritto greco e romano*, *ibidem*; G. CRIFÒ, *Asilo (diritto di) (diritti antichi)*, voce in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 191 ss. Per profili di carattere generale e sull'evoluzione delle nozioni di asilo, territoriale e extraterritoriale, nonché di rifugio, si vedano M. GIULIANO, *Asilo (diritto di) (diritto internazionale)*, voce in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 204 ss.; A. MIGLIAZZA, *Asilo (diritto internazionale)*, voce in *Noviss. Dig. It.*, I<sup>a</sup>, Torino, 1958, p. 1039 ss.; G. CONETTI, *Rifugiati*, voce in *Noviss. Dig. It., Appendice*, VI, Torino, 1986, p. 819 ss.; E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in *Digesto Disc. Pub.*, I, Torino, 4<sup>a</sup>, 1987, p. 421 ss.; i vari contributi in F. RIGAUX (ed.), *Droit d'asile*, Bruxelles, 1988; in *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1997; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 694 ss.; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 1 ss.; i vari contributi in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2005. In epoca più recente si vedano i contributi di M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; A. GIOIA, *Asilo*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 449 ss.; i vari contributi in B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006; G.S.

Gli studiosi dell'evoluzione storica dell'istituto sottolineano come nel diritto greco prima, e in quello romano poi, asilo e asilía hanno subito limiti, sia nell'individuazione dei luoghi, sia nella definizione delle persone ovvero degli aventi diritto, escludendo le persone colpevoli di gravi reati o introducendo una connotazione politica: il diritto veniva riconosciuto soltanto a chi era stato costretto a fuggire per motivi politici<sup>2</sup>.

La sacralità dei luoghi e la condizione della persona sono elementi ben presenti anche nel c.d. asilo religioso (o ecclesiastico) affermatosi nel Medio Evo e rispettato fino a quando, in età moderna, il potere di governo degli Stati sovrani e indipendenti si consolidò, ridimensionando l'istituto, oggetto di trattati ovvero di accordi *ad hoc* (concordati) frutto di compromesso fra potere civile e potere religioso. Quest'ultimo, invero, non era più in condizione di difendere le prerogative della Chiesa, gli istituti ed ordini religiosi, divenuti incompatibili con il potere sovrano dello Stato, la sua indipendenza e laicità di governo. Anche se l'asilo religioso prevedeva limiti ed esclusioni in considerazione della particolare gravità dei reati, è significativo ricordare che l'atteggiamento della Chiesa rispondeva alla necessità di far prevalere la misericordia di Dio sulla giustizia terrena, favorendo la possibilità di porre rimedio agli errori commessi, gli errori essendo connaturati alla condizione e debolezza umana.

---

GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd, Oxford, 2007, p. 1 ss.; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 332(2007), tiré à part, Leiden-Boston, 2008, p. 40 ss.; G. CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss.

<sup>2</sup> Si vedano i rilievi di G. VISMARA, *Asilo (diritto di) (diritto intermedio)*, voce in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 198 ss.; G. CORDINI, *Il diritto cit.*, p. 52 ss.

La Chiesa, insomma, difendeva poteri e prerogative proprie, ma difendeva anche i diritti dell'uomo in quanto tale, nei confronti dell'esercizio del potere esercitato da altri soggetti<sup>3</sup>.

E' proprio nei rapporti fra poteri degli Stati, sovrani e indipendenti e quindi nel quadro delle norme di diritto internazionale, che si afferma la disciplina a livello internazionale, dell'istituto dell'asilo, distinto fra territoriale (o esterno) e extraterritoriale (o interno o diplomatico)<sup>4</sup>.

2. La prassi internazionale distingue l'asilo territoriale da quello extraterritoriale, il primo indicando il rifugio e la protezione accordati dallo Stato sul proprio territorio a persona che intenda sfuggire o sottrarsi alla giustizia o a situazioni esistenti nello Stato da cui proviene. Il secondo invece è concesso a persone che intendano sfuggire o sottrarsi alla giustizia o sovranità locale. Esso rappresenta una deroga alla sovranità territoriale dello Stato ed è concesso nei locali di una missione

---

<sup>3</sup> Sull'asilo religioso, e sua evoluzione, oltre agli autori cit. alla nota 1, P. CIPROTTI, *Asilo (diritto di) (diritto canonico ed ecclesiastico)*, voce in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 203; G. CORDINI, *Il diritto* cit., loc. cit., p. 54 ss. Viene spesso ricordato, come esempio di asilo religioso, quello ottenuto dal personaggio manzoniano Frà Cristoforo ("Lodovico" resosi responsabile di un omicidio) che si era rifugiato in una chiesa dei cappuccini, luogo "impenetrabile allora a'birri e a tutto quel complesso di cose e persone, che si chiamava giustizia" (la decisione di vestire "l'abito di cappuccino" rappresentava una soluzione per gli ospiti che si trovavano in un "bell'intrigo" poiché "rimandarlo dal Convento" avrebbe significato "esporlo così alla giustizia, cioè alla vendetta de' suoi nemici" e per i cappuccini "rinunziare a' propri privilegi, screditare il convento presso il popolo, attirarsi il biasimo di tutti i cappuccini dell'universo per aver lasciato violare il diritto di tutti, concitarsi contro tutte l'autorità ecclesiastiche, le quali si consideravan come tutrici di questo diritto", A. MANZONI, *I promessi sposi*, Milano, 1840, cap. IV).

<sup>4</sup> Cfr. i rilievi di P. CIPROTTI, (*Asilo [diritto di]*, loc. cit., p. 203 ss.; A. GIOIA, *Asilo* cit., p. 450.

diplomatica (“asilo diplomatico”), in basi militari, a bordo di navi da guerra o aeromobili militari che si trovino in territorio altrui<sup>5</sup>.

Premesso che il maggior interesse, nella stessa prassi internazionale, considerata l’evoluzione nel tempo, è per il primo tipo di asilo, si deve tener presente che entrambi gli istituti si sono affermati come situazioni di fatto, caratterizzate, da un lato, dall’inviolabilità del territorio (in generale) dello Stato, dall’altro lato dall’inviolabilità del luogo (specifico) in cui opera l’agente dello Stato straniero ovvero (e con maggior frequenza nella prassi) dall’inviolabilità dei locali della missione diplomatica. L’estensione della protezione accordata ha subito, nel tempo, significativi mutamenti, passando da un riconoscimento generalizzato a favore dei responsabili di reati comuni, ad uno ristretto a favore dei responsabili di reati politici, lo Stato territoriale rivendicando il proprio *imperium* a causa di abusi da parte degli agenti stranieri. Questo istituto, come quello dell’asilo territoriale di cui si dirà poco oltre, ha subito un’evoluzione, soprattutto per effetto della tutela internazionale dei diritti dell’uomo. Per quanto sia da alcuni ritenuto addirittura caduto in desuetudine, a causa della reazione agli abusi, esso può assumere, invece, significativa rilevanza qualora i diritti fondamentali della persona vengano violati all’interno di uno Stato, a causa di moti, violenze, guerra civile, rivoluzione, e la persona non possa far altro che rifugiarsi nei luoghi (locali) in cui un altro Stato esercita la sovranità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. in particolare M. GIULIANO, *Asilo* cit., pp. 204, 209 ss.

<sup>6</sup> Sull’evoluzione dell’istituto e le sue caratteristiche, cfr. gli autori citt. alla nota 1 e i riferimenti alla nota 7, nonché sulla possibile giustificazione costituzionale, nel nostro ordinamento, di tale istituto in virtù della tutela di diritti fondamentali (*ex art. 2 Cost.*) F. RESCIGNO, *Il diritto d’asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e “vuoto” costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 155 (refer. *ivi*).

Se questa è l'evoluzione più recente, sembra dubbia l'esistenza di obblighi giuridici internazionali in proposito, salvo siano previsti in norme convenzionali, mancando norme generali o consuetudinarie che obblighino lo Stato territoriale a tollerare l'attività di un agente statale straniero, a protezione di una persona che si sia resa colpevole di un reato<sup>7</sup>.

3. L'asilo territoriale è l'istituto che merita (per le ragioni di cui si darà conto nel prosieguo) una specifica considerazione, per i profili di diritto internazionale, europeo e nazionale che esso presenta.

Gli studi sul tema, la prassi e la giurisprudenza confermano, d'altra parte, tale rilievo e merito di considerazione. L'*Institut de droit international* ne fece oggetto di esame e studio, e quindi di una risoluzione intitolata "*L'asile en droit international public*" (sessione di Beth, 1950). Distinto l'asilo extraterritoriale dal territoriale, l'*Institut* definisce (art. 1) quest'ultimo come la protezione concessa da uno Stato sul proprio territorio o in luoghi sottoposti alla sua sovranità, a un individuo che vi sia recato per farne richiesta<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sull'evoluzione dell'istituto A. GIOIA, *Asilo* cit., p. 450 s., sottolineando il declino dell'istituto nella seconda metà del XVII secolo, la ritenuta desuetudine nel XX secolo e la più recente reviviscenza; quanto all'esistenza di una consuetudine, ricorda i dubbi in proposito, specie da parte della dottrina che ammetterebbe l'esistenza, quanto meno, di una consuetudine regionale nell'America Latina, invece esclusa dalla C.I.G. (20 novembre, 1950, in *ICJ Reports*, 1950, p. 266 ss.; la Corte nega l'esistenza della consuetudine regionale, se non provata, come vincolante, da chi l'invoca, circa il riconoscimento dell'asilo diplomatico a favore di chi si sia reso colpevole di un reato qualificato unilateralmente come politico dallo Stato che concede l'asilo). Su tale impostazione, ampiamente, M. GIULIANO, *Asilo* cit., p. 209; F. FRANCONI, *Asilo diplomatico: contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, 1973, p. 81 ss.

<sup>8</sup> La risoluzione, dell'11.9.1950, è in *Résolutions de l'Institut de droit international 1873-1956*, Bâle, 1957, p. 58; sui lavori preparatori e le discussioni cfr. *Annuaire de*

Una definizione, questa, che come emerge dalla lettura dei resoconti dell'Institut, ha ricevuto un non facile consenso in un particolare momento storico: dopo la fine della seconda guerra mondiale, che aveva creato un gran numero di rifugiati e sfollati, era in corso di elaborazione la Convenzione, promossa dalle Nazioni Unite, relativa allo *status* dei rifugiati (adottata a Ginevra il 28.7.1951) ed era stata poco prima (10.12.1948) proclamata dall'Assemblea generale delle N.U. la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il dibattito che ha preceduto l'adozione della risoluzione conferma sia il problema di definizione dell'asilo (definizione non contenuta, peraltro, nella Convenzione) e del rifugio, sia la rilevanza assunta dal diritto umanitario in tale contesto.

La risoluzione dà atto di tale rilevanza, richiamando nel preambolo la Dichiarazione universale e sottolineando come il riconoscimento internazionale dei diritti della persona umana imponga nuovi e più ampi sviluppi del diritto di asilo, ma soprattutto viene precisato (art. 2) che lo Stato non incorre in alcuna forma di responsabilità internazionale quando, nell'adempiere a doveri umanitari, concede l'asilo sul proprio territorio. La risoluzione si preoccupa dunque di precisare i diritti ed obblighi di diritto internazionale degli Stati, non già i diritti degli individui che gli strumenti di diritto umanitario

---

*l'Institut de droit international*, 43° vol., Session de Bath, septembre 1950, Bâle, 1950, t. I, p.133 ss. e t. II, p. 198 ss. Il "Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions" è di Tomaso Perassi, *ivi*, p. 162 ss. Perassi, come si dirà oltre, era uno dei componenti della Commissione dei 75 (ne fu anche il segretario) incaricato di redigere il testo della Costituzione del nostro Paese.

avrebbero affermato negli anni successivi, pur assumendo come base quella Dichiarazione universale che (all'epoca) era già stata proclamata<sup>9</sup>.

Il rifugio o condizione di rifugiato appare definita nei lavori dell'Institut come una situazione di fatto che rappresenta il presupposto dell'asilo: il rifugio diventa asilo quando lo Stato non si limita ad ammettere il soggiorno dell'individuo, penetrato nella sua sfera territoriale per sottrarsi alla giustizia o all'autorità di un altro Stato, ma ne assuma anche la protezione, nel senso che non intende dare seguito alle richieste di consegna o di estradizione o espulsione da parte di altro Stato (cui l'individuo appartiene o alla cui giurisdizione sia sfuggito). La concessione dell'asilo, nel diritto internazionale, è dunque una (tipica) manifestazione della piena libertà o sovranità dello Stato che spetta a tutti i membri della comunità internazionale<sup>10</sup>. Dalla combinazione di due elementi, l'inviolabilità del territorio dello Stato e il potere dello Stato di ammettere o allontanare dal territorio gli stranieri, emerge l'inesistenza di obblighi internazionali, salvo che siano previsti da convenzioni, di concedere l'asilo. Oltre a distinguere il rifugio dall'asilo, si distingue anche un diritto dello Stato, nei confronti degli altri Stati, di concedere l'asilo, quale esercizio della propria sovranità territoriale, ovvero "diritto di asilo", e un diritto dell'individuo ad ottenere l'asilo, o "diritto all'asilo", che si colloca, più propriamente, nell'ambito delle norme di diritto umanitario. Si afferma infatti nel diritto internazionale consuetudinario l'inesistenza di limiti (in linea di principio) alla sovranità

---

<sup>9</sup> Si vedano i rilievi del relatore Perassi, *loc. cit.*, p. 164, sul nesso fra protezione dei diritti dell'uomo e asilo, il preambolo della risoluzione richiamando espressamente la Dichiarazione universale, il cui art. 14 è dedicato al diritto d'asilo.

<sup>10</sup> Sulla sovranità dello Stato si veda quanto si dirà oltre, con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che conferma questa impostazione.



dello Stato, che non ha l'obbligo di concedere l'asilo, così come l'individuo non ha il diritto di ottenerlo (salvo sia diversamente disposto, come si è detto, in convenzioni internazionali).

Un obbligo per lo Stato di cui l'individuo è cittadino, di rispettare l'asilo concesso dallo Stato di rifugio si afferma, invece, con l'istituzionalizzazione della cooperazione internazionale in materia penale e di repressione della criminalità: lo Stato di rifugio protegge l'individuo perseguito per motivi politici, e in mancanza di obblighi convenzionali di estradizione (mancando un trattato o non verificandosi l'ipotesi estradizionale prevista dal trattato), lo Stato di rifugio può rifiutarsi di arrestare e consegnare l'individuo responsabile di reati comuni allo Stato che ne reclami la consegna<sup>11</sup>. Rileva in proposito, in mancanza di previsioni contenute in norme internazionali, l'esistenza di norme interne, in particolare di norme di carattere costituzionale, quali nel caso italiano l'art. 10, 3° comma Cost. sul diritto d'asilo e il 4° comma che vieta l'extradizione per reati politici.

