

IL POLITICO (Univ. Pavia, Italy)
2008, anno LXXIII, n. 2, pp. 5-39

DIRITTO D'ASILO E STATUS DI RIFUGIATO POLITICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

di Arianna Bretschneider

Premessa

Il flusso migratorio che da diversi anni interessa il nostro Paese, ha portato alla luce lacune ed inefficienze di un sistema che non solo è incapace di arginare il fenomeno degli ingressi e soggiorni irregolari, con inevitabili risvolti di disagio sociale e criminalità, ma è addirittura privo di strumenti idonei a garantire l'effettivo riconoscimento di diritti fondamentali, quali il diritto di asilo e il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato politico. Nella trattazione che segue sarà analizzata la legislazione italiana in materia di richiedenti asilo e rifugiati politici, categorie di cui sarà preliminarmente esaminata la definizione, nel tentativo di evidenziarne limiti e criticità che spesso la pongono in contrasto con i principi fondamentali della nostra stessa Costituzione.

1. Diritto di asilo

Il termine diritto d'asilo è impiegato nella prassi internazionale per indicare la protezione accordata dagli Stati agli individui che richiedono l'ingresso nel territorio al fine di sottrarsi alle discriminazioni e/o persecuzioni perpetrate nel Paese di provenienza¹. Ad eccezione di alcune norme di diritto consuetudinario e cogente (tra cui quelle che impongono la protezione degli stranieri e la tutela dei diritti umani fon-

Dottoranda di ricerca in Giustizia penale, giustizia internazionale e diritti fondamentali, Università di Pavia.

¹ C. ESPOSITO, *Asilo* in "Enciclopedia del Diritto", vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 204.

damentali) il diritto internazionale generale non pone limitazioni alla regolamentazione dell'ammissione ed espulsione degli stranieri da parte dei singoli Stati, che sono liberi di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione. Precisi obblighi discendono, tuttavia, dalle numerose convenzioni internazionali sui diritti umani – quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) del 1950, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984² – con cui gli Stati si impegnano reciprocamente a tutelare lo straniero, impedendone l'espulsione verso Paesi a rischio e garantendogli un trattamento non discriminatorio.

Nell'ordinamento italiano il diritto d'asilo è sancito dall'articolo 10 comma 3 della Costituzione: “*Lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*”.

Il diritto d'asilo è un diritto soggettivo perfetto, di diretta derivazione costituzionale³, che sorge in capo allo straniero al quale sia impedito, nel Paese d'appartenenza, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana; consiste nella facoltà di entrare nel territorio italiano e presentare domanda di asilo⁴, soggiornarvi ed essere protetto dall'espulsione e dal respingimento. Il requisito, allo stesso tempo necessario e sufficiente, per la titolarità del diritto è dunque l'impedimento dell'esercizio effettivo delle libertà democratiche: l'uso del termine “effettivo” fa sì che il diritto d'asilo sorga anche nel caso in cui il Paese di provenienza dello straniero astrattamente riconosca e garantisca diritti e libertà democratiche, ma in concreto ne impedisca l'esercizio. La natura di diritto soggettivo conferisce all'accertamento – che compete al giudice ordinario – efficacia dichiarativa e non costituiva, ricognitiva di una qualifica di cui il richiedente diviene titolare nel momento stesso in cui gli viene impedito l'esercizio delle libertà democratiche⁵.

Sebbene l'articolo 10 della Costituzione contenga un espresso rinvio alle “*condizioni stabilite dalla legge*”, una legge di attuazione del

² B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 187 e 212.

³ Sentenza 1 ottobre 1999 del Tribunale di Roma.

⁴ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo* in B. NASCIBENE (a cura di), “Diritto degli Stranieri”, Padova, Cedam, 2004, p. 1139.

⁵ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1197.

diritto d'asilo non è ancora stata emanata. Neanche la legge n. 39/1990, dal titolo "Norme urgenti in materia di asilo politico di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo", può essere considerata normativa di attuazione del precetto costituzionale, poiché indirizza le sue disposizioni agli stranieri e ai rifugiati ma non ai richiedenti asilo.

La disposizione costituzionale è, tuttavia, di per sé applicabile poiché contiene una definizione sufficientemente chiara ed esaustiva del diritto all'asilo politico⁶, il che la rende una norma non meramente programmatica. Con la sentenza n. 4674/1997⁷ la Corte di Cassazione ha infatti sancito la diretta operatività dell'articolo 10 comma 3 Cost.: *"l'articolo 10 terzo comma Cost. attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento"*. Il carattere precettivo e l'immediata operatività della norma costituzionale sono stati confermati anche da successive pronunce (sentenza n. 907/1999⁸ e n. 8423/2004⁹).

La Corte ha anche precisato che non possono applicarsi al richiedente asilo le disposizioni disciplinanti il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico in quanto il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici non coincidono dal punto di vista soggettivo (la categoria dei rifugiati politici è infatti meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo: la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 contempla il requisito della persecuzione, non richiesto dall'articolo 10 della Costituzione ai fini dell'asilo; detta Convenzione non prevede, per contro, un espresso diritto all'asilo per i rifugiati). Con la stessa sentenza n. 4674/1997 la Suprema Corte ha statuito che, in mancanza di una legge di attuazione del precetto costituzionale, al richiedente asilo null'altro può essere garantito se non l'ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico gode, in base alla Convenzione di Ginevra, di

⁶ C. ESPOSITO, *Asilo*, cit. p. 224.

⁷ S. FURLAN, *Diritto di asilo in base all'art. 10 Cost. e status di rifugiato*, in "Rivista di diritto internazionale", n. 4/2006, pp. 1092 e ss.

⁸ Cass. sez. un. civili 17 dicembre 1999 n. 907, in C. TAGLIANTI, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, relazione al Colloquio tedesco-francese-italiano in tema di diritto d'asilo, Wustrau, settembre 2003, in www.giustizia.amministrativa.it.

⁹ Cass. Sez. 1 civ. sent. n. 8423 del 4 maggio 2004, in "Gli Stranieri", maggio-giugno 2004, p. 244.

uno *status* di particolare favore. Con la sentenza n. 8423/2004 la Corte ha però mutato il progresso orientamento, rilevando che nella legislazione nazionale non mancano formulazioni normative tali da ritenere che la domanda di asilo debba essere assistita dalle medesime formalità previste per la richiesta del riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁰. La Corte di Cassazione dunque dapprima dichiara che in assenza di una legge di attuazione dell'articolo 10 spetta direttamente al giudice ordinario accertare la titolarità del diritto di asilo, pur in assenza dei requisiti per l'attribuzione dello status di un rifugiato politico; in successive sentenze¹¹ la Corte, recependo un orientamento della dottrina¹², statuisce che “... può affermarsi che il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedere al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. Il diritto di asilo non ha, cioè, contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello status di rifugiato. Trattasi, dunque, di un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello status o qualifica di rifugiato”¹³. Il diritto di asilo finisce così per rappresentare l'unico accesso al riconoscimento dello *status* di rifugiato, assumendo carattere meramente strumentale. Ne segue che a fronte del mancato riconoscimento dello *status* di rifugiato, anche il diritto d'asilo sarebbe preclu-

¹⁰ Cass. sentenza n. 8423/2004: “Asilo e rifugio politico, pur avendo connotazioni diverse sono tuttavia accomunati sotto il profilo procedimentale, la domanda di asilo dovendo essere assistita dalle medesime formalità previste per la richiesta di riconoscimento dello “status” di rifugiato, e in particolare, occorrendo che sia accompagnata dalla richiesta di un permesso di soggiorno temporaneo, come disposto dall'articolo 1 co. 5 decreto legge 416/1989 convertito dalla legge 39/1990. Ne consegue che in mancanza della prova (o anche della semplice allegazione), da parte dell'interessato dell'avvenuta presentazione di una istanza di concessione del permesso di soggiorno in pendenza della domanda di asilo, la sola presentazione della domanda stessa non può costituire, di per sé, ostacolo alla espulsione dello straniero.”

¹¹ Cassazione civile, sez. I, sentenza 25 novembre 2005 n. 25028, n. 26278/2005, n. 26279/2005, n. 3845/2006 e n. 3846/2006.

¹² G. CONETTI, *Norme di conflitto uniformi sullo stato personale di rifugiati ed apolidi e diritto privato internazionale italiano*, in “Studi in onore di Manlio Udina”, tomo II, Milano, Giuffrè, 1975, p. 983.

¹³ Cassazione civile, sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028, in “Foro italiano” 2006, 10, p. 2851; si veda anche A. PECORAIO, *Corte di Cassazione, sentenza n. 25028/2005: ulteriori riflessioni sull'asilo costituzionale*, in “CIR Notizie”, maggio 2006, p. 10 e ss.

so, seppur in presenza dei presupposti sostanziali previsti dell'articolo 10 della Costituzione. La norma costituzionale risulta così privata di effettività da leggi di rango ordinario (legge di ratifica della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e successive leggi che ne disciplinano la procedura). Fatta eccezione per lo straniero già legalmente presente sul territorio nazionale ad altro titolo, che sembrerebbe ancora poter proporre una domanda di accertamento del suo diritto all'asilo direttamente dinnanzi al giudice ordinario, tutti gli altri stranieri dovrebbero rivolgere la loro domanda di asilo secondo le modalità previste per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ed in caso di respingimento dell'istanza non avrebbero titolo per entrare e trattenersi in Italia. Viene così del tutto preclusa l'applicazione diretta ed immediata dell'articolo 10 della Costituzione, sancita dalle sentenze del 1997¹⁴. L'assenza di distinzione tra le procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e del diritto di asilo nell'ordinamento contrasta, vanificandone le garanzie, con il dettame costituzionale dell'articolo 10: vero è, infatti, che il costituente demanda al legislatore ordinario la disciplina dell'asilo politico; parimenti vero è, per contro, che non lo autorizza in alcun modo a limitare o modificare i presupposti che egli stesso ha previsto¹⁵. Appare dunque imperativo, dopo circa 60 anni di inerzia legislativa, dare piena attuazione alla disposizione costituzionale con una legge che disciplini analiticamente le procedure per l'accertamento dell'asilo politico e la situazione giuridica successiva al riconoscimento. Quand'anche si decidesse di unificare le procedure di riconoscimento dei differenti *status* di rifugiato e titolare del diritto di asilo, dovranno tenersi distinti i differenti presupposti e le caratteristiche tipiche di ciascuna posizione. Si dirà tra breve che neanche le recentissime riforme, seppur con apprezzabili miglioramenti, hanno raggiunto appieno lo scopo.

