

# L'asilo come “diritto” alla solidarietà

Claudio Panzera

**Sommario:** 1. Cenni sull'evoluzione storica dell'istituto. – 2. Diritto all'asilo e “poteri di confine” statali. – 3. L'asilo nella Costituzione italiana. – 4. Asilo e accesso al territorio statale. – 5. La Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951 e il principio di *non-refoulement*. – 6. Il diritto all'asilo nell'Unione europea. – 7. *segue*: funzionamento e limiti del sistema comune di asilo. – 8. (In)attuazione legislativa e autonomia dell'istituto costituzionale. – 9. Conclusioni.

## 1. *Cenni sull'evoluzione storica dell'istituto*

L'istituto dell'asilo, di antichissima tradizione, ha dimostrato nel corso dei secoli una straordinaria capacità di adattamento ai diversi contesti sociali, religiosi e politici in cui ha fatto la sua comparsa.

Nel racconto delle origini contenuto nel primo libro del Pentateuco, il fratricida Caino – schiacciato dalla colpa commessa – riceve da Dio un *segno* che lo risparmi dalla vendetta che chiunque sarebbe legittimato a compiere (dalla terra stessa sale a Dio il “grido” del sangue versato di Abele); dopo di che Caino, che si autodefinisce «ramingo e fuggiasco», «si allontanò dal Signore e abitò nel paese di Nod, a oriente di Eden»<sup>1</sup>.

Persino il primo omicida, nel contesto della narrazione sacra, trova dunque un luogo di rifugio dove abitare, pur se la condizione di “esule” lo accompagnerà sempre quale condizione *esistenziale*.

L'istituzionalizzazione dell'asilo diventa, per il popolo ebraico finalmente entrato nella terra promessa, un principio organizzativo della convivenza sociale, teso a mitigare l'applicazione della legge del taglione. È lo stesso Jahvè a comandare, per bocca di Mosè, che vengano designate alcune «città di asilo, dove possa rifugiarsi l'omicida che avrà ucciso qualcuno involontariamente. Queste città vi serviranno di asilo contro il vendicatore del sangue, perché l'omicida non sia messo a morte prima di comparire in giudizio dinanzi alla comunità»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Genesi 4, 14-16.

<sup>2</sup> Numeri 35, 9-12.

Tracce della diffusione di prassi simili si rinvengono anche in altre antiche civiltà<sup>3</sup>. Tuttavia, sembra che solo in quella greca l’istituto cominci ad acquisire una caratura giuridica autonoma (*asilía*) rispetto alla cornice sacrale-religiosa in cui affondano le sue radici (*iketéia*)<sup>4</sup>, per quanto i due registri continueranno per molti secoli ad essere avvinti «in un nesso inscindibile»<sup>5</sup>.

Nelle fonti greche, l’intoccabilità connessa all’asilo risulta un attributo proprio di luoghi e oggetti sacri (templi, statue, altari), la quale si “estende” all’individuo che vi si ripari dopo la commissione di un reato<sup>6</sup>. Controversa è la sua ricezione nel diritto romano, almeno per le fasi regia e repubblicana<sup>7</sup>, mentre una più netta affermazione si ritrova nell’accezione *cristiana* dell’asilo, pur con uno slittamento della sacralità del luogo alla difesa della persona: il *confugere ad Ecclesiam* equivaleva ad una richiesta di salvezza da parte del reo/peccatore “pentito”. Avendo a che fare con la *salus animarum*, la prerogativa ecclesiastica finì per generare abusi, venendo invocata dagli interessati anche per i reati più gravi al solo scopo di sottrarsi alla giustizia civile, il che portò all’introduzione di eccezioni ed esclusioni di vario genere<sup>8</sup>.

La prassi dell’*intercessio* ecclesiastica arrivò comunque a trascendere l’originario fine caritatevole e spirituale dell’istituto, rivelandosi un mezzo efficacissimo per interferire con l’amministrazione della giustizia civile e acquisire, accrescere e conservare nei secoli un potere *in temporalibus* concorrente con quello dell’autorità politica<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. E. REALE, *Le droit d’Asile*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1938, vol. 63, 469 ss. e S.P. SINHA, *Asylum and International Law*, The Hague 1971, 5 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. CRIFÒ, *Asilo (diritti antichi)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 192 e U.E. PAOLI, *Asilo. Diritto greco e romano*, in *Nss. Dig. it.*, I.2, Torino 1957, 1035 s.