All'epoca dei lavori dell'Institut, come pure nella dottrina coeva e in quella degli anni immediatamente successivi, la tesi dell'inesistenza di norme consuetudinarie, anche in considerazione di un diritto umanitario poco sviluppato, era assolutamente dominante<sup>12</sup>.

La rilevanza del diritto dello Stato, nei confronti degli altri Stati, non già del diritto dell'individuo, e quindi del diritto dello Stato di

---

<sup>11</sup> Si vedano i rilievi di E. BERNARDI, A. GIOIA, *opp. locc. citt.*

<sup>12</sup> Cfr. M. GIULIANO, *Asilo cit.*, p. 206 ss., ma per l'evoluzione, soprattutto grazie agli strumenti di diritto internazionale umanitario e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché del Comitato dei diritti umani, per quanto riguarda l'interpretazione, rispettivamente, dell'art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU) e all'art. 7 Patto relativi al divieto di tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti, M. PEDRAZZI, *Il diritto cit.*, pp. 13, 28 ss., in particolare sulla formazione di una norma consuetudinaria che vieta il *refoulement*.

concedere l'asilo, piuttosto che dell'individuo di ottenerlo, è posta a base della stessa risoluzione dell'Institut, riflettendo l'opinione della dottrina e la prassi corrente. La risoluzione tiene conto delle esigenze umanitarie richiamando la Dichiarazione universale: non però per riconoscere diritti all'individuo, ma per giustificare il comportamento dello Stato che concede l'asilo<sup>13</sup>.

4. Il tema del diritto d'asilo presenta una varietà di profili interessanti, sia per la sua evoluzione storica, sia per la diversa rilevanza, nel corso del tempo, del diritto internazionale da un lato e del diritto umanitario dall'altro lato.

Profilo, in primo luogo, interessante è la possibile formazione di norme consuetudinarie in materia e l'incidenza di queste nel diritto interno; in secondo luogo lo sono la formazione e il recepimento negli ordinamenti nazionali di norme convenzionali, e più recentemente di norme comunitarie. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, norme rilevanti sono non solo l'art. 10, 3° comma Cost., ma le norme di adattamento a convenzioni internazionali, sia a quella specifica (Ginevra, 1951 e Protocollo di modifica di New York, 1967; l. ratifica ed esecuzione 24.7.1954, n. 722 e 14.2.1970, n.79) sullo *status* dei rifugiati, sia a quelle di diritto umanitario, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966, l. ratifica ed esecuzione 25.10.1977, n. 881), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950, l. ratifica ed esecuzione 4.8.1955, n. 848), la Convenzione contro la tortura e altri

---

<sup>13</sup> Afferma l'art. 2, 1° co, che "Tout Etat qui, dans l'accomplissements de ses devoirs d'humanité, accorde asile sur son territoire n'encourt de ce fait aucune responsabilité internationale". Come si vede, si prevede una causa di esclusione della responsabilità, non già un obbligo di diritto internazionale di concedere l'asilo.

trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (1984, l. ratifica ed esecuzione 3.11.1988, n. 498). In un contesto geografico e politico limitato, di carattere regionale quale l'europeo, ha assunto rilievo la disciplina comunitaria, l'asilo essendo divenuto (con il Trattato di Maastricht prima, e di Amsterdam poi) parte integrante dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che è obiettivo fondamentale dell'Unione europea (art. 2, quarto trattino Trattato UE; art. 61 ss. Trattato CE).

Un'attenzione particolare merita la possibile formazione di norme consuetudinarie, anche per le conclusioni che si trarranno in prosieguo sull'incidenza di tali norme (quella sul *non refoulement* in particolare) nel nostro ordinamento. La dottrina che si è occupata del tema, con un risultato condivisibile, ritiene che, ancor oggi, non esista una norma di diritto internazionale sul diritto d'asilo se non per alcuni aspetti o per alcuni principi in cui tale diritto si esprime. Si tratta di principi contenuti in atti internazionali ovvero nella prassi convenzionale: il principio del *non refoulement*, cioè del divieto di respingere alla frontiera uno straniero (o apolide), di espellerlo o estradarlo o allontanarlo verso un Paese dove è probabile che subisca persecuzione o tortura o (secondo un'interpretazione più ampia) ove può correre il rischio di essere espulso, estradato, allontanato verso un Paese che non rispetta i diritti fondamentali<sup>14</sup>. L'asilo così riconosciuto ha un contenuto minimo, è provvisorio o temporaneo, perché la persona resta sul territorio dello

---

<sup>14</sup> Sul divieto di *refoulement*, fra i molti contributi, quelli di R. PISILLO MAZZESCHI, M. PEDRAZZI cit.; quanto all'interpretazione più ampia proposta, G.S. GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee* cit., p. 345 ss.; cfr. pure K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 866 ss.; B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario*, in *Studi Panzera*, vol. II, Bari, 1995, p. 519 ss. e dello stesso *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, p. 886 ss. (rifer. *ivi*). Cfr. pure E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON, *Refugee* cit., p. 140 ss.

Stato e non viene *refoulée* verso lo Stato in cui la sua vita e libertà sono o possono essere minacciate.

Espressione dello stesso principio o suo corollario è quello del divieto di estradizione per reati politici, contenuto in molti trattati bilaterali e multilaterali: l'extradizione comporterebbe, invero, l'allontanamento e quindi la consegna della persona allo Stato ove subirebbe una persecuzione<sup>15</sup>.

5. La ricognizione delle fonti di diritto internazionale attraverso atti e prassi internazionali ha, come risultato, l'affermazione di un diritto d'asilo che dipende ancora, in gran parte, dalla sovranità dello Stato, salvo per quel "nucleo irrinunciabile", di natura "inderogabile e cogente" che discende dal divieto di tortura e trattamenti disumani, che è norma di diritto internazionale generale e che si esprime (come si è detto) nel divieto di *refoulement*<sup>16</sup>.

Il riconoscimento di un vero e proprio diritto d'asilo non è andato oltre la previsione contenuta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che, dopo aver affermato il diritto di emigrare ovvero "di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese" (art. 13, 2° comma), sancisce il diritto di ogni individuo "di cercare e godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni", seppur con il limite che tale diritto non possa essere invocato "qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite" (art. 14).

---

<sup>15</sup> Si vedano i riferimenti alla nota precedente e sul divieto di estradizione V. DEL TUFO, *Estradizione III) Diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 5 ss.

<sup>16</sup> In questi termini M. PEDRAZZI, *Il diritto cit.*, p. 35 s.

La Dichiarazione universale, forse la più nota delle Dichiarazioni di principi dell'Assemblea delle Nazioni Unite, non ha, da un punto di vista formale, valore obbligatorio, pur avendo un importante rilievo al fine della rilevazione del diritto internazionale generale ovvero nella prospettiva della sua evoluzione.

Non diversamente dagli accordi di codificazione è ben possibile che il contenuto di una Dichiarazione rifletta lo stato del diritto internazionale generale esistente oppure cristallizzi norme in via di formazione, concludendone il processo, o rappresenti una fase di tale processo. La Dichiarazione non è fonte “in sé e per sé”, tali essendo le norme consuetudinarie o quella particolare *species* di consuetudine rappresentata dai principi generali di diritto<sup>17</sup>. Norme consuetudinarie di

---

<sup>17</sup> Si vedano in proposito i rilievi di R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, 2<sup>a</sup> ed, Torino, 2003, p. 60 ss. sul valore delle dichiarazioni e dei principi generali, distinguendo i principi generali dell'ordinamento internazionale (come quello *pacta sunt servanda* o quelli, sette precisamente, enunciati nella Dichiarazione dell'Assemblea generale delle N.U. sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati, in conformità della Carta delle N.U., come il principio del divieto della minaccia o dell'uso della forza), dai principi generali degli ordinamenti giuridici interni ovvero “riconosciuti dalle Nazioni civili”, come recita l'art. 38, n. 1 lett. c dello Statuto della Corte internazionale di giustizia indicando le fonti da utilizzare in materia di soluzione delle controversie. Questi non sono ricavabili dalle norme di diritto internazionale, né sono dallo stesso sviluppati, e quindi non sono fonti di diritto internazionale generale, ma lo possono diventare (e quindi non limitarsi ad esplicare funzione integrativa delle regole elaborate in ambito internazionale) in quanto esprimano effettivamente dei principi e caratteri essenziali in una determinata materia ed abbiano un effettivo carattere di generalità, siano cioè accolti da sistemi giuridici rappresentativi delle principali forme di civiltà giuridica. Sul carattere non vincolante delle dichiarazioni, ma sul ruolo svolto quanto allo sviluppo del diritto internazionale, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6<sup>a</sup> ed., Napoli, 2002, p. 60 s., che ricorda anche due pronunce, Cass. S.U., 31.7.1967, n. 2035 in *Rivista di diritto internazionale*, 1969, p. 590, Corte cost., 23.11.1967, n. 120 ove la Dichiarazione universale è richiamata (nel primo caso riconoscendole il valore di fonte di diritto consuetudinario, nel secondo caso limitandosi a precisare che il richiamo è fatto “prescindendosi da qualunque indagine [...] circa il valore giuridico” della stessa). Sul valore di norme consuetudinarie dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, a condizione che siano uniformemente applicati nella più gran parte degli Stati e siano sentiti come obbligatori o necessari anche dal punto di vista del diritto internazionale, non solo del diritto interno, i rilievi dello stesso autore, p. 45 ss., con riferimenti alla giurisprudenza circa l'interpretazione dell'art. 10, 1° comma Cost, i

diritto umanitario sono espresse dai principi generali (dell'ordinamento internazionale) che vietano le violazioni gravi o *gross violations* dei diritti fondamentali delle persone quali il genocidio, la discriminazione razziale, la tortura, i trattamenti inumani o degradanti. Le disposizioni della Dichiarazione universale che riflettano, nel contenuto, questi principi, assumono tale natura consuetudinaria. Di per sé la norma sul diritto d'asilo non ha natura consuetudinaria, ma le conseguenze ad essa riconducibili, in quanto il diniego di ingresso o *refoulement* provochi la violazione di diritti fondamentali della persona, fanno ritenere che il principio di *non refoulement* avente quelle conseguenze sotto il profilo del (mancato) rispetto dei diritti dell'uomo, abbia natura di norma consuetudinaria.

6. La prassi successiva alla Dichiarazione universale conferma l'inesistenza di un diritto di asilo a livello consuetudinario, se non nei termini e condizioni prima ricordati.

Gli atti convenzionali vincolanti fondati sulla Dichiarazione (che confermano, almeno dal punto di vista formale, la natura programmatica della stessa), quale è il Patto sui diritti civili e politici (del 16.12.1966, l. ratifica ed esecuzione 25.10.1977, n. 881) preveda soltanto il divieto di

---

principi appartenendo alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" (si ricordano, in particolare, pronunce della Corte cost. sul principio *ne bis in idem*, escludendo, in riferimento all'art. 11 cod. pen., la natura di principio generale, sentenze 18.4.1967, n. 48, 8.4.1976, n. 69, ma ammettendo, in riferimento all'art. 705 cod. proc. pen. che accoglie entro certi limiti il *ne bis in idem* internazionale, che se si non si è formata ancora una regola di diritto internazionale generale "è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto ad evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà primitive degli Stati": in questi termini Corte cost., 3.3.1997, n. 58). Per alcuni rilievi sulla natura della Dichiarazione, peraltro escludendo la natura consuetudinaria, E. VITTA, *Introduzione al capitolo primo*, in E. VITTA, U. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 22 ss.

impedire, arbitrariamente, ad una persona di entrare nel proprio Paese e il divieto di espellere (art. 12, par. 4 e art. 13) uno straniero regolarmente residente. Nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali (del 16.12.1966, l. ratifica ed esecuzione 25.10.1977, n. 881), non si rinvencono norme rilevanti, salvo quelle sul diritto alla sopravvivenza fisica ed alimentare e sul diritto alla salute (artt. 11, 12) che potrebbero essere gravemente compromessi in caso di *refoulement*<sup>18</sup>.

A livello universale la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (del 10.12.1984, l. ratifica ed esecuzione 3.11.1988, n. 498) prevede un divieto (peraltro assoluto, e quindi senza le eccezioni di cui si dirà, contenute nella Convenzione di Ginevra) di espellere, respingere, estradare una persona verso uno Stato in cui vi siano seri motivi per ritenere che rischierebbe di essere sottoposto a tortura (art. 3). La tutela offerta, come emerge anche dalla prassi del Comitato contro la tortura (organo istituito dalla Convenzione, art. 17) cui i singoli possono rivolgersi presentando comunicazioni nei confronti di uno Stato (la competenza del Comitato ad esaminarle deve essere, *ex art. 22*, accettata dallo Stato), è intesa in senso ampio, il divieto non prevedendo eccezioni o deroghe<sup>19</sup>.

A livello regionale gli strumenti di diritto umanitario di maggior rilievo sono la Convenzione americana sui diritti umani del 22.11.1969, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 27.6.1981, e a

---

<sup>18</sup> Cfr. i rilievi in proposito di M. PEDRAZZI, *Il diritto cit.*, p. 33.

<sup>19</sup> L'art. 3 prevede che "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". Cfr. sul Comitato e la sua prassi R. PLENDER, N. MOLE, *Beyond the Geneva Convention: Constructing a de facto Right of Asylum from International Human Rights Instruments*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities, Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, 1999, p. 86 s.

livello europeo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4.11.1950 (l. ratifica ed esecuzione 4.8.1955, n. 848) con i suoi protocolli.

La Convenzione americana prevede il diritto di cercare e ricevere asilo, in caso di persecuzione per delitti politici o delitti comuni connessi a quelli politici, e comunque in conformità con la legislazione di ogni Stato contraente e con gli accordi internazionali (art. 22, par. 7); prevede inoltre (art. 22, par. 8) un divieto di *refoulement* formulato in modo simile a quello della Convenzione di Ginevra (senza però eccezioni, e quindi in termini più ampi e favorevoli alla persona)<sup>20</sup>.