2. *Status di rifugiato politico*

Lo *status* di rifugiato trova la sua fonte nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, il cui ordine di esecuzione in Italia è stato dato con legge 24 luglio 1954, n. 722. L'articolo 1 sezione a) comma 2

¹⁴ S. FURLAN, *Diritto di asilo in base all'art. 10 Cost. e status di rifugiato*, cit., pp. 1093 e ss.

¹⁵ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., pp. 1146 e ss..

definisce rifugiato colui che “*a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951 temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche si trova al di fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole a causa di questo timore avvalersi della protezione di questo Paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra*”¹⁶.

Un importante contributo alla definizione e disciplina dello *status* di rifugiato viene anche dal legislatore comunitario: la Direttiva 2003/9/CE¹⁷ distingue tra “qualità” e “*status*” di rifugiato stabilendo che diviene automaticamente titolare della qualità (di rifugiato) il soggetto che presenta i requisiti declinati dall’articolo 1 della Convenzione di Ginevra del 1951; il riconoscimento è un atto successivo, meramente ricognitivo di una situazione soggettiva preesistente, che attribuisce lo *status* (di rifugiato) all’individuo già titolare della qualità.

La Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004¹⁸ che, oltre a contemplare tra i presupposti anche la persecuzione da parte di agenti non statali, aggiornando così la Convenzione di Ginevra del 1951 ancorata agli eventi del secondo conflitto mondiale, chiarisce la nozione di rifugiato politico, differenziandolo dagli altri istituti di protezione internazionale e sussidiaria.

L’articolo 2 stabilisce infatti che “*Ai fini della presente direttiva, si intende per: a) «protezione internazionale»: lo status di rifugiato e di protezione sussidiaria quale definito alle lettere d) e f); c) «rifugiato»: cittadino di un Paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese, oppure apolide che si trova fuori dal Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l’articolo 12; d) «sta-*

¹⁶ G. BISCOTTINI, voce *Rifugiati* in “Enciclopedia del diritto”, Milano, Giuffrè, vol. XL, 1989, p. 895.

¹⁷ Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, in GUUE n. L 031 del 6 febbraio 2003, 18-25.

¹⁸ In GUUE n. L. 304/12 del 30/09/2004 recepita con decreto n. 251 del 19 novembre 2007, in vigore dal 1 gennaio 2008, in www.governo.it.

tus di rifugiato»: il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide quale rifugiato”.

Il concetto di rifugiato viene definito senza riferirsi all’asilo politico, il che conferma, anche nell’ambito del diritto comunitario, l’autonomia delle due categorie e la necessità di discipline *ad hoc*. La Direttiva precisa poi, all’articolo 9, gli atti di persecuzione idonei a fondare il diritto al riconoscimento dello *status* e all’articolo 10 i motivi della persecuzione. All’articolo 13 stabilisce che in presenza dei requisiti di cui agli articoli precedenti “*Gli Stati membri riconoscono lo status di rifugiato al cittadino di un Paese terzo o all’apolide ammissibile quale rifugiato in conformità dei capi II e III*”. L’importanza di una simile disposizione consiste nell’imperativo “riconoscono”: gli Stati membri, una volta accertati i requisiti e presupposti necessari, devono riconoscere lo *status* di rifugiato politico al richiedente, che già ne possiede la qualifica.

La definizione di rifugiato contemplata dal nostro ordinamento ricalca interamente quella della Convenzione di Ginevra; la procedura per il riconoscimento dello *status* e i diritti e doveri che ne derivano sono stati invece oggetto di una serie di norme, della cui dubbia chiarezza si dirà in seguito. Merita rilievo la sentenza n. 907/1999¹⁹, nella quale la Corte di Cassazione ha statuito che lo *status* di rifugiato politico, al pari del diritto di asilo, è un diritto soggettivo il cui accertamento ha efficacia dichiarativa e non costitutiva, precisando che il rigetto della domanda di riconoscimento da parte dell’autorità amministrativa può essere impugnato con ricorso all’autorità giudiziaria ordinaria. Una simile statuizione fa sì che le disposizioni contenute nella Convenzione di Ginevra del 1951 operino non solo a favore dei rifugiati già riconosciuti tali, ma anche a favore dei richiedenti, almeno in pendenza di procedimento.

3. Asilo e rifugio a confronto

I paragrafi che precedono mostrano le differenze tra diritto di asilo e *status* di rifugiato; la giurisprudenza italiana tende, tuttavia, ad uniformare le procedure di riconoscimento, confortata da una certa parte della dottrina che ne sottolinea gli elementi comuni. Cassese²⁰ equipara asi-

¹⁹ In “Giustizia Civile, Massimario”, 1999, p. 2558.

²⁰ A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in G. BRANCA (a cura di), “Commentario della Costituzione: Principi fondamentali art. 1-12”, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 533.

lo e rifugio politico differenziandoli dalle altre situazioni in cui possono trovarsi gli stranieri: gli stranieri generalmente intesi sono titolari di un mero interesse legittimo a entrare e soggiornare nel territorio italiano e possono essere espulsi al verificarsi dei presupposti di legge anche attraverso un provvedimento amministrativo; lo stesso non accade per asilanti e rifugiati, titolari di un vero e proprio diritto soggettivo il cui esercizio non può essere limitato se non per mezzo di un provvedimento dell'autorità giudiziaria²¹. L'autore precisa che l'articolo 10 della Costituzione e la Convenzione di Ginevra 1951 hanno solo in parte i medesimi destinatari, e che in base ad un raffronto delle disposizioni costituzionali e convenzionali si possono individuare tre categorie di soggetti: 1) i titolari sia del diritto d'asilo che dello *status* di rifugiato politico (coloro che non godevano nel proprio Stato dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche e fondatamente temono di essere perseguitati); 2) i titolari del diritto d'asilo ma non dello *status* di rifugiato (coloro, ad esempio, che non godono della qualifica di rifugiato in virtù di un accordo precedente alla Convenzione di Ginevra o provengono da uno Stato extraeuropeo); 3) i titolari dello *status* di rifugiato ma non del diritto all'asilo (coloro che hanno la qualifica di rifugiati per motivi diversi rispetto all'impedimento all'esercizio delle libertà, ad esempio in seguito ad eventi bellici o a deportazioni). I soggetti di cui alla categoria 2) risentono maggiormente della lacuna legislativa presente nel nostro ordinamento in tema di asilo politico, non potendo godere delle tutele correlate allo *status* di rifugiato. L'autore ritiene, tuttavia, che la condizione giuridica di tali soggetti possa essere ugualmente disciplinata dalla Convenzione di Ginevra, ed anche, per tutte le materie che la Convenzione non contempla, dalle norme che regolano in Italia la condizione dello straniero (in virtù dell'articolo 7 della medesima Convenzione)²². In altre parole, in assenza di una legge attuativa del dettame costituzionale sull'asilo, le norme di adattamento alla Convenzione di Ginevra potrebbero integrarne la disciplina, in particolare quelle relative alla non-discriminazione (articolo 3 Convenzione), alla libertà religiosa (articolo 4), alla libertà di circolazione (articolo 26), al divieto di espulsione e respingimento (articoli 32 e 33).

Secondo altri studiosi²³ le qualifiche di rifugiato e asilante presentano profili strettamente interdipendenti, tali per cui non è possibile che

²¹ A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit., p. 538.

²² A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit., p. 540 e ss.

²³ E. LAPENNA, *Rifugiati*, in "Enciclopedia Giuridica Treccani", vol. XXVII, 1988.

un rifugiato non sia contemporaneamente titolare del diritto di asilo, né che un soggetto titolare del diritto di asilo si veda negare lo *status* di rifugiato. Ciò nonostante, si ritiene che i differenti presupposti delle due qualifiche richiedano discipline e normative distinte, del tutto assenti nel nostro ordinamento²⁴.

Secondo un diverso orientamento dottrinale lo *status* di rifugiato ed il diritto di asilo avrebbero natura di mero interesse legittimo (ad essere ammessi sul nostro territorio) e non di diritto soggettivo²⁵. A prescindere dalla commistione tra la qualifica di rifugiato e asilante, la tesi su esposta non appare condivisibile poiché non sembra potersi negare la natura di diritto soggettivo del diritto d'asilo e dello *status* di rifugiato; più convincente appare la tesi²⁶ secondo la quale lo *status* di rifugiato, pur essendo un diritto soggettivo, ha contenuto amplissimo, e comprende anche singoli interessi legittimi.

Un interessante contributo giunse anche dal Consiglio di Stato, che con sentenza 19 marzo 2002 n. 3874²⁷ stabilì che asilo e rifugio politico dovevano considerarsi due aspetti di un unico e più generale diritto, di cui l'asilo costituiva il genere ed il rifugio la specie, e riteneva che il diritto di asilo potesse essere interpretato facendo riferimento alle norme contenute nella Convenzione di Ginevra del 1951.

Si deve principalmente alla giurisprudenza il componimento dei distinti orientamenti e l'elaborazione di una più chiara differenziazione tra diritto d'asilo e *status* di rifugiato²⁸. In una vicenda giudiziaria della fine degli anni Novanta (Ocalan c/ presidenza del Consiglio dei Ministri, sentenza 1 ottobre 1999²⁹) il Tribunale di Roma ha precisato che, ai sensi dell'articolo 10 comma 3 Costituzione, il diritto di asilo si configura come il diritto soggettivo perfetto che sorge in capo allo straniero allorché venga accertato l'impedimento nel Paese d'origine all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, dal quale si differenzia lo *status* di rifugiato che ha come diverso e più ristretto presupposto il fondato timore di essere per-

²⁴ E. LAPENNA, *Rifugiati*, cit.

²⁵ G. BISCOTTINI, *Rifugiati*, cit., p. 900.

²⁶ A. PERA, A. SINATRA, *Asilo Politico e Status di rifugiato politico dopo la legge 189/2002*, in "Giurisprudenza di merito", vol. XXVI – supplemento al n. 7/8 luglio/agosto 2004, p. 185.

²⁷ A. PERA, A. SINATRA, *Asilo Politico e Status di rifugiato politico dopo la legge 189/2002*, cit., p. 166 e ss.

²⁸ C. TAGLIENTI, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, cit.