<sup>5</sup> F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto d’asilo*, in AA.VV., *Il diritto d’asilo*, a cura di B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti, Padova 2006, 2.

<sup>6</sup> Vi sono però alcune eccezioni, operanti esclusivamente in base alla qualifica soggettiva del beneficiario (atleti ai giochi olimpici, ambasciatori, araldi, operai in lavori di pubblica utilità). Per ulteriori approfondimenti, v. W.C. RYAN, *The Historical Case for the Right of Sanctuary*, in *J. Church & State*, 1987, vol. 29(2), 211 ss.; F. MASTROMARTINO, *L’asilo nella società e nella cultura greco-antica*, in *L’Acropoli*, 2/2009, 173 ss.

<sup>7</sup> Secondo G. CRIFÒ, *op. cit.*, 194 ss. l’istituto era conosciuto anche nella Roma pre-imperiale e ne costituivano positive manifestazioni l’inviolabilità del domicilio e l’esilio.

<sup>8</sup> Cfr. G. VISMARA, *Asilo (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 198 ss. Fra i contributi più recenti, v. F. MASTROMARTINO, *Percorsi dell’asilo cristiano. Origine, affermazione e crisi di un istituto giuridico controverso*, in *L’Acropoli*, 6/2010, 593 ss.

<sup>9</sup> La Chiesa difese strenuamente tale privilegio nel corso dei secoli, quale parte essenziale della sua *libertas* (tra l’altro, sanzionando con la scomunica i suoi trasgressori: v. la bolla *Cum Alias* di Gregorio XIV del 1591), prima di abbandonarlo definitivamente con il *codex iuris canonici*

Fu dunque inevitabile che, alla comparsa dello Stato moderno, con la sua pretesa di esclusività, l'asilo religioso entrasse nella fase discendente della sua parabola fino alla totale eclissi: nessun ambito poteva ritenersi sottratto alla forza irresistibile del diritto promanante dall'unico soggetto titolare della sovranità sul territorio. Il suo consolidamento porta all'abolizione del privilegio ecclesiastico già nel 1624 in Inghilterra e, a seguire, in altri Stati europei<sup>10</sup>. Eliminato sul piano interno, il problema dell'eventuale immunità di alcuni individui dallo *ius puniendi* si sposta sul piano esterno delle relazioni fra Stati sovrani, liberi di accordarsi per la cattura e la riconsegna dei criminali fuggiti dal proprio Paese (*estradizione*) come, all'opposto, di concedere protezione a quanti siano perseguitati (per lo più a causa del loro credo religioso).

Nel passaggio dalla monarchia assoluta al dispotismo illuminato si afferma un'importante distinzione, che avrà una perdurante influenza nell'evoluzione successiva: quella fra criminali comuni e perseguitati politici<sup>11</sup>. Con le rivoluzioni di fine Settecento la distinzione verrà cristallizzata nelle prime Dichiarazioni dei diritti e Carte costituzionali<sup>12</sup>, mentre la concessione dell'asilo tenderà ad affermarsi stabilmente come una *prerogativa dello Stato* connessa all'esercizio della sovranità territoriale.

La successiva evoluzione dell'istituto è legata ai grandi esodi di massa generati dalla dissoluzione dei vecchi Imperi e alla creazione di nuove entità statali su basi etnico-nazionali dopo il 1918. Queste migrazioni forzate di massa, inedite per natura e dimensioni, posero già allora pressanti

---

del 1983. Se ne conserva oggi una versione "debole": è l'obbligo imposto alla forza pubblica statale di dare preavviso all'autorità ecclesiastica prima di compiere un arresto negli edifici di culto, salvi «i casi di urgente necessità» (art. 9, u.c., Patti lateranensi, ripreso dall'art. 5, c. 2, del Concordato fra Italia e Santa Sede del 1984, recepito con l. n. 121/1985). In argomento, v. per tutti C. LATINI, *Il privilegio dell'immunità. Diritto di asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano 2002.

<sup>10</sup> Cfr. W.C. RYAN, *The Historical Case*, cit., 228.