La Carta africana (art. 12, par. 3) prevede il diritto dell'individuo, in caso di persecuzione, di cercare e ricevere asilo in altro Paese, secondo la legge di tale Paese e le convenzioni internazionali: una convenzione promossa dall'Organizzazione dell'Unità africana (del 10.9.1969) "regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa", assumendo come presupposto la Convenzione di Ginevra, ritenuta lo "strumento fondamentale e universale" in materia, fra l'altro vietando il *refoulement* e l'espulsione, se viene messa in pericolo la vita, l'integrità fisica<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. i rilievi di R. PLENDER, N. MOLE, *Beyond the Geneva Convention* cit., p. 85, nonché R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto* cit., p. 698 (sul carattere programmatico della norma); M. PEDRAZZI, *Il diritto* cit., p. 26 (che ricorda, in senso diverso dall'attribuzione di un carattere programmatico, e a conferma di una tutela più ampia rispetto a quella della Convenzione di Ginevra, la decisione della Commissione interamericana dei diritti umani, prevista dall'art. 33 della Convenzione, sulla violazione accertata dalla Commissione - tra l'altro - del "diritto di cercare e ricevere asilo", nel caso *Haitian Interdiction v. United States*, rapporto n. 51/96 del 13.3.1997). L'art. 22, par. 6 Convenzione vieta l'espulsione dello straniero legalmente ammesso nel territorio di uno Stato contraente, salvo che in virtù di una disposizione adottata in conformità della legge; il par. 9 vieta le espulsioni degli stranieri.

<sup>21</sup> L'art. 12, par. 2 Carta africana prevede il diritto dell'individuo di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio e di farvi ritorno; il par. 4 prevede il divieto di espulsione dello straniero salvo che in virtù di una decisione adottata secondo le



7. A livello europeo, in particolare, la Convenzione dei diritti dell'uomo e i relativi protocolli non contengono una norma sull'asilo né sul divieto di *refoulement*. L'art. 5, par. 1, lett. *f* prevede, dopo aver affermato il diritto alla libertà e alla sicurezza, fra i motivi che legittimano la privazione della libertà personale, l'arresto o detenzione "legali di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione". Il Protocollo n. 4 (del 16.9.1963 cui è stata data esecuzione con d.P.R. 14.4.1982, 217) vieta l'espulsione del cittadino e l'espulsione collettiva degli stranieri (artt. 3, 4); il Protocollo n. 7 (del 22.11.1984, l. ratifica ed esecuzione 9.4.1990, n. 98) riconosce delle garanzie procedurali in caso di espulsione di straniero regolarmente residente ( art. 1).

Alla mancanza di norme *ad hoc* ha supplito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e in minor misura quella del Comitato dei diritti dell'uomo (istituito in virtù dell'art. 28 del Patto sui diritti civili e politici, che ha competenza a ricevere, esaminare e pronunciarsi sulle comunicazioni presentate dagli individui contro lo Stato che ne ha accettato la competenza, secondo quanto previsto dal Protocollo facoltativo del 16.12.1966, l. ratifica ed esecuzione

---

disposizioni di legge; il par. 5 prevede il divieto di espulsioni di massa di stranieri, tali essendo le espulsioni nei confronti di gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi. Sulle forme di protezione dei diritti dell'uomo a livello regionale (Convenzione americana, Carta africana) e sugli organi previsti per la tutela di tali diritti si consenta rinviare, per alcuni rilievi, a B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni cit.*, p. 357 ss.

25.10.1977, n. 881)<sup>22</sup>. Tale giurisprudenza offre una protezione indiretta o *par ricochet* del diritto di asilo, nonché del diritto di soggiorno, e quindi offre una protezione all'individuo destinatario di un provvedimento di espulsione o di estradizione che rischi di sottoporre l'individuo a misure quali la privazione arbitraria della vita (pena capitale), la tortura e le pene e i trattamenti inumani o degradanti (artt. 2,3), la violazione del rispetto della vita privata e familiare, in particolare del principio dell'unità familiare (art. 8)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Sulla rilevanza del Patto, che all'art. 7 vieta la tortura, le punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti e sulla giurisprudenza del Comitato, W. KÄLIN, *Limits to expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 154 ss. Cfr. anche, sulla possibile violazione del diritto alla vita, in caso di sottoposizione a pena di morte della persona estradata o espulsa, la prassi ricordata da M. PEDRAZZI, *Il diritto* cit., p. 30 s. in relazione alla violazione dell'art. 6, par. 1 Patto e del Secondo protocollo facoltativo sull'abolizione della pena di morte (del 15.12.1989, l. ratifica ed esecuzione 9.12.1994, n.734); sulla possibile violazione dell'art. 17 Patto, relativo al divieto di interferenze arbitrarie o illegittime nella vita privata e nella famiglia, R. PLENDER, N. MOLE, *Beyond the Geneva Convention* cit., p. 99 s.; W. KÄLIN, *Limits to expulsion* cit., p. 152 ss.

<sup>23</sup> Sull'orientamento giurisprudenziale in proposito cfr., quanto alla una possibile violazione dell'art. 2, la sentenza 12.4.2005, *Chamaïev e 12 altri c. Georgia e Russia*, n. 36378/02, par. 371 s.; dell'art. 3, le sentenze 7.7.1989, *Soering c. Regno Unito*, 26.11.1996, n. 70/1995/576/662, *Chahal c. Regno Unito*, (Chahal era sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche, ma il divieto di tortura è, come detto poco oltre nel testo, espresso in termini inderogabili), 29.4.1997, *H.L.R. c. Francia*, n. 11/1996/630/813, par. 39-41 (il rischio di maltrattamenti rileva anche se questi provengono da privati, nella specie trafficanti di droga operanti in Colombia, lo Stato non essendo in grado di prevenirle); decisione del 7.3.2000, *T.I. c. Regno Unito*, n. 43884/98 (la protezione deve essere assicurata anche contro il rischio di un allontanamento successivo dal Paese di destinazione verso un altro Paese dove subisce il rischio di violazione dei diritti fondamentali); 12.5.2005 [GC] *Oçalan c. Turchia*, par. 162 ss. Sulla possibile violazione dell'art. 8 e sulla derogabilità, come è detto poco oltre nel testo, le sentenze 11.7.2002, *Amrollahi c. Danimarca*, n. 56811/00 (sul sacrificio della vita familiare, in particolare in presenza di figli minori), 7.8.1996, *C. c. Belgio*, n. 35/1995/541/627, par. 25 (sul radicamento sociale dell'individuo, in assenza di legami familiari nel Paese di residenza). Sull'estensione dei principi affermati in tema di estradizione all'espulsione, cfr. la sentenza 20.3.1991, *Cruz Varas c. Svezia*, spec. par. 69 s. Per una disamina della giurisprudenza G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo* cit., p. 165 ss.; *ivi*, p. 97 ss., V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*; B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero, la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*,

Le norme rilevanti sono, oltre agli artt. 2, 3, 8 della Convenzione europea, le norme che specificamente proteggono il diritto alla vita, quali il Protocollo n. 6 (del 28.4.1983, 1. ratifica ed esecuzione 2.1.1989, n.8) sull'abolizione della pena di morte e il Protocollo n. 13 (del 3.5.2002, 1. ratifica ed esecuzione 15.10.2008, 179) sull'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza. Il diritto alla vita e il divieto di tortura sono inderogabili, il diritto all'unità familiare, invece può subire deroghe (per ragioni di sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del Paese, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui, art. 8, par. 2). L'allontanamento, l'espulsione, la consegna, il *refoulement*, in questo caso, sono sottoposti a un giudizio di proporzionalità fra (da un lato) il sacrificio che possono subire la vita privata, i legami familiari, il radicamento in un certo ambiente sociale (dall'altro lato) i fini pubblici perseguiti dallo Stato.

**8.** Il sistema di protezione internazionale dei rifugiati trova la sua espressione specifica nella Convenzione di Ginevra del 28.7.1951 (1. ratifica ed esecuzione 24.7.1954, n. 722), nel Protocollo di New York del 1.1.1967 (1. ratifica ed esecuzione 14.2.1970, n. 95) che ha eliminato l'applicazione temporale della Convenzione agli eventi verificatisi prima del 1.1.1951 e l'applicazione geografica agli eventi verificatisi in Europa (su quest'ultima applicazione, tuttavia, gli Stati potevano continuare a

---

Milano, 2002, p. 153 ss.; J.-P. COSTA, *Expulsion et réadmission: la protection des libertés fondamentales*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 143 ss.; C. FIORAVANTI, *Diniego di riconoscimento dello status di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura*, in L. ZAGATO, *Verso una disciplina comune* cit., p. 233 ss.; N. MOLE, *Asylum and European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2007, p. 18 ss.

mantenere, se già formulata, una riserva, che il nostro Paese ha mantenuto fino all'approvazione della c.d. legge Martelli)<sup>24</sup>.

Il “sistema di Ginevra” ha finalità essenzialmente umanitarie, ampiamente richiamate nel preambolo della Convenzione che rinvia alla Carta delle Nazioni Unite e alla Dichiarazione universale, e che sottolinea la necessità di una cooperazione internazionale fra gli Stati membri delle N.U. Deve, infatti, essere sempre garantito l'esercizio dei diritti fondamentali, ma si deve anche tener conto, se si vuole realizzare una cooperazione effettiva, che “dalla concessione del diritto di asilo possono derivare obblighi eccezionalmente gravosi per determinati paesi” (preambolo, 2° e 4° considerando)<sup>25</sup>.

La Convenzione rappresenta il modello di altre convenzioni internazionali a carattere regionale e del sottosistema regionale comunitario, costituito dal Trattato CE e dal diritto derivato (regolamenti, direttive, decisioni). E' parte integrante del nostro ordinamento non solo, e in primo luogo, attraverso le leggi di ratifica ed esecuzione, ma anche in virtù dei rinvii operati da varie norme nazionali (in epoca più recente, i decreti legislativi di recepimento delle direttive comunitarie), pur in mancanza di una legge organica che avrebbe dovuto dare attuazione alla

---

<sup>24</sup> La “legge Martelli” è il d.l. 30.12.1989, n. 416 conv. in l. 28.2.1990, n. 39, “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”. Per alcuni rilievi sulle riserve italiane e il loro ritiro si permette rinviare al nostro *Lo straniero nel diritto italiano, Appendice di aggiornamento*, Milano, 1990, p.1 ss.

<sup>25</sup> Sul sistema della Convenzione di Ginevra cfr., fra gli altri, G. STROZZI, *Introduzione al capitolo quinto*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI, *Codice degli atti cit.*, p. 351 ss.; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 151 ss.; cfr. pure J.-Y. CARLIER, *Et Geneva sera... la définition du réfugié: bilan et perspectives*, in AA.VV., *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 63 ss. Cfr. pure gli autori citt. alla nota 1.

riserva assoluta di legge contenuta nell'art. 10, 3° comma Cost.: la norma, invero, riconosce il diritto di asilo “secondo le condizioni stabilite dalla legge”<sup>26</sup>.

La Convenzione, tuttavia, non riconosce il “diritto di asilo”, bensì disciplina il regime giuridico applicabile a chi ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>27</sup>. Nel definire il rifugiato (art. 1) la Convenzione si riferisce alle persecuzioni da cui la persona sfugge e che l'art. 14 della Dichiarazione universale, come già ricordato, assume quale presupposto del diritto di “cercare e godere” asilo in altri Paesi. Rifugiato è (art. 1°) chi “temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenendo ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese”, o se apolide, non può o non vuole tornare nel Paese in cui aveva la residenza abituale a causa di detto timore. A questa definizione, salve le integrazioni di cui si dirà, fanno rinvio le norme di diritto comunitario e le nostre nazionali di recepimento.

La Convenzione vieta qualunque sanzione penale per ingresso o soggiorno irregolari, cioè senza autorizzazione, con obbligo di presentarsi “senza indugio” alle autorità per giustificare l'ingresso o presenza irregolari (art. 31); vieta l'espulsione del rifugiato residente regolarmente se non per cause eccezionali quali i motivi di ordine

---

<sup>26</sup> Sulle norme comunitarie in materia e il recepimento delle stesse, si veda oltre. Si veda, pure, oltre, sull'art. 10, 3° comma Cost. e la sua attuazione.

<sup>27</sup> Sul mancato riconoscimento del diritto di asilo cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto cit.*, p. 697; si vedano anche i rilievi svolti da B. NASCIBENE, C. FAVILLI, *Rifugiati*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 5306 ss.

pubblico o sicurezza nazionale, e comunque nel rispetto di varie garanzie procedurali (art. 32). Vieta, in particolare, il *refoulement*, e quindi l'espulsione o respingimento "in nessun modo" verso Stati ove la vita o libertà sarebbero minacciate per quelle cause che legittimano la persona a chiedere il rifugio (art. 33, par. 1), con due eccezioni, rappresentate dalla sussistenza di gravi motivi che fanno ritenere il rifugiato un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova; dalla condanna con sentenza passata in giudicato per un reato particolarmente grave il rifugiato rappresentando una minaccia per la comunità di detto Stato (art. 33, par. 2).

9. I "pilastri" del sistema di Ginevra sono la definizione di rifugiato e il principio di *non refoulement*, cui si aggiunge la definizione degli obblighi (art. 2, conformarsi a leggi e regolamenti dello Stato di rifugio) e dei diritti civili, economici, sociali, culturali, cioè la definizione dello statuto del rifugiato (art. 3 ss., ma soprattutto artt. 12-30), restando comunque salvo il trattamento più favorevole disposto da altre convenzioni (art. 5).

Rinviando al prosieguo l'esame dello "statuto", in particolare alla luce delle modifiche introdotte nel nostro ordinamento dal diritto comunitario rileva sottolineare l'ampiezza del divieto di *refoulement*. Esso, invero si estende al respingimento indiretto, cioè verso Paesi nei quali il rifugiato corre il rischio di essere respinto o espulso in altri Paesi dove subirebbe persecuzioni. Il divieto di *refoulement* è giustificato dal fatto che il riconoscimento dello *status* ha effetti dichiarativi (non costitutivi) a decorrere dal momento in cui tale riconoscimento viene richiesto. Il procedimento interno non è disciplinato dalla Convenzione

ma dalle legislazioni nazionali, che nel rispetto degli obblighi generali di cooperazione degli Stati contraenti con le N.U. (artt. 35-36), debbono assicurare che la c.d. eleggibilità al riconoscimento dello *status* (art. 1) sia effettiva e non vengano vanificati i diritti sanciti nella Convenzione. Le norme nazionali, insomma, non possono rendere eccessivamente difficile o complesso il riconoscimento.