²⁹ Tribunale di Roma, sentenza 1 ottobre 1999, in "Giurisprudenza di merito", 2000, p. 303.

seguitati³⁰. Ed ancora: lo *status* di rifugiato deve essere riconosciuto qualora l'interessato abbia subito la violazione di diritti umani fondamentali in totale assenza di protezione da parte del Paese d'origine; la persecuzione, in atto o temuta, deve essere personale e diretta³¹; per lo *status* di rifugiato è dunque necessario un requisito – la persecuzione – non richiesto per l'asilo politico, per il quale è sufficiente l'effettivo impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana³². Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4674/1997, hanno confermato la non coincidenza tra diritto d'asilo e *status* di rifugiato politico, riconducibile proprio alla diversità di requisiti e presupposti richiesti dagli strumenti normativi di rispettiva regolamentazione. La Suprema Corte precisa che la mancanza di una disciplina legislativa sull'asilo comporta, di fatto, una discriminazione: allo straniero che domanda il riconoscimento del diritto d'asilo viene di fatto garantito solo l'ingresso nel territorio dello Stato, mentre resta non regolamentata la sua permanenza; il rifugiato politico gode invece di maggiori tutele³³.

Nel tentativo di uniformare le legislazioni degli Stati membri, ancora evidentemente frammentarie ed incomplete, l'Unione Europea ha emanato la Direttiva 2003/9/CE³⁴ recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri. Nella Direttiva in oggetto però sembra ripetersi la confusione terminologica tra asilante e rifugiato: infatti nel "Considerando" iniziale si legge che "*Una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, costituisce un elemento fondamentale dell'obiettivo dell'Unione europea relativo alla progressiva realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità. (2) Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha convenuto di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sulla piena e completa applicazione della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, quale integrata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, mantenendo così il principio di non respingimento (non-refoulement)*", ma una politica comune in materia di asilo non

³⁰ Cass. civ., sent. n. 5055/2002 in "Rivista di diritto internazionale", 2002, p. 797.

³¹ TAR Veneto sez. III, n. 2354/2001, in "Foro Amministrativo", 2001 (s.m.).

³² TAR Friuli, n. 531/1991 e 15/1992, in "TAR", I, 1992, p. 1112.

³³ P. BONETTI, L. NERI *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1147.

³⁴ In GUUE del 6 febbraio 2003, n. L. 31/18.

può basarsi sull'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 che tratta dei rifugiati politici, a meno che non si intenda espressamente equiparare, pur in mancanza dei presupposti giuridici, le due qualifiche.

Anche nel testo della direttiva si ripete la confusione/equiparazione: l'articolo 2 testualmente recita *“Ai fini della presente direttiva s'intende per: b) «domanda di asilo»: la domanda presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide che può considerarsi una richiesta di protezione internazionale ad uno Stato membro, a norma della convenzione di Ginevra. Tutte le domande di protezione internazionale sono considerate domande di asilo salvo che il cittadino di un Paese terzo o l'apolide richieda esplicitamente un altro tipo di protezione che possa essere richiesto con domanda separata”*.

Gli articoli seguenti non contribuiscono a chiarire le differenze, poiché si riferiscono unicamente ai richiedenti asilo senza fare più cenno ai rifugiati. Detta Direttiva trae probabilmente origine, almeno per ciò che attiene l'assetto definitorio, dalla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo, che all'art. 1 stabilisce che deve intendersi per: *“domanda di asilo la domanda con cui uno straniero chiede ad uno Stato membro la protezione della convenzione di Ginevra invocando la qualità di rifugiato ai sensi dell'articolo 1 della summenzionata convenzione, modificata dal protocollo di New York”*.

La confusione terminologica presente nella Direttiva 2003/9/CE viene interamente trasfusa nel d. lgs. di attuazione n. 140 del 30 maggio 2005³⁵ che all'articolo 2 stabilisce che deve intendersi per: a) *«richiedente asilo»: lo straniero richiedente il riconoscimento dello status di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722; c) «domanda di asilo»: la domanda di riconoscimento dello status di rifugiato presentata dallo straniero, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722”*. Viene dunque completamente equiparata la domanda di asilo alla domanda di riconoscimento dello status di rifugiato e decretata l'indistinta applicazione della normativa in materia di rifugiato politico anche al richiedente asilo.

³⁵ Pubblicato in G.U. n. 168 del 21 luglio 2005.

L'articolo 3 della legge disciplina poi la procedura per l'esame della domanda d'asilo: *“La questura che riceve la domanda di asilo ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 2004, n. 303 di seguito denominato «regolamento» provvede, entro un termine non superiore a quindici giorni dalla presentazione, all'informazione sulle condizioni di accoglienza del richiedente asilo, con la consegna all'interessato dell'opuscolo di cui all'articolo 2, comma 6, del regolamento”*, ma il richiamato decreto n. 303/2004 costituisce regolamento di attuazione della legge 189/2002 che disciplina la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato, e l'articolo 2 ivi contenuto si riferisce proprio alla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Anche il diritto internazionale convenzionale contribuisce ad incrementare le incertezze interpretative: si pensi che l'articolo 14 comma 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 stabilisce che: *“Ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni”*, mentre la Convenzione di Ginevra del 1951 considera le persecuzioni presupposto per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e non dell'asilo politico.

In conclusione, l'asilo ed il rifugio politico presentano indubbe differenze di presupposti e requisiti, richiedendo il primo la privazione delle libertà garantite dalla Costituzione italiana ed il secondo il fondato timore di persecuzione per motivi di razza, nazionalità, religione, ideologia politica e appartenenza ad un determinato gruppo sociale. I due istituti sono tuttavia accomunati dalla natura di diritto soggettivo, dall'efficacia dichiarativa del relativo provvedimento di accertamento, dalla giurisdizione dell'autorità ordinaria e dal divieto di espulsione o respingimento. Entrambi i diritti hanno infine “copertura” costituzionale, diretta per l'asilo politico, espressamente sancito dall'articolo 10 comma 3 della Costituzione, ed indiretta per lo *status* di rifugiato politico. Il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato sembra, infatti, aver ormai assunto rango di norma internazionale consuetudinaria: considerato che dette norme hanno ingresso nell'ordinamento italiano attraverso l'articolo 10 comma 1 della Costituzione³⁶, deve riconoscersi rango di norma costituzionale anche al diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Rilevata la copertura costituzionale dei diritti all'esame, si rende ancor più necessaria ed urgente una disciplina che garantisca ad asilan-

³⁶ *“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”*.

ti e rifugiati le tutele riconosciute dall'ordinamento internazionale, comunitario e dalla Costituzione italiana, valorizzandone differenze e comunanze.

4. *Le procedure di riconoscimento*

Il primo organismo in Italia ad occuparsi del riconoscimento dello "status di rifugiato" fu la Commissione paritetica di eleggibilità (Cpe), istituita con decreto interministeriale del 24 novembre 1953. Le decisioni della Commissione erano definitive, salva l'insorgenza di nuovi elementi di fatto o di informazioni non conosciute prima della decisione, e si basavano sulle dichiarazioni rese alla polizia dal richiedente rifugio al momento della presentazione dell'istanza o su un'intervista personale resa dal richiedente in un momento successivo³⁷.

Per la prima volta con decreto legge 30 dicembre 1989 n. 416, convertito con legge n. 39 del 1990, il legislatore si propose di regolare in modo organico la condizione giuridica dello straniero in Italia. La legge di conversione avrebbe dovuto dare finalmente attuazione all'articolo 10 comma 3 della Costituzione che sancisce il diritto di asilo e ne delega la disciplina di dettaglio al legislatore ordinario; così non fu, poiché la legge disciplinava unicamente la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, riferendola in modo indistinto e confuso sia al richiedente asilo che al richiedente lo status di rifugiato. L'articolo 1 prevedeva che lo straniero dovesse presentare istanza motivata e per quanto possibile documentata all'ufficio di polizia di frontiera; in assenza delle condizioni per il respingimento alla frontiera³⁸ lo straniero avrebbe fatto ingresso nel territorio italiano ed ottenuto dal Questore territorialmente competente un permesso di soggiorno temporaneo

³⁷ MINISTERO DELL'INTERNO, Cenni storici, in www.interno.it.

³⁸ Ovvero quando il richiedente sia già stato riconosciuto rifugiato in un altro Stato; provenga da uno Stato, diverso da quello di appartenenza, che abbia aderito alla convenzione di Ginevra nel quale abbia trascorso un periodo di soggiorno, non considerandosi tale il tempo necessario per il transito; si trovi nelle condizioni previste dall'art. 1 paragrafo F della Convenzione di Ginevra; sia stato condannato in Italia per uno dei delitti previsto dall'art. 380 co. 1 e 2 c.p.p. o risultato pericoloso per la sicurezza nazionale ovvero risulti appartenere ad associazioni di tipo mafioso o dedite al traffico degli stupefacenti o ad organizzazioni terroristiche. (E. LAPENNA, *Rifugiati*, cit.).

valido fino all'esito della procedura di riconoscimento. Il procedimento era dettagliatamente disciplinato dal d.p.r. 136/1990 che affidava alle Questure la verifica dei presupposti della domanda di asilo ed alla Commissione centrale per il Riconoscimento dello Status di Rifugiato la decisione definitiva, che aveva ad oggetto il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico e non l'accertamento del diritto di asilo. La tutela giurisdizionale era assicurata allo straniero attraverso il ricorso al giudice amministrativo (l'articolo 5 del decreto 416/1989 prevedeva che contro il diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato fosse esperibile ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del luogo del domicilio eletto dall'interessato)³⁹. La funzione decisoria era dunque attribuita ad un unico organo a livello nazionale, la Commissione centrale, che sostituiva la Commissione paritetica di eleggibilità.

Il Testo Unico approvato con decreto legislativo 286/1998, normativa organica in materia di condizione giuridica dello straniero extracomunitario in sostituzione della previgente l. n. 39/1990, differenziava la condizione giuridica dell'immigrato extracomunitario da quella del rifugiato e richiedente asilo, queste ultime ancora indistinte.

L'articolo 47 del T.U. ha introdotto una rilevante novità: ha abrogato il già citato articolo 5 del d.l. 416/1989 (giurisdizione amministrativa) senza però prevedere espressamente la giurisdizione del giudice ordinario. A colmare il vuoto legislativo è intervenuta la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 907/1999⁴⁰, resa a Sezioni Unite, ha statuito la giurisdizione del giudice ordinario nei ricorsi per diniego di *status* di rifugiato da parte della Commissione centrale, sul duplice presupposto che l'articolo 16 della Convenzione di Ginevra del 1951 attribuisce ad ogni rifugiato "libero e facile accesso ai tribunali degli Stati contraenti", e che i principi generali dell'ordinamento attribuiscono al giudice ordinario la giurisdizione in materia di controversie concernenti lo *status* delle persone, cui devono ricondursi quelle relative al riconoscimento del diritto d'asilo e dello *status* di rifugiati⁴¹, che hanno natura di diritti soggettivi⁴².