<sup>11</sup> Per i secondi, stando ai giusnaturalisti dell'epoca, non vale l'obbligo alternativo di estradare o punire (*aut dedere aut punire*) che incombe sugli Stati: v. H. GROTI, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. II, § XVI e cap. XXI, § V. Per una ricostruzione del pensiero giusnaturalistico in tema, v. F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino 2012, 29 ss.

<sup>12</sup> L'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 eleva la *résistance à l'oppression* a valore universale, mentre la Costituzione giacobina del 1793 qualifica il popolo francese come «l'amico e l'alleato naturale dei popoli liberi» (art. 118), che «dà asilo agli stranieri banditi dalla loro patria per la causa della libertà» ma lo «rifiuta ai tiranni» (art. 120).

interrogativi alla comunità internazionale<sup>13</sup>, che diverranno drammatici dopo gli sconvolgimenti prodotti dal secondo conflitto mondiale e dalla Shoah.

Una prima risposta verrà offerta, sul piano organizzativo, con l'istituzione nel 1946 dell'Organizzazione internazionale dei rifugiati (IRO) e tre anni dopo dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR); su quello normativo, con l'adozione nel 1951 di un'apposita Convenzione sullo statuto dei rifugiati. Si determina, così, un *cambio di paradigma* nella configurazione dell'asilo, al cui centro viene posto l'individuo colpito da ingiusta persecuzione (non solo per motivi politici), di cui l'intera comunità internazionale – attraverso l'azione dei propri organismi e di singoli Stati – è chiamata ad assumere la protezione.

## 2. *Diritto all'asilo e “poteri di confine” statali*

Alla declinazione dell'asilo in una più ampia chiave *umanitaria* corrisponde una trasformazione degli obblighi di tutela per gli Stati, il cui coinvolgimento va ben oltre l'esigenza di dare rifugio ai soli esuli *politici* in fuga da regimi autoritari<sup>14</sup>. Gli stessi Stati liberal-democratici, che del riconoscimento di diritti umani universali si fanno paladini, hanno presto imparato a fare i conti con la sfida dell'accoglienza sul proprio territorio di consistenti flussi di migranti in fuga da persecuzioni per motivi religiosi, etnici, di appartenenza nazionale o in quanto membri di uno specifico gruppo sociale, come pure pericoli per la loro incolumità causati da situazioni di conflitto armato e di violenza generalizzata nel loro Paese<sup>15</sup>.

Il diritto all'asilo, per questo cruciale aspetto, può costituire uno dei più incisivi strumenti a disposizione dello straniero per (tentare di) “democratizzare”

---

<sup>13</sup> Risalgono a quest'epoca i primi provvedimenti di assistenza e protezione su larga scala come il “passaporto Nansen” ed alcuni Accordi degli anni Venti (confluiti poi nella Convenzione della Società delle Nazioni sullo *status* internazionale dei rifugiati del 1933) relativi al problema dei profughi russi e armeni.

<sup>14</sup> L'idea che alla radice dell'attuale configurazione dell'asilo vi sia «la relatività dei valori politici, come riflesso della pluralità delle sovranità territoriali», è alla base del pregevole studio di G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992, 1 s.

<sup>15</sup> Si è scelto di fare riferimento alle due principali forme di protezione riconosciute a livello internazionale e nel diritto UE (lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, su cui v. *infra*, § 6), senza voler per questo ignorare altre cause di migrazione “forzata”, come quelle legate ai cambiamenti climatici e ai disastri naturali.

*i poteri di confine* connessi all'esercizio della sovranità territoriale degli Stati<sup>16</sup>. Esso, infatti, spezza la tradizionale circolarità del rapporto fra garanzia dei diritti e obbligazione politica su cui si fonda la dogmatica statale.

Il rapporto tra individuo e territorio è ciò che più differenzia, nell'epoca della statualità, il cittadino dallo straniero (incolato come diritto *politico*)<sup>17</sup>. Gli effetti dell'evoluzione del fenomeno migratorio sulla sovranità statale non paiono minimamente paragonabili, per intensità e rapidità, alle trasformazioni indotte dalla globalizzazione economico-finanziaria e dallo sviluppo tecnologico nei settori dell'informazione e delle telecomunicazioni. Il controllo sulla circolazione delle persone attraverso le frontiere rappresenta ancora uno degli ambiti di massima manifestazione della puissance dello Stato<sup>18</sup>.