Gli Stati hanno inoltre l'obbligo di fare tutto il possibile per prevenire le persecuzioni. Gli atti delle N.U. successivi alla Convenzione confermano questa impostazione. La Dichiarazione dell'Assemblea generale sull'asilo territoriale (New York, 14.12.1967) riconosce il diritto di asilo richiamando quanto previsto dalla Dichiarazione universale, e conferma la natura non politica, ma umanitaria di tale riconoscimento, non potendo l'atto "essere considerato ostile da parte di qualsiasi altro Stato" (preambolo, quarta frase). La Dichiarazione conferma altresì l'impostazione tradizionale, già ricordata, di un diritto "concesso da uno Stato nell'esercizio della sua sovranità" che "deve essere rispettato da tutti gli altri Stati" (art. 1, par. 1), non già di un diritto dell'uomo in quanto diritto individuale<sup>28</sup>.

La prassi sviluppata dall'Alto Commissariato delle N.U. per i rifugiati (UNHCR), organo sussidiario dell'Assemblea generale<sup>29</sup>, colma almeno in parte le lacune, considerato che alla Dichiarazione sull'asilo territoriale non fece seguito una Convenzione con lo stesso oggetto. Una più ampia tutela umanitaria e una protezione internazionale più estesa rispetto alla Convenzione di Ginevra sarebbero state realizzate con la

---

<sup>28</sup> Si veda, su questa impostazione, la Risoluzione dell'*Institut de droit International*, prima ricordata.

<sup>29</sup> L'Alto Commissariato venne istituito con risoluzione generale dell'Assemblea AG.. Ris. 319 [IV] del 3.12.1949; lo Statuto venne approvato con A.G. Ris. 428 [V] del 14.12.1950.

Convenzione sull'asilo. L'Alto Commissariato (che si avvale di delegazioni con competenze territoriali) "assume funzioni di protezione internazionale, sotto gli auspici delle Nazioni Unite"; coopera con i Governi nazionali, le organizzazioni intergovernative e private; promuove "soluzioni permanenti del problema dei rifugiati"; facilita il rimpatrio volontario e l'integrazione dei rifugiati in "nuove comunità nazionali" (art. 1 Statuto), vigilando sull'applicazione degli strumenti internazionali e riferendone annualmente all'Assemblea generale (artt. 8, 16 Statuto)<sup>30</sup>. Su richiesta del Segretario generale o dell'Assemblea generale delle N.U. esercita azioni umanitarie, di protezione e assistenza a favore di individui non riconosciuti come rifugiati ma sfollati<sup>31</sup>.

Proprio quest'ultima categoria di persone e, più in generale, quella dei rifugiati di fatto, rifugiati economici, *displaced persons*, che non sono riconosciuti rifugiati secondo la Convenzione, ma meritano comunque protezione, ha posto a livello internazionale e regionale un problema di disciplina giuridica che assicuri allo straniero, in queste condizioni, uno standard di diritto umanitario<sup>32</sup>.

Il diritto comunitario, di cui si dirà poco oltre, offre un esempio di come possano integrarsi a cooperazione e le norme internazionali, da un lato, e norme comunitarie primarie e secondarie, dall'altro lato.

---

<sup>30</sup> Si vedano i rilievi di G. STROZZI, *Rifugiati* cit., p. 357 sull'Alto Commissariato e sull'accordo stipulato dal Governo italiano con lo stesso il 2.4.1952 (l. ratifica ed esecuzione 15.12.1954, n. 1271) Sull'obbligo degli Stati di fornire cooperazione all'Alto Commissariato, cfr. l'art. 35 Convenzione e sulla nomina di "rappresentanti" dello stesso, l'art. 16 Statuto.

<sup>31</sup> Cfr. sull'opera svolta dall'Alto Commissariato P. BENVENUTI, *La Convenzione* cit., p. 152.

<sup>32</sup> Su questi profili, e la necessità di assicurare una protezione internazionale più ampia di quella prevista dalla Convenzione di Ginevra, cfr. i riferimenti nelle due note precedenti e B. NASCIBENE, C. FAVILLI, *Rifugiati*, loc. cit.



## II.

10. Come cambia, dunque, se cambia, il quadro normativo sull'asilo e sullo statuto del rifugiato in virtù del diritto comunitario?

La domanda sembra retorica, perché un diritto in movimento e in divenire, quale è il diritto comunitario, influenza ogni settore del diritto con forza “invasiva” e, dunque, anche quello dei diritti fondamentali della persona ai quali il diritto di asilo, come si è prima detto, appartiene<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Sulla forza espansiva o invasiva del diritto comunitario è celebre, e ancora attuale, l'affermazione di Lord Denning, in *causa HP Bulmer Ltd v. Bollinger SA* (1974), Ch. 401, 408, secondo cui “when we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back”. Sul tema del diritto di asilo e della politica europea in materia, si vedano più recentemente B. NASCIBENE, *IL futuro della politica europea di asilo*, ISPI, Working paper n 25, giugno 2008 (e con C. FAVILLI, *Rifugiati cit.*); A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 669 ss. In precedenza E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione del diritto d'asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 440 ss.; I. BOCCARDI, *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*, The Hague, 2002; i vari contributi in C. DIAS URBANO DE SOUSA, P. DE BRUYCKER (under the supervision of), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004; G. GILBERT, *Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 963 ss., A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, parte speciale, Torino, 2005, p. 70 ss.; i vari contributi in J.-Y. CARLIER, P. DE BRUYCKER (under the supervision of), *Immigration and Asylum Law: Current Debats*, Bruxelles, 2005 e in F. JULIEN-LA FERRIÈRE, H. LABAYLE, Ö. EDSTROM, *The European immigration and asylum policy: critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005; S.S. JUSS, *The Decline and Decay of European Refugee Policy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 749 ss.; S. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni cit.*, p. 327 ss.; K. ZWAAN, *UNHCR and European Asylum Law*, Nijmegen, 2005; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 22 ss; S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, 2006, p. 201, ss.; C. FEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: An illusion of protection*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1503 ss.; i vari contributi in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una*

La domanda è, invece, del tutto giustificata se si considera che le norme comunitarie sull'asilo non appartengono al diritto comunitario classico od originario dei Trattati istitutivi delle Comunità e, anche quando sono state introdotte con il Trattato di Maastricht che ha istituito l'Unione europea (in vigore dal 1.11.1993), hanno appartenuto al c.d. terzo pilastro, caratterizzato dalla cooperazione intergovernativa. La politica in materia di asilo non esisteva nel Trattato CEE (in vigore dal 1.1.1958) ed era, comunque, un mero "settore di comune interesse" nel Trattato di Maastricht (art. K.1 Trattato UE). E' solo con il Trattato di Amsterdam (in vigore dal 1.5.1999) che le norme sull'asilo, insieme a quelle sui visti, sull'immigrazione, sulla cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 62 ss., titolo IV Trattato CE) entrano a far parte del c.d. primo pilastro o pilastro comunitario, caratterizzato dal ben diverso metodo comunitario ovvero metodo dell'integrazione comunitaria<sup>34</sup>.

La base giuridica rappresentata dagli artt. 61-63 (soprattutto dall'art. 63) ha consentito l'approvazione di una serie di atti, dal 2000 al 2005, che rappresentano la prima fase della politica comunitaria in materia di asilo. La prima fase è delineata in due programmi di durata,

---

*disciplina comune* cit.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, spec. p. 186 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, p. 233 ss.; J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Paris, 2007, p. 153 ss.; D. U. GALETTA, *The European Asylum Policy between myth and reality*, in P. BIRKINSHAW (ed.), *The End of the Post 1992 European Order?*, Alphen aan den Rijn, 2009, in corso di pubblicazione.

<sup>34</sup> Il metodo viene definito sulla base di quattro caratteristiche, non presenti nella cooperazione internazionale, anche a livello europeo (come la cooperazione realizzata nell'ambito del Consiglio d'Europa): prevalenza degli organi di individui; prevalenza del principio maggioritario; ampiezza del potere di adottare atti vincolanti; sottoposizione degli atti adottati ad un sistema di controllo giurisdizionale di legittimità. Un riferimento al metodo o modello comunitario era contenuto nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. I-1, secondo cui l'Unione avrebbe esercitato "sulla base del modello comunitario le competenze" attribuite dagli Stati alla stessa), ma più non compare nel Trattato di Lisbona: si vedano in proposito i rilievi di L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2008, p. 6 ss.

ciascuno, quinquennale (Tampere 1999-2004; L'Aja 2004-2009), cui ne seguirà un terzo di pari durata (Stoccolma, 2009-2014).

Insieme i tre programmi tracciano la *road map*, e quindi anche le linee evolutive della seconda fase, alla luce degli orientamenti politici contenuti nel “Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo” (adottato dal Consiglio europeo, 2008)<sup>35</sup>.

Il diritto comunitario in materia è dunque, in primo luogo, di formazione recente; in secondo luogo è tuttora in corso di approfondimento, alla ricerca di standard più elevati rispetto a quelli internazionali. L’obiettivo del miglioramento della condizione del rifugiato sarà realizzato una volta in vigore il Trattato di Lisbona: esso, invero, non si riferisce più all’adozione di “norme minime” (art. 61 Trattato CE) ma alla garanzia, da parte dell’Unione, di realizzare una “politica comune in materia di asilo”, oltre che in materia di immigrazione e controllo delle frontiere esterne (art. 67 Trattato sul funzionamento dell’Unione europea-Trattato FUE)<sup>36</sup>.

**11.** Le norme rilevanti nella materia in esame sono quattro direttive specifiche (sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, sulla protezione temporanea, sul riconoscimento della qualifica di rifugiato e sulle procedure per ottenere tale riconoscimento) e alcune

---

<sup>35</sup> Sui programmi ricordati (Tampere e L'Aja) si vedano gli autori citt. alla nota 1; sul programma di Stoccolma cfr. la Comunicazione della Commissione *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262 del 10.6.2009 e, in precedenza, sull’evoluzione della protezione in materia di asilo, il piano strategico della Commissione *Un approccio integrato in materia di protezione nell’Unione europea*, COM (2008) 360 del 17.6.2008. Sul Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo, adottato al Consiglio europeo del 16.10.2008, S. BERTOZZI, *European Pact on Migration and Asylum: A Stepping stone toward Common European Migration Policy*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 79 ss.

<sup>36</sup> Per alcuni rilievi sulle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona si vedano i rilievi di B. NASCIBENE, A. ADINOLFI, *opp. citt.* alla nota 33.

disposizioni sul ricongiungimento familiare contenute in una direttiva di oggetto più ampio quale il ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86), e quattro regolamenti. Questi, precisamente, sono due coppie di regolamenti, che compongono il c.d. sistema di Dublino: il regolamento Dublino II sui criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro (343/2003; ha la sua origine in una Convenzione sottoscritta dagli Stati a Dublino il 15.6.1990, denominata Dublino I, avente il medesimo oggetto), completato da un regolamento di applicazione (407/2002); il regolamento Eurodac per il confronto delle impronte digitali e l'efficace applicazione del predetto regolamento (e, nel passato, della Convenzione; regolamento 2725/2000) completato da un regolamento di applicazione (1560/2003).

La direttiva accoglienza (2003/9) disciplina le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. Essa definisce quali sono i diritti minimi (sostanziali, procedurali, giurisdizionali) che si applicano a chi chiede asilo secondo la Convenzione di Ginevra. Lo Stato può applicare tali norme anche a forme di protezione diverse da quella prevista dalla Convenzione di Ginevra, come la protezione sussidiaria prevista dalla direttiva qualifiche (di cui si dirà poco oltre) o quelle altre forme di protezione previste dalle norme nazionali.

La direttiva protezione temporanea (2001/55) assicura la protezione temporanea di un anno (prorogabile due volte, al massimo, per sei mesi ciascuna) di una categoria di persone, definite "sfollati", più ampia dei rifugiati, ma che può rappresentare una prima forma di protezione in attesa del riconoscimento dello *status* di rifugiato. La protezione è prevista quando vi sia un afflusso massiccio di sfollati e intende promuovere, considerata l'entità del fenomeno di afflusso, un

“equilibrio degli sforzi” fra gli Stati “che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi”.

Le direttive che sono più strettamente connesse al diritto della Convenzione di Ginevra, contenendo elementi evolutivi rispetto alla stessa, sono la direttiva qualifiche (2004/83) e la direttiva procedure (2005/85). La prima riguarda l’attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale e il contenuto della protezione, nel caso sia del rifugiato, sia del protetto in via sussidiaria. La protezione sussidiaria è l’aspetto maggiormente positivo, ma anche la novità, rispetto al diritto tradizionale rappresentata dalla Convenzione di Ginevra che viene definita nel preambolo della direttiva (punto 3) “la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa ai rifugiati”. Se, da un lato, si vogliono fissare criteri comuni per attribuire lo *status*, assicurando alle persone un livello comune (minimo) di prestazioni, e dunque evitando il fenomeno dell’*asylum shopping* ovvero della ricerca dello Stato ove più facile è ottenere il riconoscimento grazie a norme o prassi nazionali più favorevoli, dall’altro lato si riconosce che esistono situazioni meritevoli di protezione (sussidiaria o complementare alla protezione riconosciuta al rifugiato) non ricomprese nella definizione della Convenzione di Ginevra<sup>37</sup>.

La Convenzione non è stata modificata, ma l’azione e la prassi dell’UNHCR sono nel senso di “proteggere e assistere particolari gruppi di persone, le cui caratteristiche non corrispond[ono] necessariamente

---

<sup>37</sup> Sul significato della protezione sussidiaria, si veda la Nota dell’Ufficio delle Nazioni Unite per i rifugiati, *La protezione sussidiaria secondo la “Direttiva Qualifiche” nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, presentata alla Corte di giustizia delle Comunità europee nella causa C-465/07, *Elgafaji*, decisa con sentenza del 17.2.2009, in *Raccolta*, p.-I in corso di pubblicazione.

alla definizione presente” nello Statuto dell’Ufficio, conformemente al mandato ricevuto dall’Assemblea generale e dal Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite di estendere *ratione personae* la competenza originariamente prevista nello Statuto<sup>38</sup>.

**12. a)** La protezione sussidiaria, che insieme alla protezione temporanea è codificata nel diritto comunitario, con sicuro vantaggio e progresso rispetto al diritto internazionale, è stata peraltro oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia su rinvio del giudice amministrativo dei Paesi Bassi in un caso di richiedenti asilo afgani.