³⁹ O. FORLENZA, *Procedura ad hoc per valutare lo status di rifugiato*, in "Guida al Diritto", 34, 2002, pp. 119 e ss.

⁴⁰ C. TAGLIENTI, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, cit.

⁴¹ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1197.

⁴² M. SPATTI, *Prime riflessioni sul diritto d'asilo in Italia alla luce del respingimento della famiglia Al-Sakhri*, in "Comunità Internazionale", n. 1/2004, p. 121.

5. Le novità introdotte dall'articolo 32 della legge n. 189/2002

Il legislatore italiano ha recepito l'orientamento della Suprema Corte nella legge n. 189/2002, il cui articolo 32 prevede due procedure, semplificata e ordinaria, per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, e attribuisce alle neo-istituite Commissioni Territoriali (che sostituiscono la Commissione centrale) la competenza a decidere sulla domanda di *status*, ed al Tribunale ordinario in composizione monocratica la giurisdizione sui ricorsi avverso la decisione della Commissione.

La fase iniziale del riconoscimento è rimasta sostanzialmente immutata rispetto alla normativa previgente: la richiesta deve essere presentata alle autorità di Polizia all'arrivo in frontiera oppure, successivamente all'ingresso nel territorio italiano, presso qualsiasi Questura. La Questura invia la domanda alla Commissione territoriale competente e rilascia, dietro richiesta, un permesso di soggiorno temporaneo valido fino alla definizione della procedura di riconoscimento⁴³. La Commissione centrale, le cui competenze sono ora attribuite alle Commissioni territoriali, viene trasformata in Commissione Nazionale per il diritto d'asilo, con funzioni di indirizzo e coordinamento delle Commissioni territoriali e di formazione e aggiornamento dei loro componenti. L'intento del legislatore era palesemente quello di decentrare e velocizzare la procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato, consentendo maggiore autonomia alle zone più colpite dal fenomeno migratorio.

Dopo aver presentato domanda di asilo/rifugio alla Questura competente, il riconoscimento segue procedure differenti, ai sensi degli articoli da 1 *bis* a 1 *septies* dell'articolo 32 della l. 189/2002, ed in particolare: 1) il richiedente non viene trattenuto in alcun centro ed elegge domicilio nel territorio dello Stato; questa ipotesi, nel silenzio della legge, si applica solo allo straniero che non si trovi in una delle condizioni di seguito elencate; 2) il richiedente può essere trattenuto (trattenimento facoltativo, articolo 1 bis comma 1): a) per verificare o de-

⁴³ Le Commissioni territoriali sono state istituite dal medesimo art. 32. e rese operative dall'art. 12 del regolamento di attuazione della legge 189/2002 – DPR n. 303/2004 – che ne ha precisato le sedi territoriali (Gorizia, Milano, Roma, Foggia, Siracusa, Crotone e Trapani) e la competenza geografica. Sono composte da un funzionario della polizia di Stato, da un rappresentante dell'ente territoriale designato dalla conferenza unificata, da un rappresentante dell'ACNUR, all'occorrenza da un funzionario del Ministero degli affari Esteri, e sono presiedute da un funzionario appartenente alla carriera prefettizia.

terminare la sua nazionalità o identità, qualora egli non sia in possesso dei documenti di viaggio o d'identità, oppure abbia, al suo arrivo nello Stato, presentato documenti falsi; *b*) per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo, qualora non immediatamente disponibili; *c*) in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato; 3) il richiedente deve sempre essere trattenuto (trattenimento obbligatorio, articolo 1 bis comma 2): *a*) se fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare; *b*) se già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento.

Entrambi questi ultimi casi riguardano gli stranieri "fermati", con ciò dovendosi escludere coloro che volontariamente si recano al posto di polizia per la presentazione dell'istanza; la disposizione riguarda però anche chi è stato fermato mentre tentava di eludere il controllo di frontiera (le imbarcazioni di clandestini dirette verso le nostre coste intercettate in mare). Le persone trasportate non sono veri e propri clandestini poiché il contatto con la polizia avviene ben prima che abbiamo superato la frontiera italiana ma già allora richiedono protezione e assistenza. In questi casi la scelta di disporre il trattenimento è giustificata proprio dalla necessità di provvedere con urgenza ad una prima accoglienza, e di individuare le domande di asilo e rifugio prive di alcun fondamento giuridico. La lettera *b*) del secondo comma regola un caso sempre più frequente: il trattenimento nei centri di permanenza temporanea⁴⁴ dello straniero che, per evitare l'allontanamento coatto a seguito di un provvedimento di espulsione, presenta richiesta d'asilo. La legislazione previgente prevedeva infatti che il Questore, a fronte di domanda d'asilo, sospendesse il provvedimento di allontanamento fino all'esito della procedura; l'asilo diveniva così una sorta di passaporto per la clandestinità. Per porre fine a questo fenomeno, la legge n. 189/2002 ha eliminato l'automatica sospensione del provvedimento di espulsione e previsto il trattenimento del richiedente in un centro di permanenza fino alla definizione della procedura. L'innovazione, senza dubbio efficace nel limitare la strumentalizzazione della domanda di asilo, appare discriminatoria: riserva infatti al richiedente destinatario di un provvedimento di espulsione un diverso trattamento rispetto ai richiedenti non destinatari di un provvedimento di espulsione, facen-

⁴⁴ Si veda l'articolo 14 decreto legislativo 286 del 25 luglio 1998 "Esecuzione dell'espulsione (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 12)".

do prevalere la condizione di clandestino su quella di richiedente asilo, costituzionalmente garantita⁴⁵.

Il trattenimento avviene in strutture diverse a seconda dello scopo: nei casi di cui all'articolo 1 *bis* comma 1 lett. a), b), c), comma 2 lett. a) lo straniero viene trattenuto nei centri di identificazione; nei casi di cui all'articolo 1 *bis* comma 2 lett. b) lo straniero viene trattenuto nei centri di permanenza temporanea e assistenza.

Le procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato disciplinate dall'articolo 1 *ter* d. l. n. 416/89 sono due. La procedura semplificata (commi da 2 a 6) è riservata esclusivamente ai richiedenti (ex articolo 1 *bis* comma 2 lett. a e b) fermati per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera, o comunque trovati in condizioni di soggiorno irregolare e trattenuti nei centri di identificazione, ed ai richiedenti già destinatari di un provvedimento di espulsione o respingimento, trattenuti nei centri di permanenza temporanea e assistenza. La procedura ordinaria si applica in tutti gli altri casi.

La procedura semplificata prevede che il Questore che riceve la domanda disponga il trattenimento dello straniero negli apposti centri; laddove il trattenimento sia già in corso (per altri motivi) egli ne chiede una proroga al Tribunale per ulteriori 30 giorni (si noti che nulla la legge precisa in merito ad un'eventuale proroga del trattenimento già in corso in un centro di identificazione). L'allontanamento ingiustificato dai centri di permanenza temporanea comporta la rinuncia alla domanda (ed ancora nulla è precisato in merito agli effetti di un eventuale allontanamento dai centri di identificazione). Il Questore trasmette la domanda alla Commissione territoriale competente entro 2 giorni dal ricevimento; la Commissione Territoriale provvede all'audizione dello straniero entro 15 giorni dal ricevimento della documentazione ed adotta una decisione entro i 3 giorni successivi all'audizione.

Il comma 6 dell'articolo 1 *ter*, d.l. n. 416/89, disciplina la tutela giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, prevedendo due distinti strumenti nell'ambito della procedura semplificata: entro 5 giorni dalla decisione della Commissione Territoriale lo straniero trattenuto in un centro di identificazione può presentare domanda di riesame alla Commissione medesima, all'uopo integrata da un componente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo; la

⁴⁵ U. DE AUGUSTINIS, S. FERRAJOLO, F. GENOVESE, E. ROSI, M. SAN GIORGIO (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla l. n. 189/2002 e al D.L. n. 195/2002*, in "Quaderni di Diritto e Giustizia", Milano, Giuffrè, 2003, p. 153.

Commissione decide nei successivi 10 giorni⁴⁶. L'eventuale ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale è presentato al giudice in composizione monocratica territorialmente competente entro 15 giorni, anche dall'estero tramite le rappresentanze diplomatiche. Il ricorso non sospende il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale; il richiedente asilo può tuttavia chiedere al Prefetto competente di essere autorizzato a rimanere sul territorio nazionale fino all'esito del ricorso. La decisione di rigetto del ricorso è immediatamente esecutiva.

La procedura ordinaria sembra prevedere (l'articolo 1 *quater* comma 2, pur non recando espressi riferimenti alla procedura ordinaria, disciplina un iter diverso dalla procedura semplificata, che si presume sia quella ordinaria) che entro due giorni dal ricevimento dell'istanza da parte dello straniero (che in questo caso non è trattenuto) il Questore trasmette la documentazione necessaria alla Commissione territoriale, la quale entro 30 giorni (contro i 15 della procedura semplificata) provvede all'audizione, ed adotta una decisione entro i 3 giorni successivi all'audizione. Avverso le decisioni delle Commissioni è ammesso ricorso al tribunale ordinario territorialmente competente; nulla si dice in tema di riesame, dovendosi dedurre che detto rimedio sia previsto solo per la procedura semplificata e dunque riservato agli stranieri di cui all'articolo 1 *bis* comma 1 lett. a), b), c), e comma 2 lett. a).

La disciplina delle procedure di riconoscimento semplificata e ordinaria fa sorgere una serie di interrogativi in punto:

Domanda d'asilo. Dall'espresso ed unico richiamo dell'articolo 1 *ter* all'articolo 1 *bis* comma 2 lettere a) e b) si deduce che la procedura semplificata sia riservata allo straniero che abbia inizialmente presentato domanda di asilo e successivamente presenti domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato trovandosi nelle seguenti condizioni: 1) eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o comunque in condizioni di soggiorno irregolare, e sia pertanto trattenuto in un centro di identificazione (articolo 1 *bis* comma 2 lett. a); 2) sia già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento e pertanto trattenuto in un centro di permanenza (articolo 1 *bis* comma 2 lett. b). La domanda di asilo deve dunque considerarsi condizione di ricevibilità della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato? Una si-

⁴⁶ Tale procedura è stata aggiunta all'originario progetto di legge in seguito alle insistenze dell'UNHCR. Si veda U. DE AUGUSTINIS, S. FERRAJOLO, F. GENOVESE, E. ROSI, M. SAN GIORGIO (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione: commento alla l. n. 189/2002 e al D.L. n. 195/2002*, cit., p. 156.

mile conclusione è del tutto priva di fondamento normativo, poiché non ve n'è traccia nella Convenzione di Ginevra del 1951; la maldestra e imprecisa formulazione legislativa non fornisce, tuttavia, la possibilità di ricorrere ad una diversa interpretazione.

Incongruenza di soggetti. La procedura semplificata consta di tre fasi: istanza alla Questura che si conclude con la decisione della Commissione territoriale; eventuale riesame della decisione innanzi alla Commissione; eventuale ricorso innanzi il tribunale avverso il diniego della Commissione. Ci si aspetta dunque che i soggetti cui l'articolo 1 *ter* riserva la procedura semplificata abbiano poi accesso al riesame ed eventualmente al ricorso in tribunale. Così non è: l'articolo 1 *ter* riserva la procedura semplificata agli stranieri ex articolo 1 *bis* comma 2 lett. a) e b) (che "hanno presentato domanda di asilo e che sono stati fermati per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo o comunque in condizioni di soggiorno irregolare", trattenuti nei centri di identificazione, e stranieri che hanno presentato domanda di asilo e che sono già destinatari di un provvedimento di espulsione o respingimento, questi ultimi trattenuti nei centri di permanenza temporanea e assistenza); l'articolo 1 *ter* comma 6 disciplina il riesame riservandolo allo straniero di cui è disposto il trattenimento in uno dei centri di identificazione di cui all'articolo 1 *bis* comma 3, che richiama l'articolo 1 *bis* comma 1 lett. a), b), c), e comma 2 lett. a): stranieri di cui sia necessario accertare l'identità e la nazionalità; stranieri di cui sia necessario accertare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo; stranieri in attesa di essere ammessi nel territorio dello Stato; stranieri che abbiano presentato domanda di asilo e poi eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o comunque in posizione di soggiorno irregolare. La conseguenza, incomprensibile, è che la procedura semplificata, nel cui ambito dovrebbe collocarsi la facoltà di chiedere il riesame, è riservata anche a stranieri per i quali non è previsto il riesame (stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione/respingimento trattenuti in un centro di permanenza temporanea), e ancor peggio che la facoltà di chiedere il riesame è riservata a stranieri per i quali la procedura semplificata in realtà non è prevista (articolo 1 *bis* comma 1 lett. a, b, c, non richiamato dall'articolo 1 *ter*).

Trattenimento. Il trattenimento nei centri di permanenza temporanea deve essere disposto ai sensi dell'articolo 14 T.U. 286/1998, che prevede la convalida dell'ordine di trattenimento del Questore da parte del giudice di pace; nulla di tutto ciò è previsto per il trattenimento nei centri di identificazione. Trattandosi di misure privative della liber-

tà personale, la mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria contrasta apertamente con l'articolo 13 della Costituzione⁴⁷, come evidenziato dalla Corte Costituzionale con sentenza 105/2001⁴⁸. Tale contrasto è accentuato dalla mancata previsione della durata del trattenimento⁴⁹: un termine certo è infatti previsto solo per il trattenimento obbligatorio nei centri di permanenza temporanea (per i quali si richiamano i termini previsti dall'articolo 14 del T.U.); nulla si dice circa il trattenimento nei centri di identificazione.

Termine. Desta parimenti stupore la previsione ex articolo 1 *ter* comma 6 del termine di 5 giorni per sottoporre alla Commissione territoriale domanda di riesame adeguatamente motivata, in special modo se si considera che detta domanda deve fondarsi su elementi o fatti sopravvenuti o su fatti preesistenti non valutati correttamente in prima istanza⁵⁰: il termine di 5 giorni è a dir poco esiguo perché sopravvengano fatti nuovi, ed il riesame di fatti preesistenti non valutati correttamente difficilmente sortirà l'effetto voluto, considerato che l'organo del riesame è il medesimo (integrato solo da un membro della Commissione nazionale) che appena 5 giorni prima aveva respinto la richiesta. La disposizione configge altresì con i diritti riconosciuti dall'articolo 6 (Diritto ad un processo equo) e dall'articolo 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵¹.

Giurisdizione. L'articolo 32 stabilisce che il ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale “è presentato al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente”, espressamente sancendo la giurisdizione del giudice ordinario in luogo della autorità amministrativa. Una volta riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario si pose all'interprete il problema di individuare quale fosse il tribunale territorialmente competente, in special modo fintanto che la Commissione centrale rimaneva l'unico organo competente in prima istanza: doveva farsi riferimento alla Questura che aveva ricevuto la domanda? Alla residenza o domicilio del richiedente? Alla sede della Commissione centrale? Fu nuovamente la Corte di Cassa-

⁴⁷ A. PERA, A. SINATRA, *Asilo Politico e Status di rifugiato politico dopo la legge 189/2002*, cit., p. 176.

⁴⁸ O. FORLENZA, *Procedura ad hoc per valutare lo status di rifugiato*, cit., p. 121.

⁴⁹ V. CASAMASSIMA, *Alcune considerazioni sulla legge 30 luglio 2002, n. 189*, in “Giurisprudenza italiana”, vol. I, 2004, p. 1127.

⁵⁰ Articolo 16 comma 2 d.p.r. 303/2004.

⁵¹ M. SPATTI, *Prime riflessioni sul diritto d'asilo in Italia alla luce del respingimento della famiglia Al-Sakhri*, cit., p. 128.

zione⁵² a colmare il vuoto legislativo, statuendo che per tribunale competente dovesse intendersi il tribunale di Roma, ai sensi dell'articolo 25 c.p.c.: la Commissione centrale era mero organo del Ministero dell'Interno, priva di soggettività giuridica autonoma; convenuto nella controversia era dunque il Ministero, con sede a Roma. La conclusione sembrava però non coincidere con la formulazione letterale della norma: ci si chiese infatti come mai il legislatore avesse usato l'espressione "*tribunale territorialmente competente*" se avesse voluto realmente attribuire la competenza esclusivamente al tribunale di Roma; senza contare che con l'avvio delle Commissioni territoriali le istanze di riconoscimento venivano analizzate non più da un unico organo centrale ma da sette distinte commissioni decentrate sul territorio nazionale.

La Corte di Cassazione intervenne ancora una volta a colmare l'imprecisione legislativa mutando il proprio orientamento: nell'ordinanza per regolamento di competenza n. 10028 del 28 aprile 2006⁵³ espressamente ravvisava "*la competenza a conoscere delle controversie nascenti dal diniego in capo ai Tribunali (in cm.) nei circondari dei quali sono istituite, e presso i locali U.T.G., le Commissioni Territoriali di cui al D.L. n. 416 del 1989, articoli 1 ter e quater (come modificato dalla l. n. 189 del 2002, art. 32)...omissis... posto che, a differenza che nel precedente regime accentrato, il legislatore ha inteso radicare la competenza in capo al Tribunale in c.m. territorialmente competente e quindi, evidentemente, ipotizzando più Tribunali competenti sul territorio nazionale. E la stessa scelta della espressione, prima facie tautologica, appare eloquente, sol che la si valuti attentamente, di una chiara voluntas legis*".

La Corte di Cassazione prende dunque atto della scelta legislativa (seppur nella sua lacunosità ed imprecisione) a favore di più tribunali competenti, e nello specifico del tribunale del luogo nel cui distretto ha sede la Commissione territoriale competente per la domanda, e afferma che tale scelta, l'unica coerente con il testo della norma, comporta un'evidente deroga alle regole del foro erariale di cui al R.D. 1611/1933, art. 6, ed all'art. 25 c.p.c.

Oggetto del ricorso.. Il comma 6 dell'articolo 1 ter prevede che "l'eventuale ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale è presentato al tribunale in composizione monocratica territorial-

⁵² Ex multis Cass. Civ., sez. I, 26 maggio 2005 n. 11211, in "Giustizia Civile Massimario", 2005, vol. 5, p. 1183 e Cass. Civ., sez. I, 18 giugno 2004, n. 11441 in "Foro italiano", I, 2005, p. 1118.

⁵³ Cassazione civile, sez. I, 28 aprile 2006, n. 10028, Sheik c. Pref. Crotone e altro, in "Giustizia civile Massimario", 2006, vol. 7-8, p. 1763.

mente competente” senza precisare se per decisione della Commissione debba intendersi quella di prima istanza oppure l’esito del reclamo, e dunque senza precisare quale possa essere l’oggetto del ricorso. Nell’ambito della procedura ordinaria che non prevede la facoltà del riesame, oggetto del ricorso è senza dubbio la decisione in prima istanza della Commissione; nella procedura semplificata il problema è più complesso. Ci si chiede in primo luogo se il riesame sia condizione di esperibilità del ricorso⁵⁴ o se le due procedure siano indipendenti e possano essere attivate autonomamente. Come in precedenza rilevato, non tutti gli stranieri ammessi alla procedura semplificata hanno facoltà di domandare il riesame: per costoro l’unico rimedio è il ricorso innanzi il Tribunale, il che esclude la possibilità di considerare il riesame condizione di esperibilità del ricorso (con l’ulteriore conseguenza, ancora una volta di difficile comprensione, di equiparare la procedura semplificata alla procedura ordinaria, eccezion fatta per il trattenimento). Come deve considerarsi, per contro, il riesame nel caso di uno straniero che abbia facoltà di presentare sia riesame che il ricorso? Se si esclude che il riesame sia condizione di esperibilità del ricorso, lo straniero deve considerarsi libero di dare avvio a ciascuna delle due procedure? Cosa accadrebbe se le avviasse contemporaneamente? Il termine di 15 giorni per il ricorso decorrerebbe in tal caso dalla decisione della Commissione in prima istanza o dall’esito del riesame⁵⁵? Se si decide di considerare il riesame condizione di esperibilità del ricorso, oggetto del medesimo non può che essere la decisione della Commissione sul reclamo. Ma se così fosse, e dunque se il ricorso potesse essere effettivamente presentato solo da coloro che hanno inutilmente già esperito il reclamo, ovvero stranieri trattenuti in Italia negli appositi centri, che senso avrebbe prevedere l’esperibilità del ricorso anche dall’estero? Come si spiega la differenza di trattamento che inevitabilmente si riserva a stranieri trattenuti, titolari di due strumenti di tutela, e stranieri non trattenuti, ammessi al solo ricorso? Questa differenziazione appare ancor meno spiegabile e condivisibile se si considera che gli stranieri trattenuti sono solitamente persone entrate illegalmente in Italia o che vi soggiornano irregolarmente, mentre gli stranieri non trattenuti sono persone entrate regolarmente nel nostro Paese e che richiedono il permesso di soggiorno e presentano istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico.