La Corte ha riconosciuto che questa forma di protezione a favore di chi non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato (perché non subisce la persecuzione che ne caratterizza lo *status*), ma nei confronti del quale sussistano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave, è non solo più estesa di quella offerta dalla Convenzione di Ginevra, ma di quella offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in particolare dall’art. 3. Le norme della direttiva (artt. 2, lett. *e*; art. 15, lett. *a, b, c*) si riferiscono a un danno grave che comprende espressamente (lett. *b*) la tortura e il trattamento inumano e degradante, aggiungendo (lett. *c*) la minaccia grave, e individuale, alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato o internazionale. Per quanto si tratti di formulazione piuttosto dubbia, frutto di compromesso in sede di approvazione (la formulazione originaria faceva riferimento, genericamente, a persone in

---

<sup>38</sup> Su tale estensione cfr. la Nota *La protezione* cit., p. 2.; cfr. anche quanto si è detto in precedenza, par. 9.

fuga da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato o di violazioni sistematiche e generalizzate dei loro diritti umani, senza indicazioni circa il carattere “individuale” della violazione)<sup>39</sup> la Corte ha dato un’interpretazione estensiva della situazione meritevole di protezione. Fatto salvo l’indiscutibile “rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU”, in particolare dall’art. 3, l’interpretazione autonoma, e quindi additiva delle norme della direttiva ha come risultato che la minaccia individuale ovvero il rischio soggettivo che corre il singolo non deve essere provato quando il grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto è così elevato da ritenere che la persona, rientrando nel Paese, “correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio [...] un rischio effettivo di subire la detta minaccia”<sup>40</sup>.

Il singolo, insomma, non è sottoposto all’onere della prova in determinate situazioni, venendo così facilitato il riconoscimento della qualifica di protezione sussidiaria e favorita l’interpretazione estensiva di una norma, come si è detto, di dubbia formulazione.

*b)* La direttiva procedure si propone di stabilire norme procedurali minime sul riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato: un “quadro minimo” che dovrebbe (precisa la direttiva, considerando n. 6) “contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti alla diversità delle normative”. La finalità di limitare o eliminare il fenomeno di *asylum shopping*, comune alla direttiva qualifiche, è solo in parte realizzato, poiché la discrezionalità lasciata agli Stati nell’adottare misure

---

<sup>39</sup> Cfr. per rilievi critici la Nota *La protezione* cit., p. 3.

<sup>40</sup> Cfr. il punto 43 della sentenza e sul rispetto, comunque, dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU, il punto 28.

di attuazione è assai ampia e il frequente rinvio a norme e procedure nazionali pregiudica l'uniformità di soluzioni.

Anche il coordinamento con la direttiva qualifiche è carente, perché è lasciata agli Stati la facoltà di decidere se la procedura relativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato è applicabile anche per il riconoscimento della protezione sussidiaria (art. 3, par. 3). Il nostro Paese si è avvalso di tale facoltà e il d.lgs. 25/2008 prevede una procedura unica per tutte le forme di protezione internazionale (art. 26), consentendo anche l'impugnazione di una decisione che abbia riconosciuto la protezione sussidiaria anziché lo *status* di rifugiato (art. 35). A conferma di questa impostazione unitaria a livello nazionale, il d.lgs. usa le espressioni “domanda di asilo” e “domanda di protezione internazionale” in modo equivalente (si veda, per esempio, la rubrica dell'art. 26 e il 1° comma dello stesso articolo, e la diversa denominazione degli organi amministrativi competenti, le commissioni territoriali essendo denominate di “protezione internazionale” e quella nazionale di “diritto di asilo”, artt. 4, 5).

La direttiva, che consente di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli (art. 5) lascia comunque liberi gli Stati di applicarla a qualsiasi altra forma di protezione internazionale (art. 3, par. 4).

Il d.lgs. ricordato prevede una forma autonoma di protezione a favore di chi non abbia ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale, qualora sussistano “gravi motivi di carattere umanitario” (art. 32; la commissione territoriale trasmette gli atti al questore per



l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno, appunto, per motivi di carattere umanitario)<sup>41</sup>.

Non vi è dubbio che la direttiva abbia effetti positivi: *a)* nel prevedere, per esempio, il diritto di rimanere nello Stato durante l'esame della domanda (art. 7); *b)* nel ribadire, a più riprese, il divieto di *refoulement* (artt. 26, 27, 36, allegato II); *c)* nel prevedere il diritto all'assistenza e rappresentanza legali (art. 15, seppur con molti limiti quanto alla gratuità delle stesse quando si tratti di impugnare una decisione negativa); *d)* nel vietare l'arresto per il solo motivo che si tratti di persona che chieda l'asilo (art. 18), anche se non viene escluso che ciò possa avvenire, salvo precisare che gli Stati devono assicurare "un rapido sindacato giurisdizionale". Contro le decisioni negative deve essere assicurato "un mezzo di impugnazione efficace dinnanzi a un giudice" (art. 39), ma non è prevista una sospensione automatica della decisione a seguito dell'impugnazione, venendo formulato un generico impegno degli Stati a prevedere norme nazionali, conformi agli obblighi internazionali assunti dagli Stati stessi, che consentano ai richiedenti asilo di rimanere in attesa dell'esito del procedimento giudiziario (art. 39, par. 2 e par. 3)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Il rilascio del permesso è, salvo casi eccezionali, atto dovuto, una volta che sia stata accertata da parte della commissione (non già del Questore) la sussistenza dei motivi: cfr. sul punto Cass. S.U. 19393/09. Precisa il d.lgs. art. 34, par. 3 che "il permesso di soggiorno umanitario" rilasciato ai sensi del t.u. immigrazione (art. 5, 6° comma) viene sostituito, al momento del rinnovo, dal permesso per protezione sussidiaria e comunque, ai titolari del "vecchio" permesso sono riconosciuti gli stessi diritti dei titolari dello *status* di protezione sussidiaria (art. 34, apr. 4). Sul questo punto si veda oltre, par. 16.

<sup>42</sup> Nel d.lgs. 25/2008 si distinguono i casi di sospensione automatica (casi limitati, anche se sembrerebbe la regola, art. 35, 6° comma) da quelli, ben più numerosi, in cui la sospensione deve, invece, essere espressamente richiesta (art. 35, 7°, 8°, 12° comma). La sospensione va dunque richiesta se si tratta di ricorsi contro le decisioni di inammissibilità (per esempio se il riconoscimento è già stato pronunciato in altro Stato o se si tratta di reiterazione della domanda); contro le decisioni prese quando il richiedente asilo si è allontanato dal centro di accoglienza senza giustificato motivo; contro le decisioni prese

c) Uno degli aspetti più problematici della direttiva, che ha causato anche un contenzioso fra Parlamento europeo e Consiglio, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia, riguarda la definizione di Paesi terzi sicuri<sup>43</sup>.

Il Parlamento aveva ritenute violate le proprie prerogative perché la direttiva prevede, anziché la codecisione, una decisione del Consiglio, a maggioranza qualificata, previa semplice consultazione del Parlamento, nelle ipotesi di adozione di un elenco comune minimo di Paesi terzi, considerati Paesi di origine sicuri (art. 29) e di un elenco di Paesi terzi europei sicuri (art. 36). Criterio fondamentale per stabilire la fondatezza di una domanda di asilo è la sicurezza del richiedente nel Paese di origine e la definizione comune di tali Paesi, in modo da presumerne la sicurezza, riconoscendo al singolo, in ogni caso, il diritto di far venire meno tale presunzione in relazione al proprio caso. Si tratta di un importante obiettivo della direttiva che vuole preservare i casi particolari di persecuzione (art. 31, par. 1 sui “gravi motivi” e le “circostanze specifiche” che il singolo può invocare). I criteri di “sicurezza” (indicati nell’allegato II) consistono nella valutazione dell’inesistenza di persecuzioni, torture, pene o trattamenti disumani o degradanti, pericolo di violenza indiscriminata. Tale valutazione deve essere compiuta avendo riguardo *a)* alle norme e prassi nazionali; *b)* al rispetto dei diritti e libertà tutelati nella CEDU “e/o” nel Patto internazionale sui diritti civili e politici “e/o” nella Convenzione contro la tortura; *c)* al rispetto del

---

quando il richiedente si trova in un centro di accoglienza e ha presentato la domanda essendo già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento, oppure quando è trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione (per tutti i motivi che richiedono il trattenimento, per esempio perché condannato od espulso in casi diversi da quelli che consentono la presenza in un centro di accoglienza); ricorsi in appello contro le decisioni pronunciate dal tribunale.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, 6.5.2008, causa C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-3189.

principio di *non refoulement* conformemente alla Convenzione di Ginevra; *d*) all'esistenza di un sistema di rimedi efficaci contro la violazione dei diritti e libertà fondamentali. L'effettività del diritto e la tutela a livello internazionale, attraverso dunque gli strumenti di diritto internazionale, assumono massimo rilievo.

Una domanda di cittadino (o apolide soggiornante abitualmente) di un Paese di origine (terzo) sicuro è dunque, in linea di principio, giudicata "infondata" (art. 31, par. 2); se il Paese terzo è europeo, non si procede all'esame del merito, anzi, precisa la norma, non ha luogo neppure l'esame della domanda (o, afferma la direttiva, art. 36, con espressione di dubbia interpretazione, l'esame non viene "condotto esaurientemente").

La pronuncia della Corte di giustizia non ha riguardato il contenuto delle norme in proposito, ma il procedimento. Viene infatti censurata la "riserva di legge" contenuta nella direttiva a favore del Consiglio, che ha previsto un fondamento normativo *ad hoc* anziché adeguarsi, e quindi ricorrere, alla procedura generale di codecisione ai sensi dell'art. 67. L'annullamento ha avuto come conseguenza la mancata adozione degli elenchi e, quindi, la non applicazione, sotto questo profilo, della direttiva.

**13.** Le critiche al sistema, composto (come si è detto) da regolamenti e direttive, hanno determinato la Commissione ad avviare una fase di revisione normativa, ovvero una seconda fase nella realizzazione della politica di asilo, ritenendo conclusa la prima fase (avviata con il programma di Tampere e continuata con quello di Amsterdam). Fra le critiche si possono ricordare l'automatismo

nell'applicazione dei criteri di responsabilità previsti da "Dublino II", poiché lo Stato competente, cui viene rinviata la persona, può non essere rispettoso dei diritti fondamentali e, in particolare, della CEDU. In tal senso si è espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo, censurando gli Stati che rinviano in Grecia e la Grecia stessa, perché vi è il rischio che sottoponga la persona a trattamenti disumani e degradanti oppure (qualificandosi in tal caso "Stato intermedio") rinvii a sua volta verso uno Stato dove può subire tali trattamenti.

L'applicazione delle norme comunitarie in materia di asilo non può comportare la violazione delle norme sui diritti fondamentali, a maggior ragione in quella prospettiva futura di piena integrazione della Carta dei diritti fondamentali nel Trattato UE quando sarà in vigore il Trattato di Lisbona. L'art. 18 della Carta tutela il diritto d'asilo; l'art. 19 il divieto di allontanamento, espulsione, estradizione se la persona corre il serio rischio di sottoposizione a pena di morte, tortura, altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Le due norme, dunque, potranno essere invocate come parametro di legittimità degli atti comunitari e il giudice nazionale potrà farvi riferimento nel riconoscere al singolo diritti tutelati dalle norme comunitarie<sup>44</sup>.

Le proposte di modifica verso "un sistema comune europeo" mirano ad una procedura uniforme di esame delle domande di asilo, da instaurare, secondo il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, entro il

---

<sup>44</sup> Sul significato della Carta, soprattutto sulla sua funzione interpretativa di un atto comunitario quando la Carta è richiamata dall'atto, ad essa conformandosi cfr. Corte di giustizia, 2.6.2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-5769, sottolineando a proposito della direttiva sul ricongiungimento familiare, che "se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza affermando, al secondo "considerando" della direttiva che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta". Sugli artt. 18 e 19 della Carta cfr. i commenti di G. BRUNELLI, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 154 ss.

2012. Le procedure in vigore negli Stati membri sono eccessivamente differenziate, la percentuale di riconoscimento variando in modo non giustificato neppure in presenza di regole minime, e il riconoscimento di protezione sussidiaria è di gran lunga superiore al riconoscimento dello *status* di rifugiato, con il pericolo, paventato dall'UNHCR che la Convenzione venga svuotata del suo significato<sup>45</sup>.

In un sistema veramente integrato si dovrebbe pretendere oltre ad una procedura, uno *status* o condizione uniforme, ispirato al principio del mutuo riconoscimento effettivo. Si dovrebbe ricorrere a regolamenti, piuttosto che a direttive, ma si potrebbe anche istituire una autorità europea che compia un esame centralizzato delle domande. Per ora è prevista l'istituzione di un Ufficio di sostegno agli Stati, che consenta una maggiore collaborazione e un sistema di solidarietà per la ricollocazione o redistribuzione dei beneficiari di protezione internazionale che si trovino sia all'interno dell'Unione europea, cioè sul territorio degli Stati membri, sia che provengano da uno Stato terzo ove si trovano (c.d. Paese di primo asilo) e vengano, appunto, reinsediati in uno Stato membro che dà la propria disponibilità in tal senso<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM(2009)262 del 10.6.2009, spec. p. 5, con indicazioni delle percentuali: se la media degli accoglimenti delle domande è del 25%, vi sono Stati con il 50% e Stati con un numero minimo di accoglimenti. Per una constatazione sui risultati minimi conseguiti cfr. la Comunicazione sull'applicazione della direttiva, COM(2007)745 del 26.11.2007. Sull'aumento dei riconoscimenti di protezione sussidiaria cfr. il *Piano strategico* cit. e sulle preoccupazioni dell'UNHCR la "Nota" *La protezione sussidiaria* cit., *ivi* riferimenti.

<sup>46</sup> Cfr. la proposta di regolamento che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, COM(2009)66 del 18.2.2009 e la comunicazione della Commissione *sull'istituzione di un programma comune di reinsediamento UE*, COM(2009)447 del 2.9.2009, anche sulle diverse tipologie di reinsediamento. Si veda pure il *Piano strategico* cit., par. 5.1.; sullo stanziamento di risorse cfr. la decisione 573/2007 del Parlamento e del Consiglio del 23.5.2007, che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2008-2013 e sui problemi di finanziamento la comunicazione prima cit.

Assume dunque rilievo anche la ripartizione degli oneri e, quindi, la necessità di risorse adeguate la cui mancanza o non corretta distribuzione è stata lamentata, in particolare dal nostro Paese in occasione degli afflussi di migranti e richiedenti asilo via mare, con particolare riguardo ai più recenti, che hanno suscitato significative reazioni (come si dirà in prosieguo) anche da parte della Commissione europea, nel senso sia di chiedere ragione del comportamento tenuto dalle autorità italiane (respingimenti in larga misura), sia di proporre, in linea generale, nuove e concrete misure di redistribuzione interna<sup>47</sup>.

**14.** La definizione di una politica europea in materia di asilo rinnovata o rinforzata (piuttosto che nuova) è contenuta nel Trattato di Lisbona. Da un lato, viene accolta una nozione ampia di politica di asilo, comprendente quella sussidiaria e quella temporanea, “volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento” in conformità alla Convenzione di Ginevra (art. 78 Trattato FUE), ma anche con gli artt. 18, 19 della Carta dei diritti fondamentali.