⁵⁴ U. DE AUGUSTINIS, S. FERRAJOLO, F. GENOVESE, E. ROSI, M. SAN GIORGIO, *La nuova legge sull’immigrazione: commento alla l. n. 189/2002 e al D.L. n. 195/2002*, cit., p. 157.

⁵⁵ O. FORLENZA, *Procedura ad hoc per valutare lo status di rifugiato*, cit., p. 122.

Mancata sospensione del provvedimento di allontanamento. Il comma 6 dell'articolo 1 *ter* prevede che il ricorso giurisdizionale non sospenda l'allontanamento del richiedente (impregiudicata la possibilità di chiedere al Prefetto l'autorizzazione a rimanere sul territorio fino all'esito del ricorso), ma l'articolo 32 (l. 189/2002) non prevede l'automatica espulsione del richiedente in caso di rigetto della domanda di asilo da parte della Commissione territoriale. In altri termini un provvedimento di espulsione non può essere adottato nelle more dei termini per la presentazione del ricorso o in seguito alla presentazione del ricorso, fino alla decisione del giudice, per non privare di efficacia il diritto di asilo e il diritto di difesa, entrambi costituzionalmente garantiti dagli articoli 10, 24 e 111⁵⁶. Due sono infatti le condizioni imprescindibili per dare effettività al diritto d'asilo: 1) possibilità di esperire rimedi di fronte ad un giudice imparziale contro decisioni delle autorità che neghino il diritto d'asilo; 2) non essere allontanato verso il Paese del quale si denunciano le violazioni nelle more del ricorso giurisdizionale. Restano dunque non sospesi per effetto del ricorso soltanto i provvedimenti di allontanamento di cui il richiedente fosse già destinatario prima della domanda di asilo/rifugio.

Si consideri poi che l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce il diritto ad un effettivo ricorso e ad un giudice indipendente ed imparziale; la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁷ ha ribadito che il rimedio giuridico deve essere efficace in fatto e in diritto, ovvero impedire l'esecuzione di misure contrarie alla Convenzione, i cui effetti siano potenzialmente irreversibili. Si noti altresì che le condizioni poste dall'articolo 13 della CEDU assumono la forma di garanzia e non di mera dichiarazione d'intenti. L'articolo 39 del Regolamento interno della CEDU prevede infatti la possibilità di rivolgersi alla Corte al fine di ottenere un provvedimento che richieda al Governo interessato la sospensione dell'espulsione al fine di consentire l'esame del ricorso; il rifiuto dello Stato costituisce aggravamento della violazione di una disposizione sostanziale⁵⁸ oltre che violazione dell'articolo 34 (Ricorsi individuali) della stessa CEDU.

⁵⁶ P. BONETTI, L. NERI, *Il Diritto d'asilo*, cit., p. 1186.

⁵⁷ Sentenza 5 febbraio 2002, caso Conka c/Belgio, ricorso n. 51564/99, in U. DE AUGUSTINIS, S. FERRAJOLO, F. GENOVESE, E. ROSI, M. SAN GIORGIO, "La nuova legge sull'immigrazione: commento alla l. n. 189/2002 e al D.L. n. 195/2002", cit., p. 160.

⁵⁸ Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia, sentenza del 6 febbraio 2003, M. SPATTI, *Prime riflessioni sul diritto d'asilo in Italia alla luce del respingimento della famiglia Al-Sakhri*, cit., p. 127.

Gli articoli 9 e 10 del T.U. 286/1998 prevedono poi un esplicito divieto di respingimento ed espulsione dello straniero verso Paesi che potrebbero rendersi autori di persecuzioni ai suoi danni.

Nei confronti dei rifugiati vige inoltre il principio del *non refoulement* sancito dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 che vieta l'espulsione o il respingimento del rifugiato alle frontiere nei territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa delle sue opinioni politiche; l'espulsione è consentita solo per motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico. La mancata previsione, nell'articolo 32 comma 6 l. 189/2002, dell'automatica sospensione dell'espulsione in pendenza di ricorso rischia di violare queste due fondamentali disposizioni⁵⁹, anche perché il principio di *non refoulement* declinato dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra deve applicarsi a tutti gli stranieri che richiedano il riconoscimento dello *status* di rifugiato, a prescindere dalla regolarità del loro ingresso e/o soggiorno. Tale disposizione – recepita anche dall'art. 19 del T.U. 286/1998 secondo cui “*in nessun caso può disporsi l'espulsione e il respingimento verso uno stato in cui lo 'straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di ...opinioni politiche'*”⁶⁰ – costituisce evidentemente un limite alla mancata sospensione dell'espulsione prevista dall'articolo 1 *ter* comma 6. Il principio di *non refoulement* è stato ampiamente recepito anche dal Consiglio d'Europa, nel cui ambito si è consolidata l'idea che l'espulsione di un individuo verso un Paese dove potrebbe subire torture, trattamenti degradanti o essere punito con la pena di morte violi gli articoli 3 (diritto all'integrità della persona) e 2 (diritto alla vita) della CEDU. Si rileva infine che, ai sensi dell'articolo 1 comma 5 della legge 39/1990 (non modificato dalla legge 189/02), allo straniero che intende entrare nel territorio dello Stato per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il Questore rilascia, su richiesta, un permesso di soggiorno temporaneo valido fino alla definizione della procedura di riconoscimento, per tale dovendosi intendere la sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato, la sola ad essere “*immediatamente esecutiva*” (articolo 1 *ter* comma 6)⁶¹. Non è chiaro se per immediatamente esecutiva debba intendersi preclusiva del ricorso per Cassazione: ogni dubbio è fugato dalla formu-

⁵⁹ E. LAPENNA, *Rifugiati*, cit.

⁶⁰ M. SPATTI, *Prime riflessioni sul diritto d'asilo in Italia alla luce del respingimento della famiglia Al-Sakhri*, cit., p. 123.

⁶¹ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1188.

lazione dell'articolo 111 comma 7 della Costituzione, chiarissimo in proposito: “*contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge*”. Nonostante la lacunosità ed imprecisione dell'articolo 32, può concludersi che, a prescindere dall'ordine di allontanamento emesso in precedenza, la domanda di asilo e rifugio politico è accompagnata dal diritto del richiedente a non essere espulso, almeno fino alla definizione della procedura.

La sommaria e confusa disciplina delle procedure di riconoscimento dell'asilo e dello *status* di rifugiato politico previste dalla legge 189/2002 è stata oggetto di critiche anche da parte dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati, che ha sottolineato l'assenza di una legislazione compiuta sull'asilo, ed il fatto che gli interventi in materia di rifugiati politici sono ancora ben lungi dalla piena attuazione della Convenzione di Ginevra del 1951, con particolare riferimento al principio di *non refoulement*⁶².

6. Confusione terminologica nelle procedure di riconoscimento

Lo *status* di rifugiato riceve nel nostro ordinamento un'ampia tutela (divieto discriminazione per razza, religione o Paese d'origine, diritto di proprietà, libertà di associazione, di difesa in giudizio, ecc.), dettagliatamente prevista dalla Convenzione di Ginevra del 1951 recepita con legge n. 722/1954, il diritto di asilo rimane, per contro, ancorato ad un'unica e generica norma costituzionale, che, pur delineandone in modo chiaro i presupposti, non esaurisce l'esigenza di una disciplina dettagliata. Ne segue che un diritto costituzionalmente garantito riceve in concreto una tutela più debole rispetto ad un diritto di derivazione convenzionale⁶³. I molteplici tentativi di dare attuazione al precetto costituzionale sono finora falliti per l'incapacità di qualificare il diritto d'asilo (sebbene sarebbe sufficiente riprendere la definizione dell'articolo 10!), di istituire una procedura per il riconoscimento, e disciplinare le correlate tutele. Vero è che l'articolo 10 comma 2 Costituzione stabilisce che “*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internaziona-*

⁶² G. BISCOTTINI, *Rifugiati*, cit., p. 899.

⁶³ P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1147.

li”, e che diverse leggi regolanti la condizione dello straniero si sono succedute nel tempo. Dette leggi disciplinavano, tuttavia, lo *status* e la permanenza nel nostro Paese degli stranieri genericamente intesi, senza indirizzarsi specificamente ai richiedenti asilo; spesso contenevano disposizioni confliggenti con il diritto medesimo, prevedendo ad esempio l’espulsione o il respingimento anche per i richiedenti asilo, cui deve invece essere garantita la permanenza sul territorio. Gli unici contributi chiarificatori (natura di diritto soggettivo, giurisdizione del giudice ordinario, natura dichiarativa del provvedimento di riconoscimento) provengono da dottrina e giurisprudenza. Il risultato è un uso promiscuo, confuso ed indistinto dei concetti di asilo e rifugio, specie sul versante procedurale, che emerge chiaramente nella recente evoluzione legislativa. La legge n. 39/1990 evidenzia una certa commistione tra il diritto all’asilo ed il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato, quest’ultimo ancor oggi compiutamente disciplinato quale unico accesso alla protezione e all’asilo: dopo aver indicato come oggetto della legge l’asilo politico, il legislatore disciplina infatti il solo procedimento relativo al riconoscimento dello status di rifugiato, confermando che il diritto di asilo è riconosciuto (pare implicitamente!) soltanto ai rifugiati⁶⁴. Il Testo Unico sull’Immigrazione e sulla Condizione dello Straniero (d.lgs. 286/1998) nel disciplinare il respingimento alla frontiera dello straniero che non ha i requisiti per l’ingresso nel territorio dello Stato, ne esclude l’applicazione “*nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l’asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l’adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari*” (articolo 10, comma 4). L’articolo 19, comma 1, stabilisce che “*in nessun caso può disporsi l’espulsione o il respingimento verso uno stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzioni per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvitato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*”. Nel dare attuazione a tali disposizioni, l’articolo 11, comma 1, lettera a), del d.p.r. 384/1999, dispone che “*il permesso di soggiorno è rilasciato, quando ne ricorrano i presupposti, tra l’altro... per richiesta di asilo, per la durata delle procedure occorrenti, e per asilo*”.

Gli articoli 32 e 33 della l. 189/2002 hanno modificato e innovato la legge n. 39/1990, introducendovi gli articoli da 1 *bis* a 1 *septies* che

⁶⁴ Cass. I civ. Sent. n. 25028/2005, in “Giustizia civile, Massimario”, 2005, p. 11.

regolano in modo unitario la procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato e del diritto all'asilo politico, ma non hanno eliminato le precedenti incertezze.

La rubrica "Diritto d'asilo" del capo II in realtà contiene norme che si rivolgono ai rifugiati politici: l'articolo 1 *bis* regolamenta i casi in cui il richiedente asilo possa o debba essere trattenuto nei centri d'identificazione o trattenimento, ma disciplina poi solo procedure finalizzate al riconoscimento dello *status* di rifugiato, senza precisare cosa ne è stato della domanda di asilo. Il legislatore tratta la fase della presentazione della domanda e del trattenimento con esclusivo riferimento alla richiesta di asilo, e la fase dell'esame della domanda e della decisione definitiva con esclusivo riferimento al riconoscimento dello *status* di rifugiato, portando a concludere che, quale che sia la domanda (asilo o rifugio), il suo esito sarà sempre e comunque il solo riconoscimento (o diniego) dello *status* di rifugiato politico, con evidente sacrificio del diritto d'asilo. Se il legislatore avesse voluto unificare le procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e per l'accertamento del diritto di asilo, avrebbe dovuto sancirlo espressamente ed includere tra i criteri rilevanti per l'accoglimento della domanda, oltre a quelli previsti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (timore di persecuzione), anche quelli previsti per il diritto di asilo dall'articolo 10 comma 3 Costituzione (impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana nel Paese d'origine).

Anche in relazione alle Commissioni territoriali incaricate della decisione non mancano dubbi: l'articolo 1 *quater* della l. 39/1990 stabilisce che dette commissioni sono istituite per "*il riconoscimento dello status di rifugiato...*" ma poi aggiunge che "*possono essere integrate da un funzionario del Ministero degli affari esteri con la qualifica di componente a tutti gli effetti, ogni volta che sia necessario, in relazione a particolari afflussi di richiedenti asilo, in ordine alle domande dei quali occorra disporre di particolari elementi di valutazione in merito alla situazione dei Paesi di provenienza di competenza del Ministero degli affari esteri...*": dunque su cosa saranno chiamate a decidere le Commissioni territoriali, sulle richieste di rifugio oppure sulle domande di asilo in occasione di particolari afflussi di richiedenti? Ed ulteriori dubbi riguardano la Commissione nazionale: l'articolo 1 *quinques* stabilisce che "*la Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato prevista dall'articolo 2 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 maggio 1990, n. 136, è trasfor-*

mata in Commissione nazionale per il diritto di asilo”...da Commissione centrale per i rifugiati a commissione nazionale per il diritto d’asilo, dunque; e le competenze? Restano immutate? Comprendono ancora il riconoscimento dello status di rifugiato? Se è vero che l’unica procedura ad essere disciplinata dal nostro ordinamento è quella volta al riconoscimento dello status di rifugiato, che senso ha una Commissione nazionale sul diritto di asilo? La confusione raggiunge i massimi livelli nel d.p.r. 303/2004 attuativo della legge n. 189/2002, che all’articolo 1 stabilisce che si deve intendere per “«richiedente asilo»: lo straniero richiedente il riconoscimento dello status di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951..; «domanda di asilo»: la domanda di riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra;*”. L’articolo 2 è intitolato “istruttoria della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato” ma nel testo si fa riferimento unicamente alla domanda di asilo; l’articolo 3 stabilisce che “*al richiedente asilo inviato nel centro è rilasciato un attestato nominativo che certifica la sua qualità di richiedente lo status di rifugiato...*”; l’articolo 4: “*le comunicazioni al richiedente asilo concernenti il procedimento per il riconoscimento dello status di rifugiato sono rese in lingua a lui comprensibile ...*”; l’articolo 14, al comma 1 fa riferimento all’audizione da parte della Commissione territoriale dapprima del “*...richiedente asilo*” e al comma 2 del “*... le dichiarazioni dei richiedenti lo status di rifugiato*”. La confusione raggiunge il suo massimo livello nell’articolo 15 in cui si legge “*la Commissione territoriale entro i tre giorni feriali successivi alla data dell’audizione (riferendosi all’audizione del richiedente asilo ex articolo 14 comma 1) adotta, con atto scritto e motivato, una delle seguenti decisioni: a) riconosce lo status di rifugiato al richiedente in possesso dei requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra; b) rigetta la domanda qualora il richiedente non sia in possesso dei requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra.*” La domanda di asilo viene dunque trattata alla stregua della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato nonostante i differenti presupposti e requisiti di cui si è detto in precedenza.*

Anche il d. l. n. 85/2003, di attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e alla cooperazione in ambito comunitario, all’articolo 7, sotto la rubrica “Istanze di asilo”, dispone che “*l’ammisione alle misure di protezione temporanea non preclude la presentazione dell’istanza per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra*”.

È intervenuto, da ultimo, il d. lgs. 140/2005, attuativo della direttiva 2003/9/CE⁶⁵, che all'articolo 2 definisce “*richiedente asilo*” lo straniero richiedente il riconoscimento dello *status* di *rifugiato*, e “*domanda di asilo*” la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato presentata ai sensi della predetta Convenzione. Simili formulazioni confermano l'orientamento⁶⁶ secondo cui il diritto d'asilo sarebbe meramente funzionale al riconoscimento dello *status* di rifugiato, i cui soli presupposti saranno vagliati dalla Commissione territoriale in sede di decisione. Il richiedente asilo che presenti i requisiti previsti dall'articolo 10 Costituzione ma non quelli prescritti dalla Convenzione di Ginevra si vedrà negare lo *status* di rifugiato politico pur avendo pieno diritto all'asilo, e dovrà lasciare il territorio dello Stato (articolo 15 comma 5, salvo che gli sia concesso un permesso di soggiorno ad altro titolo), nonostante il divieto di espulsione o respingimento che connota il diritto d'asilo. Una simile previsione contrasta apertamente con l'articolo 10 comma 3 della nostra Costituzione.

7. La riforma

Nell'aprile del 2007 il Consiglio dei Ministri ha approvato il testo del disegno legge⁶⁷ che conferisce delega al Governo per la modifica della disciplina di immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero. Il Governo è dunque tenuto ad adottare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, un decreto legislativo per la modifica del testo unico sull'immigrazione n. 268/98 e successive modificazioni.

Da una prima lettura del disegno di legge si percepisce che siamo di fronte ad un'altra occasione perduta per chiarire finalmente i concetti di asilo e rifugio, oltre che per dare attuazione all'articolo 10 Costituzione. Nulla si dice in tema di asilo o *status* di rifugiato politico, eccezion fatta per la proposta modifica dei Centri di permanenza temporanea, che saranno destinati ad accogliere soltanto stranieri sottratti all'identificazione o destinatari di decreti di espulsione in attesa di esecuzione, e non dovranno più essere un proseguimento del carcere

⁶⁵ In GUUE del 6 febbraio 2003, n. L. 31/18.

⁶⁶ A. PECORARO, *Corte di Cassazione, sentenza n. 25028/2005: ulteriori riflessioni sull'asilo costituzionale*, in “CIR Notizie”, maggio 2006, p. 10 e ss.

⁶⁷ Disegno di legge delega al Governo per la modifica della disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero, comunicato stampa della Ministero dell'Interno del 24/04/2007, in “CIR Notizie”, www.cir-onlus.org.

in altra forma, mentre gli stranieri in condizioni di bisogno saranno accolti in vere e proprie strutture di accoglienza. I centri di identificazione dovranno essere riorganizzati e le misure di sicurezza in essi adottate saranno proporzionate alle finalità dei centri medesimi, con particolare attenzione alla tutela dei nuclei familiari con minori, all'informazione specifica sulle procedure di asilo, sulla normativa in materia di tratta e di grave sfruttamento del lavoro nonché alle modalità di ingresso regolare nel territorio nazionale e ai programmi di rimpatrio volontario e assistito. Le indagini della Commissione De Mistura⁶⁸ hanno infatti portato alla chiusura dei centri di permanenza temporanea ed assistenza di Brindisi, Crotone e Ragusa per le precarie condizioni in cui gli stranieri venivano ospitati, ed all'avvio di un'approfondita analisi delle altre strutture, in vista di ulteriori eventuali soppressioni e della riqualificazione ai fini di una diversa missione istituzionale.

Con due decreti legislativi, approvati dal Consiglio dei Ministri lo scorso 9 novembre 2007, l'Italia ha recepito due Direttive comunitarie riguardanti il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato ed il contenuto della protezione internazionale riconosciuta (Direttiva 2004/83/CE attuata con decreto n. 251/2007), e le procedure d'asilo (Direttiva 2005/85/CE attuata con decreto n. 25/2008). Il decreto n. 251/2007, in vigore dal 1 gennaio 2008, riforma integralmente il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Lo straniero che intenda godere della protezione del nostro Paese deve infatti avviare la procedura presentando un'unica e generica domanda di "protezione internazionale"; detta istanza, se meritevole di accoglimento, ha solo due possibili esiti: il riconoscimento dello *status* di rifugiato, nel caso in cui il richiedente presenti i requisiti della Convenzione di Ginevra (nel decreto in esame vengono descritti in dettaglio gli atti e i motivi di persecuzione decisivi), oppure il riconoscimento della protezione sussidiaria. La protezione sussidiaria sarà riconosciuta al cittadino straniero che, pur non possedendo i requisiti per ottenere lo *status* di rifugiato, sarebbe esposto nel Paese d'origine a seri rischi (che il decreto qualifica all'articolo 14 come la condanna a morte, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano e degradante, la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona). La protezione internazionale è dunque una ca-

⁶⁸ Il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (Onu) Kofi Annan ha autorizzato il 29 giugno 2006 Staffan De Mistura, direttore del Centro alti studi delle Nazioni Unite, a presiedere la Commissione di ispezione voluta dal Ministro dell'Interno Giuliano Amato per verificare le condizioni all'interno dei Centri di Permanenza Temporanea.

tegoria ampia e generica, al cui interno si collocano gli istituti del rifugio politico e della protezione sussidiaria. Nel decreto non si fa cenno alcuno al diritto d'asilo; potrebbe desumersi che la domanda di protezione internazionale sostituisca la domanda di asilo, ma una tale opera interpretativa non colma le lacune e le imprecisioni del quadro normativo. Il decreto legislativo, infatti, non attua il precetto costituzionale relativo al diritto di asilo, non chiarisce il significato e il contenuto del medesimo diritto, e lascia privi di tutela gli stranieri in possesso dei soli requisiti per il riconoscimento del diritto di asilo (ai quali sia cioè impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana). Si pensi al caso dell'individuo cui sia di fatto impedito il diritto di voto, il diritto alla libertà religiosa, il diritto di sciopero: si tratta di libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana il cui impedimento legittimerebbe la richiesta di asilo, ma non lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria; a quali strumenti di tutela potrà dunque fare ricorso?