---

<sup>47</sup> Cfr. il par. 17; in particolare la lettera del Vicepresidente della Commissione europea Barrot al Governo italiano del 15.7.2009 e, quanto alle proposte della Commissione, la comunicazione cit. alla nota precedente. Per alcuni rilievi in proposito si rinvia al nostro contributo *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea*, leggibile in <http://www.iai.it/pdf/DocIAI/IAI0922.pdf>; cfr. pure sugli sbarchi e respingimenti F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 800 ss. Nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 18-19.6.2009, si sottolinea la necessità di misure concrete, con riferimento, in particolare, agli avvenimenti verificatisi a Cipro, Malta, in Grecia e in Italia, ma non si è andati oltre al sollecito di un “coordinamento delle misure volontarie per la redistribuzione interna”.

Dall'altro lato, il sistema comune europeo deve essere fondato sulla solidarietà fra gli Stati membri (“principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario”, art. 80 Trattato FUE) e sul partenariato e la cooperazione con i Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o richiedenti protezione sussidiaria e temporanea (art. 78, par. 2 Trattato FUE).

Questi obiettivi, contenuti anche nel programma di Stoccolma sulla politica dell'Unione in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i prossimi cinque anni<sup>48</sup>, richiedono la determinazione di modalità attuative, poiché non riguardano soltanto una ripartizione di oneri economici. Si tratta di verificare vari elementi: *a)* se l'Unione europea ha la competenza e la volontà politica di sostituirsi a questo o quello Stato onerato da afflussi o domande di asilo; *b)* se è possibile assumere atteggiamenti comuni verso quei Paesi terzi, di origine o di transito, che sono “fornitori” di richiedenti asilo o migranti (i flussi, com'è noto, essendo spesso di carattere misto); *c)* se sono realizzabili forme di “esternalizzazione” delle domande di asilo<sup>49</sup> e quali controlli e garanzie, anche di carattere giurisdizionale, dovrebbero essere offerti affinché gli standard umanitari (ed europei) siano rispettati.

A queste difficoltà di concreta realizzazione si aggiungono le esigenze di contemperare le finalità umanitarie con quelle di sicurezza

---

<sup>48</sup> Il programma 2009-2014 è contenuto nella comunicazione della Commissione *Giustizia, libertà e sicurezza in Europa. Valutazione del programma d'azione dell'Aja*, COM(2009)263 del 10.6.2009, e dovrebbe essere adottato al Consiglio europeo del dicembre 2009.

<sup>49</sup> Si tratta di forme, peraltro, già realizzate in Tanzania, Ucraina, Bielorussia, in virtù di progetti-pilota, che potrebbero essere estesi, cfr. la comunicazione della Commissione *relativa ai programmi di protezione regionale* COM(2005)388 del 1.9.2005; sul tema, in generale, B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune* cit., p. 211 ss.

degli Stati, specie quelle relative al contrasto del terrorismo e dell'immigrazione clandestina<sup>50</sup>, che pur in presenza di obblighi internazionali, appunto, umanitari, lasciano spazio alla sovranità dello Stato nell'assumere decisioni a tutela del proprio ordinamento. Come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo (seppur a maggioranza)<sup>51</sup>, esaminando il possibile contrasto di norme nazionali, come quelle del Regno Unito, che consentono la detenzione dei richiedenti asilo (si tratta di norme legittime, seppur eccezionali, perché la regola generale è il diritto alla libertà sancito dall'art. 5, par. 1 CEDU), lo Stato ha un diritto sovrano sul controllo dell'ingresso e soggiorno degli stranieri, senza dover distinguere i migranti dai richiedenti asilo. La facoltà di disporre misure detentive è un "corollario" di questo diritto, teso essenzialmente ad impedire l'immigrazione clandestina: il limite che l'autorità nazionale incontra nel disporre tali misure è nella arbitrarietà della decisione di restringere la libertà individuale, non già nella misura in sé.

---

<sup>50</sup> Per alcuni rilievi in proposito A. ADINOLFI, *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 483 ss. (ivi ampi riferimenti); per rilievi di carattere generale P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 86 ss. e dello stesso, in precedenza, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. I parte. L'applicazione agli stranieri delle norme sul terrorismo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2005, p. 13 ss.; *II parte. Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo*, *ibidem*, n. 4, 2005, p. 13 ss.

<sup>51</sup> Grande Camera, 29.1.2008, *Saadi c. Regno Unito*, che conferma la sentenza della Camera, 11.7.2006, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=saadi&sessionId=30432490&skin=hudoc-fr>; cfr. anche l'opinione dissidente di sei giudici (su diciassette componenti la Grande Camera). Per alcuni rilievi critici E. OCELLO, *La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 87 ss.



La presa di posizione della Corte suscita perplessità, perché riproduce una posizione tradizionale del “diritto di conservazione” degli Stati a tutela delle frontiere (già ricordata nell’esaminare, in precedenza, par. 3, i lavori dell’*Institut de droit international*) senza affrontare il tema, a nostro avviso centrale, della “coerenza” fra obblighi internazionali previsti dalla Convenzione di Ginevra, obblighi comunitari e obblighi previsti dalla CEDU stessa. Il tema è aperto a nuove riflessioni e approfondimenti e non vi’è dubbio che i casi dei respingimenti in mare operati dal nostro Paese, già portati all’esame della Corte, ne offriranno l’occasione.

### III.

15. La mancanza di una legge organica sul diritto d'asilo che dia attuazione all'art. 10, 3° comma Cost. ha creato non poche difficoltà interpretative nella giurisprudenza e nella dottrina che si è occupata del tema. La norma prevede, come è noto, una riserva assoluta di legge ed ha uno stretto collegamento non solo con il 2° comma, che prevede una riserva di legge sulla condizione dello straniero (per così dire “ordinario” rispetto alla “speciale” condizione del rifugiato), ma con il 4° comma sul divieto di estradizione. Il diritto d'asilo è garantito “secondo le condizioni stabilite dalla legge” qualora allo straniero “sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana” ed è garantito anche nel caso in cui lo straniero sia perseguito per reati di natura politica, impedendone l'extradizione.

Il 4° comma (come emerge anche dai lavori preparatori della Costituzione) rappresenta un corollario del 3° comma, pur non proteggendo, in modo esclusivo, i beneficiari del diritto d'asilo, considerata l'ampia formulazione della norma. Il 4° comma è anche connesso con l'art. 26, 2° comma che vieta l'extradizione del cittadino (“non può in alcun caso essere ammessa per reati politici”)<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Sui lavori preparatori, sul collegamento fra 3° e 4° comma (le garanzie concesse all'esule politico vengono rafforzate, vietandone espressamente l'extradizione) e la proposta di Perassi a favore di un comma aggiuntivo sul diritto di asilo (dal contenuto “Non è ammessa l'extradizione per reati politici”) cfr. A. CASSESE, *Commento art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, p. 544 ss., anche sul

Un confronto del 3° comma con la Convenzione di Ginevra conferma quanto sia ampia la norma costituzionale: diversamente dalla norma cardine rappresentata dall'art. 1A della Convenzione di Ginevra: il diritto d'asilo è infatti riconosciuto a chi proviene da un Paese che nega le libertà fondamentali, indipendentemente dal fatto (e quindi dalla prova) che lo straniero abbia subito o tema di subire, in caso di ritorno, delle persecuzioni.

La norma riconosce un diritto soggettivo, invocabile avanti al giudice ordinario in quanto si tratta di diritto del singolo ad ottenere una sentenza dichiarativa circa tale *status*: non è soltanto un diritto di chiedere, ma di ottenere l'asilo qualora sussistano i presupposti indicati dalla norma, anche in mancanza di una legge che disciplini l'esercizio di tale diritto.

Le iniziative di legge sono state molte nel corso del tempo, determinando anche una certa "confusione" fra diritto di chiedere ed ottenere l'asilo e diritto di chiedere ed ottenere lo *status* di rifugiato o, più semplicemente, fra asilo e *status* di rifugiato<sup>53</sup>.

---

significato (spec. p. 558) dell'espressione "in nessun caso" di cui all'art. 26, poiché si distingue il divieto assoluto di estradizione per reati politici da quello relativo per reati comuni, l'extradizione essendo consentita "ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali". Cfr. inoltre L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 2, p. 29 ss. e dello stesso *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, 2005, p. 173 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto cit.*, p. 21, A. CALIGIURI, *Art. 10, 3° co.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *La Costituzione Italiana*, Torino, 2007, p. 253 ss. e dello stesso, per un commento al 4° comma, *Art. 10, 4° co., loc. cit.*, p. 258 ss. (*ivi* riferimenti). Per rilievi di carattere generale (oltre agli autori citt. alle note 1 e 53), G. D'ORAZIO, *Asilo (diritto di) – II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, vol. III, p. 1 ss. e dello stesso, *Condizione dello straniero e "società democratica"*, Padova, 1994, p. 94 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 229 ss.

<sup>53</sup> Sulle proposte di riforma cfr. il nostro *La condizione cit.*, pp. 6 s., 67, 87 ss., rifer. *ivi* (il testo del d.d.l. n. 2425, comunicato al Senato il 13.5.1997, "Norme in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo" è a p. 527; per i testi di proposte di legge, nel

Ne è un esempio la legge Martelli (n. 39/90) il cui titolo si riferisce all' "asilo politico", ma la rubrica dell'art. 1 e il suo contenuto si riferiscono ai "rifugiati" (precisamente a quelli disciplinati dalla Convenzione di Ginevra), mentre il regolamento di attuazione (d.P.R. 15.5.1990, n. 136, art. 2) istituiva una "Commissione centrale" competente, appunto, a determinare il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Anche le modifiche legislative successivamente intervenute confermano questo orientamento. La c.d. legge Bossi-Fini (l. 30.7.2002, n. 189) ha inserito nella legge Martelli gli articoli da 1 *bis* a 1 *septies*; un nuovo regolamento di attuazione (d.P.R. 16.9.2004, n. 303) ha sostituito il precedente (n. 136/90). La Commissione centrale è divenuta Commissione nazionale "per il diritto di asilo" e sono state istituite commissioni territoriali "per il riconoscimento dello *status* di rifugiato". Le norme in proposito si riferiscono indifferentemente all'asilo e al rifugiato, il regolamento addirittura definendo (art. 1 lett. *c* e *d*) "richiedente asilo" lo straniero che chiede il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra e "domanda di asilo" la domanda di riconoscimento di tale *status*. Il d.lgs. procedure (25/2008), già ricordato, mantiene la denominazione e le competenze della Commissione nazionale "per il diritto di asilo" (in particolare sulla revoca e cessazione dello *status* e protezione, art. 5), ma rinomina le commissioni territoriali, ora competenti (art. 4) "per il riconoscimento della protezione internazionale".

---

passato, cfr. il nostro *Lo straniero* cit., pp. 323, 332; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1134 ss., spec. p. 1157 ss.; *ivi* anche i rilievi di L. NERI, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, spec. p. 1206 ss.; Cfr. pure L. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 1988, p. 198 ss.

Nessuna di queste norme faceva e fa riferimento all'art. 10, 3° comma. Un solo riferimento dovrebbe rinvenirsi nella legislazione vigente, precisamente nella l. 30.9.1993, n. 388 di ratifica ed esecuzione degli Accordi di Schengen. L'art. 17, 2° comma prevede che le disposizioni della Convenzione (del 19.6.1990) di applicazione dell'accordo di Schengen (del 14.6.1985) "relative alle domande ed ai richiedenti asilo non escludono l'obbligo delle competenti autorità nazionali di esaminare direttamente una domanda di asilo presentata ai sensi dell'articolo 10 della Costituzione della Repubblica come attuato dalla legislazione vigente". Il nostro Paese si è voluto, così, avvalere della possibilità riconosciuta dall'art. 29, par. 4 della Convenzione ("ogni parte contraente conserva il diritto") di esaminare una domanda di asilo pur non avendone la competenza, in presenza di "ragioni particolari attinenti soprattutto alla legislazione nazionale". La disposizione conferma l'ampia tutela offerta dall'art. 10 rispetto ad altre norme del nostro ordinamento<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Tale possibilità è, più recentemente, riconosciuta dal regolamento n. 343/2003 ("Dublino", del 18.2.2003, che in modo più sintetico prevede che in deroga ai criteri di competenza previsti nel capo III del regolamento "ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base" a detti criteri. L'*acquis* di Schengen, in virtù del Protocollo (n. 2) allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea, relativo all'integrazione di Schengen nell'ambito dell'Unione europea "si applica immediatamente" ai Paesi membri (art. 2 Protocollo, a decorrere dal 1.5.1999, data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam; il Protocollo, come la Dichiarazione poco oltre, sono contenuti nell'Atto finale di detto Trattato). Il Protocollo (n. 29) sull'asilo per i cittadini degli Stati membri prevede ipotesi eccezionali in cui uno Stato membro è legittimato ad esaminare le domande di asilo di cittadini di altri Stati membri, essendo, questi, "paesi d'origine sicuri": il potere di esame e decisione di uno Stato, insomma, non è pregiudicato. Il Belgio ha dichiarato (Dichiarazione n. 6) che procederà comunque all'esame della domanda di cittadini comunitari: anche il Governo italiano avrebbe potuto, invero, fare la stessa dichiarazione, coerentemente all'art. 17, 2° comma cit.

16. La tesi, sostenuta in passato, che il diritto d'asilo *ex art. 10, 3°* comma è un *genus* che trova varie specificazioni o *species*, sembra oggi del tutto fondata, ricevendo conferma in giurisprudenza<sup>55</sup>. La Convenzione di Ginevra rappresenta dunque una di queste specificazioni o *species*. Si tratta, più precisamente della legge di ratifica ed esecuzione 722/1954 e della legge 39/90, che ha modificato tali norme di adattamento facendo cessare sia gli effetti della dichiarazione di limitazione geografica di applicabilità ai cittadini europei (l'applicabilità temporale agli avvenimenti verificatisi prima del 1.1.1951 era venuta meno con la legge di ratifica ed esecuzione 95/1970 del Protocollo di New York del 31.1.1967), sia le riserve in materia di attività salariate e lavoro autonomo (artt. 17, 18 della Convenzione, accettati come semplici raccomandazioni). Nella prassi, invero il nostro Paese aveva più volte derogato alle riserve, dando piena applicazione alla Convenzione<sup>56</sup>.