Simili incertezze si devono attribuire al legislatore italiano, che nel dare attuazione alla Direttiva 2004/83/CE ha trascurato un'importante precisazione contenuta nell'articolo 2 lettera g, che recita: “*«domanda di protezione internazionale»: una richiesta di protezione rivolta ad uno Stato membro da parte di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide ...che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione, non contemplato nel campo d'applicazione della presente direttiva, che possa essere richiesto con domanda separata.*” Tale disposizione apriva ampi spazi, non colti, di intervento al legislatore, che avrebbe potuto finalmente qualificare e disciplinare il diritto di asilo come quel diverso tipo di protezione che possa essere richiesto con domanda separata, riconoscendogli la dovuta autonomia.

Il decreto n. 25/2008, in vigore dal 2 marzo 2008, offre uno scenario più confortante: la procedura per l'esame della domanda di protezione internazionale è stata unificata ed uniformata; sono state abrogate le procedure semplificata e ordinaria; è stato precisato che il ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale deve essere presentato al Tribunale del luogo nel cui distretto ha sede la Commissione medesima; avverso la decisione della Commissione si ricorre in appello, ed avverso la decisione della Corte d'Appello si ricorre in Cassazione; i termini per il ricorso al tribunale sono stati portati a 30 giorni; la polizia di frontiera o la Questura devono in ogni caso ricevere la domanda e trasmetterla alla Commissione territoriale competente per territorio, senza più

avere facoltà di respingere alla frontiera; l'allontanamento dal centro di accoglienza non comporta più la rinuncia implicita alla richiesta di asilo; il Questore rilascia un permesso di soggiorno valido per tre mesi, rinnovabile fino alla fine della procedura di riconoscimento; il ricorso avverso il provvedimento della Commissione territoriale sospende l'efficacia del provvedimento impugnato. Il venir meno delle due procedure, ordinaria e semplificata, contribuirà a ridurre le differenziazioni e discriminazioni tra richiedenti; nuove e chiare garanzie vengono poi offerte in tema di impugnazioni. Certo è che anche la nuova normativa presenta aspetti poco chiari: la modifica del trattenimento pare avere natura più formale che sostanziale, posto che i richiedenti vengono ospitati in centri denominati "di accoglienza", ma sulla base dei medesimi presupposti che prima legittimavano il trattenimento nei centri di identificazione. Non può inoltre tacersi il rinnovato impreciso uso del termine "diritto all'asilo", che viene equiparato alla protezione internazionale dall'articolo 2 comma 1 lettera b): "*s'intende per domanda di protezione internazionale o domanda di asilo o domanda la domanda presentata secondo le procedure previste dal presente decreto, diretta ad ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria*". Se in precedenza il diritto di asilo rischiava di assumere carattere meramente strumentale all'ottenimento dello *status* di rifugiato, il recente intervento normativo sembra considerare il diritto di asilo come una sorta di contenitore (privo di autonomia, assimilato alla non meglio definita protezione internazionale) al cui interno trovano spazio solo lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, che finiscono per costituire due sottocategorie del diritto di asilo. Tale qualificazione è priva di alcun fondamento giuridico, oltre che in contrasto con il dettame costituzionale.

Conclusioni: profili di incostituzionalità e illecito internazionale

La legislazione italiana appare frammentaria, incompleta e di difficile applicazione, finalizzata quasi esclusivamente a scoraggiare i flussi migratori e a predisporre misure funzionali solo ad una prima e precaria accoglienza.

Non esiste una normativa organica che definisca e disciplini in modo uniforme la materia, che tenga conto delle differenti esigenze delle diverse categorie di stranieri che entrano nel nostro Paese. Considerate le dimensioni che il fenomeno immigratorio ha assunto negli ultimi anni sarebbe opportuno creare un vero e proprio codice di norme che, nel

rispetto del diritto internazionale e comunitario, garantisca le dovute tutele. Il legislatore italiano si è in primo luogo reso responsabile della mancata attuazione dell'articolo 10 comma 3 Costituzione, che gli delegava la disciplina del diritto d'asilo; nel tentativo di colmare il vuoto legislativo, ha poi reso applicabili al richiedente l'asilo procedure, riservate ai rifugiati, che ne frustrano i presupposti, basando la decisione finale sull'esistenza di requisiti diversi e non necessari, che si concludono con il riconoscimento, anziché del richiesto diritto di asilo, dello *status* di rifugiato politico o di protezione sussidiaria. Esistono dubbi anche in relazione alla semplice possibilità di ingresso e soggiorno del richiedente asilo nel nostro territorio: potrà entrare in Italia e chiedere il riconoscimento del diritto d'asilo direttamente al giudice ordinario o dovrà in ogni caso ottenere un permesso di soggiorno ad altro titolo, magari rivolgendosi alle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato? La mancata previsione di procedure *ad hoc* sembra avvalorare quest'ultima ipotesi, che finisce però per violare l'articolo 10 della Costituzione: se al richiedente l'asilo non è garantito l'ingresso nel nostro Paese, come potrà essergli garantito il diritto di asilo di cui potrebbe essere già titolare (il riconoscimento ha efficacia meramente dichiarativa e non costituiva)? Come si conformano simili disposizioni ai principi di diritto internazionale generale⁶⁹ in materia di trattamento degli stranieri, ed in particolare all'obbligo di protezione da parte dello Stato territoriale che deve predisporre misure idonee a prevenire e reprimere le offese contro la persona o i beni dello straniero?

Il diritto internazionale generale prevede che lo Stato territoriale disponga di un normale apparato giurisdizionale innanzi al quale lo straniero possa far valere le proprie pretese ed ottenere giustizia; di conseguenza costituisce illecito internazionale – “diniego di giustizia” – il comportamento dello Stato che precluda o renda difficoltoso il suddetto accesso.

L'accertamento di un illecito internazionale richiede ben altri approfondimenti, ma si rifletta su quanto segue: il diniego di giustizia – che può derivare anche da una mera responsabilità colposa dello Stato che non usa la dovuta diligenza nella protezione dello straniero⁷⁰ – in qualità di illecito internazionale è commesso da uno Stato (offensore) nei confronti dello Stato di appartenenza dello straniero (offeso); solo

⁶⁹ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 217 e ss.

⁷⁰ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 344.

quest'ultimo potrà (si tratta infatti di una facoltà e non di un obbligo) agire in protezione diplomatica per tutelare il suo cittadino: ma quale Stato dopo aver perseguitato o privato delle libertà e diritti fondamentali i suoi cittadini costringendoli alla fuga agirebbe affinché un altro Stato garantisca loro i medesimi diritti e libertà? E dunque, nel caso il diniego di giustizia fosse effettivamente configurabile, a chi potranno rivolgersi asilanti e rifugiati per ottenere le tutele che l'ordinamento internazionale gli riconosce? Si conferma l'importanza fondamentale di una legislazione interna chiara, completa e realmente garantista.

Bibliografia ulteriore

- CONSIGLIO ITALIANO PER I RFUGIATI, *Per una futura legge organica in materia di asilo*, in "CIR Notizie", Giugno 2006.
- DI MARZIO M., *Questioni di competenza e rito in tema di riconoscimento dello status di rifugiato*, in "Giurisprudenza italiana", anno 158°-indici-2006.
- D'ORAZIO G., *Asilo-Diritto Costituzionale*, in "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, 1988.
- "Gli stranieri, rassegna di studi, giurisprudenza e legislazione", anni 2004 e 2005.
- HEIN C., *Proposte per il miglioramento immediato delle condizioni di richiedenti asilo, rifugiati e stranieri*, in "CIR Notizie", Luglio-Agosto 2006.
- HEIN C., *Il diritto d'asilo in Italia nel 2005*, in "CIR Notizie", Marzo-Aprile 2006.
- INTORCIA G., *Regolamento Dublino II n. 343/2003*, in "CIR Notizie", Luglio-Agosto 2006.
- OBERLAN F., *Procedura ad hoc per valutare lo status di rifugiato*, in "Guida al Diritto", n. 34 del 2002.
- PECORARO A., *Espulsione dello straniero. Confronto tra normativa e giurisprudenza*, in "CIR Notizie", Gennaio 2007.
- SACCHETTINI E., *Allo straniero garantito il gratuito patrocinio nel ricorso contro il decreto di espulsione*, in "Guida al Diritto", n. 37 del 2002.
- UDINA M., *Asilo-Diritto Internazionale*, in "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, 1988.
- ZINGANI L., *Legge organica sull'asilo e la protezione umanitaria... nei primi cento giorni*, in "CIR Notizie", Febbraio 2006.

Summary – The present work deals with the right of asylum and the status of political refugee in the Italian legislation, with the aim to highlight its gaps and contradictions, especially in relation to obligations under international law.

The right of asylum is enshrined in Article 10 of the Italian Constitution and the status of political refugee is enshrined in the Geneva Convention of 1951 on Refugees (ratified by Italy with law n. 722/1954).

It is of immediate perception that the requirement for the right of asylum (the effective hindrance to the exercise of democratic freedoms and rights) is radically different from the one for the status of refugees (the wellfounded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion).

Despite this difference, Italian legislation provides only for the procedure to obtain the status of refugee and not for the one to obtain the recognition of the right of asylum, even though article 10 of Constitution delegates ordinary lawyer to regulate this matter. So aliens who come in Italy and need protection have just one way: ask for the status of refugee. The consequence is that a person who has the requirements asked for the right of asylum - constitutional guaranteed - and not the different ones for the refugee status, won't get any protection (apart from, maybe, different forms of subsidiary protection). This contrasts with fundamental constitutional and international principles, and makes necessary that the legislative authority takes action in order to fill up this gap, especially considering the increasing migration affecting our country in the last few years.