Le norme comunitarie e quelle nazionali di recepimento contribuiscono a colmare la lacuna legislativa. La nozione di asilo contenuta nell'art. 10 e la sfera dei potenziali beneficiari (stranieri ai quali sia impedito l'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione) restano assai ampie, anche se gli strumenti internazionali e le norme comunitarie forniscono una protezione

---

<sup>55</sup> Cfr. i nostri rilievi in *La condizione* cit., p. 86 e, negli stessi termini, Cons. Stato, IV, 11.7.2002, n. 3874 nonché i rilievi di C. TAGLIENTI, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, in [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/diritto\\_asilo.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/diritto_asilo.htm).

<sup>56</sup> Si vedano i nostri rilievi in *Lo straniero* cit., p. 115 ss.; fra i casi di deroga più noti si ricordano l'asilo accordato ai circa mille cileni rifugiatisi nell'ambasciata italiana di Santiago e di circa tremilacinquecento cittadini del Sud-Est asiatico (cambogiani, laotiani, sudvietnamiti). Sui provvedimenti adottati, in situazioni di emergenza, a seguito dell'afflusso di cittadini albanesi, cittadini dell'ex Jugoslavia, cittadini somali cfr. il nostro *La condizione* cit., p. 6 s. e i contributi *ivi*, p. 95 ss. di F. PEDRAZZI e L. TRUCCO.

internazionale di livello o standard, come si dirà, sufficientemente elevato.

*a)* Sembra opportuno ricordare, a proposito della tutela di diritti fondamentali quale il diritto di asilo, che ben può venire in rilievo l'art. 10, 1° comma e, quindi, la tutela attraverso le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, su cui si è espressa, come è noto, la Corte costituzionale con riferimento al diritto alla salute e al divieto di operare discriminazioni nei confronti degli stranieri<sup>57</sup>. Questa affermazione circa il divieto di discriminazioni dovrebbe valere, a maggior ragione, per chi è rifugiato o chiede asilo. La stessa Corte, comparando lo straniero c.d. ordinario con chi chiede asilo ai sensi dell'art. 10, 3° comma, ammette la condizione di reciprocità (“è ragionevole”) per uno straniero che intenda esercitare la professione giornalistica, ma non per lo straniero “che sia cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche e, quindi, della più eminente manifestazione di queste”, quale la libertà garantita dall'art. 21 Cost.

Il presupposto della reciprocità rischierebbe infatti “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*”<sup>58</sup>.

*b)* La giurisprudenza a favore sia del carattere precettivo, non già programmatico, dell'art. 10, 3° comma, sia della giurisdizione del giudice ordinario anziché amministrativo trattandosi di diritto soggettivo,

---

<sup>57</sup> Sentenza 30.7.2008, n. 306.

<sup>58</sup> Corte cost., 23.3.1968, n. 11.

ha la sua prima, importante affermazione in una pronuncia della Corte di Cassazione (S.U., 26.5.1997, n. 4674) che dà atto del diverso, ma datato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'opinione della dottrina "pressoché pacifica" circa la natura di diritto perfetto. Non condivisibile, tuttavia, per la mancata considerazione di altre fonti, è l'affermazione della Corte secondo cui il contenuto del diritto soggettivo sarebbe limitato al solo diritto di ingresso nel territorio dello Stato, mentre al rifugiato sarebbe garantito lo *status* di particolare favore previsto dalla Convenzione di Ginevra. Si tratta di affermazione non corretta, perché al diritto di ingresso, corrispondente in negativo al divieto di *refoulement*, si accompagnano sicuramente quei diritti che derivano da strumenti di diritto umanitario e che riguardano la vita, la dignità, il trattamento della persona, essendo vietato qualunque trattamento disumano o degradante ovvero la tortura. Dovrà, dunque, essere garantito allo straniero un soggiorno almeno temporaneo, affinché possa far valere quei diritti essenziali che le norme internazionali e interne gli riconoscono<sup>59</sup>.

L'orientamento a favore del diritto soggettivo è stato successivamente ribadito dalla Corte di cassazione adita in sede di regolamento di giurisdizione, venendo in rilievo, appunto, la questione della giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo a seconda della qualificazione dell'asilo o rifugio come diritto soggettivo o interesse legittimo e valorizzando sia le modifiche apportate alla l. 39/90

---

<sup>59</sup> Cfr. in particolare i rilievi di G. GAJA, *Diritto dei rifugiati e giurisdizione ordinaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 791 s. anche sul d.d.l. in materia di asilo, n. 2425 cit., auspicando che soltanto il giudice ordinario abbia competenza a giudicare sia sul diritto d'asilo, sia sullo *status* di rifugiato (la competenza era, all'epoca, di un organo amministrativo, la Commissione centrale istituita dal d.P.R. n. 136/1990). Sul contenuto necessario del diritto di asilo e sulla giurisprudenza rilevante, M. BENVENUTI, *Il diritto* cit., p. 95 ss.; L. CHIEFFI, *La tutela* cit., p. 29 ss.; A. CALIGIURI, *Art. 10, 3° co. cit.*, p. 253 ss.



dal t.u. immigrazione, sia quelle derivanti dalle norme di recepimento delle norme comunitarie, che tutelano diritti soggettivi<sup>60</sup>.

Nel lungo “percorso” giurisprudenziale che ha accompagnato la definizione del diritto di asilo, vale la pena ricordare quanto fosse anticipatore dell’attuale orientamento, e assai liberale, quel giudice di merito<sup>61</sup> che dava massimo rilievo alle finalità di carattere umanitario nel riconoscere lo *status* anche a coloro che all’epoca, non essendo stata ritirata la riserva geografica da parte del nostro Paese, non godevano della protezione della Convenzione (c.d. rifugiati *de jure*), ma soltanto di quella dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite (c.d. rifugiati *de facto*) ai quali veniva rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo in attesa di emigrazione in altro Paese. Si riteneva insoddisfacente, ed anzi contraria all’art. 10, 3° comma, la prassi di negare lo *status* di rifugiato a chi potesse essere ricondotto alla categoria dei beneficiari di tale norma, piuttosto che della Convenzione di Ginevra; si sottolineava come il diritto d’asilo dovesse essere riconosciuto ogniqualvolta emergesse da una qualunque “situazione” o “circostanza di fatto che l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantito dalla nostra Costituzione [fosse] impedito”.

---

<sup>60</sup> Le pronunce più recenti delle Sezioni Unite sono la n. 27310 del 17.11.2008, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2009, p. 127, con commento *ivi*, p. 79 ss. di M. ACIERNO, *Il riconoscimento dello status di rifugiato politico: il procedimento e l’onere della prova al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*; la n. 11535 del 19.5.2009 in [www.cortedicassazione.it/notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite](http://www.cortedicassazione.it/notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite); la n. 19393 del 9.9.2009, in *Guida la diritto*, n. 41, 2009, p. 86, *ivi*, p. 93 s. il commento di M. PISELLI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non si può rimettere al potere discrezionale della Pa*; per rilievi sull’orientamento della giurisprudenza e della prassi, L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, Milano, 2009, p. 233 ss.

<sup>61</sup> Corte d’appello di Milano, 27.11.1964, in *Foro it.*, 1965, II, 122; il riconoscimento dello *status* di rifugiato era oggetto di accertamento incidentale in un giudizio penale ai fini della sussistenza, o non, dello stato di necessità *ex art. 54 cod. pen.*

L'impostazione umanitaria prevale in epoca più recente, insieme ad una corretta valutazione di atti internazionali rilevanti, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, delle opinioni della dottrina. Nel noto caso *Oçalan*, leader del PKK (partito dei lavoratori del Kurdistan), il Tribunale di Roma riconosceva il diritto di asilo, accertando la violazione effettiva, in Turchia, di varie libertà democratiche riconosciute dalla Costituzione italiana<sup>62</sup>.

L'abrogazione, disposta dal t.u. immigrazione della norma della l. 39/90 (art. 5) che attribuiva al giudice amministrativo la competenza a decidere sul diniego dello *status* di rifugiato, ma anche l'attribuzione (in virtù dello stesso t.u.), allo stesso giudice ordinario, a decidere sui provvedimenti di espulsione (salvo nel caso di espulsione disposta dal Ministro dell'interno), "consolidavano" la giurisdizione del giudice ordinario nel dichiarare il riconoscimento del diritto d'asilo. Si afferma, dunque, che "tutte le controversie concernenti lo *status* delle persone rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario" e che i provvedimenti in materia "hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva"<sup>63</sup>. Il giudice ordinario ha competenza sul diritto di asilo, sulla protezione internazionale definita dalle norme comunitarie e da quelle di recepimento, sulla protezione umanitaria che le commissioni territoriali

---

<sup>62</sup> Trib. Roma, 1.10. 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, p. 101 ss. (con scheda a cura della redazione).

<sup>63</sup> Cfr. Cass. S.U. 17.12.1999, n. 907 che conferma Cass. S.U. 4674/1997 (ma quest'ultima era precedente al t.u. immigrazione, approvato con d.lgs. 25.7. 1998, n. 286). L'art. 47 t.u. abroga l'art. 5; l'art. 13 t.u. prevede la competenza, in materia di espulsione, del giudice ordinario (pretore, all'epoca del d.lgs. 286/98, poi tribunale e infine giudice di pace), l'art. 47 avendo abrogato gli artt. 2 ss. della legge Martelli (che prevedeva la competenza del giudice amministrativo).

possono riconoscere in mancanza dei requisiti che consentono la protezione internazionale<sup>64</sup>.

17. Le norme comunitarie e quelle nazionali di recepimento hanno contribuito in modo significativo a ridisegnare lo *status* del rifugiato e gli obblighi dello Stato.

a) Sotto il primo profilo si ricorda il recente orientamento della giurisprudenza sull'onere probatorio relativo alle condizioni presupposte al riconoscimento formale. Si osserva, in proposito, che i criteri previsti dalla direttiva qualifiche (2004/83) e dal relativo d.lgs. (251/2007) si fondano sulla credibilità di chi chiede la protezione internazionale, sulla concreta possibilità di fornire i riscontri probatori necessari, sul dovere del giudice (e della commissione territoriale prima) di cooperare al fine dell'accertamento delle condizioni e sulla valorizzazione dei poteri istruttori officiosi. All'autorità che esamina la domanda è affidato "un ruolo attivo ed integrativo" nell'attività istruttoria, "disancorato dal

---

<sup>64</sup> Cfr. sui requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte del Questore (art. 32, d.lgs. 25/2008, art. 5 d.lgs. 286/98), Cass. 11535/2009; Cons. Stato, VI, 18.9.2009, n. 5619. La giurisprudenza più recente ha voluto giustificare il diverso, precedente orientamento a favore della giurisdizione del giudice amministrativo, alle commissioni territoriali non essendo riconosciuta la competenza introdotta con la legge Bossi-Fini a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di attuazione, d.P.R. 303/2004, in vigore dal 20.4.2005, competenza confermata dal d.lgs. 25/08. "Al Questore non spetta più, come nel passato, la discrezionalità valutativa che era stata riconosciuta da Cass. S.U., ordinanza 7933/2008, nonché da Cass. S.U., 5089/2008, ricordata da Cass. S.U. 11535/2009 (che ricorda pure il diverso orientamento del Cons. Stato, 3835/2005 e 2868/2006). Ritiene Cass. 11535/2009 che il permesso sia un istituto "ad esaurimento" poiché i permessi umanitari già rilasciati in passato vengono sostituiti con i permessi per protezione sussidiaria e che ai titolari di tali permessi è comunque garantita "una entità di diritti pari a quella garantita dalla nuova protezione", cioè quella sussidiaria (in tal senso l'art. 34, 4° e 5° comma d.lgs. 251/2007). Cfr. sul punto P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, n.1, p.13 ss.

principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali”<sup>65</sup>. Il giudice dispone di ampi poteri, la “diligenza” e “buona fede” del richiedente asilo sostanziandosi “in elementi di integrazione dell’insufficiente quadro probatorio con un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull’onere probatorio” contenute nell’art. 2697 cod. civ. Il principio affermato valorizza le norme comunitarie e il principio dell’interpretazione conforme del diritto nazionale poiché la direttiva qualifica (qui rilevante), e i relativi criteri, avrebbero dovuto trovare applicazione anche prima della scadenza del termine di adeguamento della direttiva, considerato il carattere incondizionato e la precisione del contenuto delle disposizioni sul regime della prova. Principio che (secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia ricordata dallo stesso giudice nazionale) avrebbe dovuto condurre ad una valutazione diversa, applicando il diritto interno “in modo da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva” e (quindi) il diritto comunitario, che finiscono per incidere anche sul diritto processuale nazionale<sup>66</sup>.

**b)** Gli episodi e prese di posizione sui respingimenti in mare verso la Libia da parte delle autorità italiane sollevano nuovi profili di interesse circa gli obblighi dello Stato.

La Commissione europea ha chiesto spiegazioni al Governo italiano sul comportamento tenuto in occasione dei respingimenti,

---

<sup>65</sup> In questi termini Cass. 27310/2008.

<sup>66</sup> Cass. 27310/2008. Nella fattispecie veniva cassata la pronuncia di merito perché non era stata ritenuta ammissibile la prova testimoniale richiesta in secondo grado, in quanto non articolata per capitoli separati, ed era stata rigettata la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, ritenendo insufficienti le dichiarazioni del richiedente (cittadino iracheno di etnia curda e religione musulmana sciita) in ordine alla professione religiosa, sciita, e all’appartenenza alla minoranza, curda, nonostante l’attestata conoscenza della lingua curda. Era stato rigettato anche il riconoscimento dell’asilo *ex art. 10, 3° comma* e la domanda di rilascio di permesso umanitario.

ricordando il valore, in generale, del principio di *non refoulement*, l'obbligo di garantire i diritti fondamentali, di rispettare gli impegni internazionali, previsti dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU, oltre che gli obblighi che derivano dal diritto comunitario. Pur non ricordandolo espressamente, una violazione di tali obblighi (indipendentemente dal significato politico della contestazione) potrebbe condurre all'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 Trattato CE<sup>67</sup>.

Il diritto di asilo, ma anche la sola possibilità di chiederlo va garantito, nel rispetto di quelle norme di diritto internazionale che sono richiamate negli accordi conclusi fra Italia e Libia, in particolare nel Trattato di "amicizia, partenariato e cooperazione", del 30.8.2008, artt. 1, 6, ove, appunto, sono espressamente richiamati i principi e le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuti e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Agli impegni internazionali si aggiungerebbero quelli di diritto interno, il t.u. immigrazione ribadendo la vincolatività della garanzia dei diritti fondamentali (art. 2, 1° comma) e vietando il respingimento. Non solo in caso di asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato, adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari (t.u., art. 10, 4° comma), e quindi in tutti i casi in cui sia necessaria quella protezione internazionale, in senso ampio, di cui si è detto, ma anche quando l'espulsione o il respingimento possano, comunque, esporre lo straniero al rischio di persecuzione, sia nello Stato verso cui viene respinto o allontanato, sia in un altro Stato verso cui quest'ultimo lo respinga o allontani.

---

<sup>67</sup> Cfr. le contestazioni del Vicepresidente della Commissione europea Barrot, del 15.7.2009 cit. e il nostro *Il respingimento* cit., *ivi* i riferimenti alle norme comunitarie oggetto di possibile violazione, quale la direttiva accoglienza e il Codice frontiere Schengen (adottato con regolamento 562/2006 del 15.3.2006); cfr. pure F. DE VITTOR, *Soccorso* cit., *loc. cit.*

Il complesso degli obblighi da osservare, soprattutto di derivazione internazionale e comunitaria, conferisce al diritto di asilo una significativa tutela.

**18.** La diversa combinazione o concorso delle norme e, quindi, degli obblighi a carico dello Stato e dei diritti a favore del singolo consente alcune riflessioni sullo statuto del rifugiato, precisamente sugli standard di trattamento previsti dalle norme internazionali e comunitarie.

*a)* In linea di principio (considerata la particolare condizione) al rifugiato è riservato un trattamento più favorevole di quello previsto per lo straniero c.d. ordinario. La Convenzione di Ginevra prevede standard di trattamento diversi a seconda dei diritti in questione, restando inteso che tali standard sono sempre derogabili in senso più favorevole al rifugiato. Si tratta degli standard *a)* del trattamento nazionale; *b)* del trattamento della nazione più favorita; *c)* del trattamento non meno favorevole di quello riservato agli stranieri in generale, nelle stesse condizioni.

Il primo è il trattamento riservato ai cittadini. I diritti così garantiti, a parità con il cittadino, dalla Convenzione sono in materia di libertà di culto, protezione della proprietà industriale e intellettuale, accesso ai tribunali, razionamento di prodotti di cui vi sia penuria, istruzione primaria, assistenza e sicurezza sociale (salve alcune eccezioni), imposizione fiscale (artt. 4, 14, 16, 20, 22, par. 1, 23, 24, 29 par. 1). Il secondo è il trattamento della nazione più favorita: esso assume come riferimento quello più favorevole accordato, nelle stesse circostanze, ai cittadini di un Paese straniero. I diritti così garantiti sono il diritto di associazione, l'esercizio di attività salariata (art. 15, art. 17, par.

1). Il terzo è il trattamento previsto per gli stranieri in generale. E' il meno favorevole dei tre, anche se non è consentito un trattamento deteriore. I diritti così garantiti sono il diritto di proprietà, l'esercizio di attività autonoma e di libera professione, l'accesso all'alloggio, l'istruzione secondaria, la libertà di circolazione (art. 13, 18, 19, 21, 22 par. 2, 26).

Non sono previsti standard di trattamento per lo *status* personale, la Convenzione contenendo una norma uniforme di conflitto che dispone l'applicabilità non già della legge del Paese di appartenenza, ma di quella del domicilio o, in mancanza, di quella del Paese di residenza (art. 12). Non sono previsti standard, ma in genere facilitazioni, in materia di assistenza amministrativa, rilascio di documenti di identità e di viaggio, trasferimento dei beni, naturalizzazione (artt. 25, 27, 28, 34).

*b)* La Convenzione di Ginevra resta il punto di riferimento, come si è ricordato, per la disciplina di diritto comunitario. Questa, tuttavia, è di più ampia applicazione, sia perché assicura la protezione sussidiaria, sia perché si applica a materie, come il ricongiungimento familiare, non contemplate nella Convenzione<sup>68</sup>.

Per quanto riguarda il primo profilo si osserva che la direttiva (artt. 20-34) garantisce ai beneficiari della protezione sussidiaria lo stesso trattamento dei rifugiati, salvo sia diversamente previsto. Un esempio di disciplina diversa è la durata del permesso di soggiorno (più breve, ma non inferiore a un anno) e il rilascio di documenti di viaggio (che non sono di carattere internazionale, ma nazionale, rilasciabili quando la persona non possa ottenere un passaporto dal proprio Paese). Tale diversità è riscontrabile nelle norme nazionali di recepimento, la durata

---

<sup>68</sup> Sulla direttiva qualifiche e il suo recepimento cfr. P. BONETTI, *Il diritto d'asilo* cit., p. 48 ss.

del permesso essendo di cinque anni per il rifugiato e di tre per il beneficiario della protezione sussidiaria (art. 23 d.lgs. qualifiche, art. 24 direttiva qualifiche). Per quanto riguarda il ricongiungimento familiare o “mantenimento del nucleo familiare” (art. 22 d.lgs. qualifiche, artt. 2 e 23 direttiva qualifiche) sembra adottata dal legislatore nazionale una definizione restrittiva di familiari, consentendo ai beneficiari della protezione sussidiaria il ricongiungimento con il coniuge e i figli minori, anziché anche con i figli maggiorenni e i genitori (a carico), come invece è previsto per i rifugiati e gli stranieri in generale (artt. 29 e 29 *bis* t.u. immigrazione). Si tratta di un probabile difetto di coordinamento normativo, non essendovi una ragione giustificatrice per trattare i beneficiari della protezione sussidiaria in modo deteriore, non solo rispetto ai rifugiati, ma anche agli stranieri<sup>69</sup>. Le categorie di persone protette come familiari dovrebbero dunque essere quattro, senza operare

---

<sup>69</sup> L’art. 29 sul ricongiungimento familiare definisce i familiari e l’art. 29 *bis* dispone in materia di “ricongiungimento familiare dei rifugiati” rinviando all’art. 29. L’art. 29, più recentemente modificato dal d.lgs. 3.10.2008, n. 160 (che a sua volta ha modificato il d.lgs. 8.1.2007, n. 5 recante attuazione della direttiva 2003/86 sul ricongiungimento familiare) prevede due categorie di familiari non contemplate dal d.lgs. qualifiche che, all’art. 2, definisce i beneficiari: i figli maggiorenni a carico “qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale”; i genitori a carico “qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza” oppure si tratti di “genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli sino impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute”. Peraltro l’art. 2 si riferisce genericamente al coniuge, mentre l’art. 29 (così come modificato dal d.lgs. 160/08) si riferisce al coniuge “non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni” e, quanto ai minori, l’art. 2 si riferisce ai “minori non sposati e a carico del beneficiario della protezione internazionale”, equiparando ai figli legittimi quelli naturali, adottati o affidati o sottoposti a tutela, mentre l’art. 29 prevede che si possa trattare anche dei figli “del coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati, a condizione che l’altro genitore qualora esistente, abbia dato il suo consenso”. L’art. 22 d.lgs. qualifiche, per gli stranieri ammessi alla protezione sussidiaria, rinvia agli artt. 29 e 29 *bis*; l’art. 2 non contiene alcun rinvio circa la definizione di familiari dei beneficiari, sia della protezione sussidiaria, sia dello *status* di rifugiato. La direttiva qualifiche, peraltro, consente l’estensione della sfera dei familiari, lasciando agli Stati membri decidere se comprendere beneficiari diversi dal coniuge e dai figli minori (artt. 2, 23). Il d.lgs. 160/08 è successivo ai decreti legislativi 251/07 (qualifiche) e 5/07 (ricongiungimento familiare) e ben avrebbe potuto formalmente prevedere l’estensione contenuta nel t.u. e nel d.lgs. 5/07.



distinzioni<sup>70</sup>. Nessuna distinzione, inoltre, dovrebbe essere fatta in tema di condizione di minori non accompagnati, dovendo sempre essere assicurato il prevalente interesse del minore<sup>71</sup>.

c) Convenzione di Ginevra e diritto comunitario (e norme di recepimento) si integrano, dunque, nella definizione degli standard, con un risultato che può coincidere o variare a seconda delle materie.

La parità di trattamento in virtù del diritto comunitario (dunque un trattamento più favorevole rispetto alla fonte internazionale) è prevista per l'esercizio di lavoro subordinato e autonomo, iscrizione agli albi professionali, formazione professionale e tirocinio sul luogo di lavoro (art. 25 d.lgs.); un'eccezione è l'accesso al pubblico impiego, perché lo standard è quello dei cittadini dell'Unione europea e ne sono esclusi i beneficiari di protezione sussidiaria (parificati agli stranieri "ordinari").

Lo standard previsto dalla Convenzione di Ginevra è adottato dal diritto comunitario (e norme di recepimento) in materia di a) accesso all'istruzione (art. 26 d.lgs.), distinguendo la primaria (per i minori) da

---

<sup>70</sup> Si può dunque ritenere (come si è detto nella nota precedente) che, anche se nel recepimento della direttiva qualifica il nostro Paese non ha previsto espressamente l'estensione consentita dalla direttiva, tale estensione si applichi nei termini di cui al t.u. immigrazione (il d.lgs. qualifica, peraltro, rinvia agli artt. 29, 29 *bis* e 30 t.u. immigrazione, e quindi alla disciplina prevista in materia di rifugiati: facilitazione in materia probatoria e rilascio di permesso di soggiorno a familiare irregolare rispettivamente previsti dall'art. 29 *bis*, 2° comma e art. 30, 1° comma lett. c). Si ricorda, ancora, che mentre per il riconoscimento del rifugiato si prescinde, perché così espressamente prevede l'art. 29 *bis*, 2° comma, nonché l'art. 29, 3° comma, dalla disponibilità di un alloggio e di un reddito annuo, nulla è detto per i beneficiari di protezione sussidiaria, ai quali è riconosciuto il diritto "ai sensi e alle condizioni previste dall'art. 29" (così l'art. 22, 4° comma d.lgs. qualifica). Una tale diversità di trattamento sarebbe incongrua, anche se la direttiva consente (art. 23, par. 2) una diversità di benefici: un adeguato tenore di vita della famiglia, senza distinzioni fra categorie di soggetti, dovrebbe comunque essere garantito.

<sup>71</sup> La direttiva qualifica (art. 30) e il d.lgs. qualifica (art. 28) non operano alcuna distinzione, ma nel t.u. immigrazione si prevede la sola ipotesi di minore rifugiato che ha diritto a farsi ricongiungere con gli ascendenti diretti di primo grado (art. 29 *bis*, 3° comma): il trattamento deve ritenersi comune ai minori beneficiari della protezione sussidiaria (il d.lgs. 160/08, peraltro, ben avrebbe potuto precisare tale estensione).

quella di carattere generale e di aggiornamento (per i maggiorenni), per la prima valendo il trattamento nazionale, per la seconda quello riservato agli stranieri; *b*) assistenza sanitaria e sociale (art. 27 d. lgs., in cui è previsto il trattamento nazionale); *c*) libera circolazione, integrazione e alloggio (art. 29 d.lgs.) in cui è previsto, considerato il rinvio alle norme del t.u. immigrazione, il trattamento riservato agli stranieri.

*d*) Una valutazione complessiva degli standard di trattamento, alla luce dell'adeguamento al diritto comunitario, è positiva, essenzialmente per due ragioni.

La prima riguarda l'estensione dei beneficiari. La protezione internazionale, infatti, garantisce diritti non solo ai beneficiari dello *status* di rifugiato, ma anche ai beneficiari della protezione sussidiaria. Il contenuto di tali diritti e la misura degli stessi è la medesima, salvo che sia diversamente previsto dalla direttiva, lasciando agli Stati la discrezionalità di applicare, comunque, ai beneficiari della protezione sussidiaria un trattamento più favorevole, e quindi lo stesso trattamento dei rifugiati (artt. 3, 20 direttiva)<sup>72</sup>.

La seconda riguarda lo standard di trattamento. Il trattamento nazionale, come si è prima ricordato (per effetto della Convenzione di

---

<sup>72</sup> Il trattamento diverso per i beneficiari della protezione sussidiaria è previsto dalla direttiva, come già si è ricordato, in materia di permesso di soggiorno (art. 24) e di documenti di viaggio (art. 25). Può essere diverso in materia di "condizioni applicabili ai beneficiari relativi ai familiari", ma gli Stati devono assicurare "che i beneficiari offerti garantiscano un adeguato tenore di vita" (art. 23). Per l' "accesso all'occupazione", ovvero per l'attività dipendente e autonoma, la formazione occupazionale per adulti, la formazione professionale e il tirocinio sul luogo di lavoro è lasciata una certa discrezionalità agli Stati, diversamente che per i rifugiati, per i quali è previsto il trattamento nazionale (art. 26). In materia di "assistenza sanitaria", diversamente dai rifugiati, esso può essere limitata alle prestazioni essenziali (art. 29); in materia di "accesso agli strumenti di integrazione" è lasciata agli Stati la facoltà di consentire anche ai beneficiari di protezione sussidiaria l'accesso "ai programmi d'integrazione" (art. 33). Nelle tre ipotesi da ultimo ricordate (artt. 26, 29, 33 direttiva) il nostro ordinamento, come si è detto nel testo, assicura la più favorevole parità di trattamento (artt. 25, 26, 27, 29 d.lgs.).

Ginevra e del diritto comunitario) è infatti la regola in materia di lavoro, subordinato (salvo il pubblico impiego) e autonomo, di condizioni di lavoro, di sicurezza sociale e assistenza sanitaria; di accesso all'istruzione primaria, riconoscimento di diplomi, certificati ed altri titoli stranieri. Per effetto della (sola) Convenzione di Ginevra, il trattamento nazionale è pure la regola in materia di libertà di culto o religione, di protezione di proprietà intellettuale e industriale, di accesso ai tribunali, di imposizione o carichi fiscali<sup>73</sup>.

Il trattamento dello straniero è invece la regola in materia di istruzione generale e aggiornamento, di libera circolazione nello Stato, di accesso all'alloggio, di accesso agli strumenti di integrazione. Per effetto della (sola) Convenzione di Ginevra, in materia di diritto di proprietà (precisamente acquisto, locazione e diritti connessi, di bene mobili e immobili)<sup>74</sup>.

Quale che sia la materia, considerato lo *status* del rifugiato, che merita particolare o speciale protezione, può ritenersi sempre giustificato un trattamento più favorevole nel diritto interno (nel nostro in particolare), rispetto a quello previsto dalle norme internazionali e comunitarie ricordate.

---

<sup>73</sup> Si vedano, rispettivamente, gli artt. 4, 14, 16, 29 Convenzione.

<sup>74</sup> Cfr. l'art. 13 Convenzione; la clausola della nazione più favorita è prevista in materia di "diritti di associazione" (art. 15, che si riferisce alle associazioni apolitiche e non lucrative e ai sindacati).