In tale quadro, diventa essenziale capire *come* gli Stati decidono di regolare l'apertura e chiusura dei propri confini (giungendo, talvolta, ad una loro artificiale manipolazione) e in base a quali concreti interessi, al fine di misurare l'aderenza delle scelte compiute con il sistema dei valori fondamentali su cui un ordinamento dato si regge.

Obblighi internazionali e clausole costituzionali concorrono a tal fine, in un cumulo di garanzie sostanziali e procedurali che – onde evitare effetti

---

<sup>16</sup> Cfr. F. OLIVIERI, *I “poteri di confine” e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell’immigrazione*, in AA.VV., *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, a cura di F. Biondi Dal Monte e E. Rossi, Pisa 2020, 109 ss., che identifica detti poteri con «l’insieme delle potestà con cui le istituzioni pubbliche istituiscono e controllano i confini (materiali e immateriali, esterni e interni, ecc.) che definiscono il territorio e la popolazione su cui quelle istituzioni esercitano la sovranità» (p. 117).

<sup>17</sup> Come nota il sociologo G. SCIORTINO (*Rebus immigrazione*, Bologna 2017, 32), il sistema di controlli ai transiti delle persone tra gli Stati è ciò che rende oggi la cittadinanza nazionale «il più importante privilegio ascrittivo dell’epoca contemporanea, il principale criterio allocativo nella stratificazione sociale del pianeta». Sul punto, v. pure le note riflessioni critiche di L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in AA.VV., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari 1994, 265 ss. e 287 ss., tra i più convinti sostenitori della opportunità di superare la dicotomia “diritti dell’uomo/diritti del cittadino” in favore di una effettiva egualanza *en droits* di tutti gli uomini (a partire proprio dalla libertà di circolazione).

<sup>18</sup> Da questo punto di vista, i flussi migratori globali rappresentano una sfida per la tenuta del paradigma statualistico (parla esplicitamente di «carica sovversiva», da ultima, D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino 2017, 20). Si è persino invocata, in tale contesto, l’idea che le migrazioni siano da considerare un autentico «*fatto costituenti* [destinato a] rivoluzionare i rapporti tra gli uomini» (così, ancora L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’egualanza*, Roma-Bari 2018, 219).

controproducenti rispetto allo scopo – richiedono un adeguato raccordo. Per i Paesi membri dell’Unione europea, il quadro è arricchito dall’esistenza di una competenza normativa specifica delle istituzioni sovranazionali in materia, di tipo concorrente, la quale tende a soppiantare le discipline statali secondo il meccanismo sussidiario tipico di tale potestà in quel sistema<sup>19</sup>.

Ora, ciascuno dei ricordati livelli normativi (internazionale, sovranazionale, statale) ha un proprio modello di asilo, che rispecchia i valori e gli interessi della rispettiva comunità di riferimento (gli Stati, gli Stati e i popoli europei, le comunità politiche nazionali). In altri termini, l’istituto non ha attualmente una configurazione giuridica unitaria. Di ciò bisogna tenere conto nel momento in cui le *universali* pretese avanzate dal diritto all’asilo degli individui entrano in contatto con la ruvida concretezza degli interessi di *particolari* comunità politiche.

Volendosi intrattenere, nel seguito di questo lavoro, sul rapporto fra diritto all’asilo e poteri di confine dello Stato nell’ordinamento italiano (con limitato riguardo all’accesso degli stranieri al territorio), è opportuno scindere l’analisi in relazione ai tre livelli considerati, cominciando da quello nazionale.

### 3. *L’asilo nella Costituzione italiana*

In seguito all’entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 (conv. in l. n. 132/2018), le sezioni unite della Cassazione sono intervenute a dirimere un contrasto fra due opposti indirizzi giurisprudenziali in ordine all’applicazione *ratione temporis* della nuova disciplina sulla protezione umanitaria, con particolare riguardo alla sorte dei procedimenti avviati prima dell’entrata in vigore del decreto e non ancora decisi<sup>20</sup>.

Nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, che lo porterà a

---

<sup>19</sup> La pertinenza della materia *de qua* all’ambito della potestà concorrente è fissata nell’art. 4, par. 2, lett. *j*), TFUE. In base all’art. 2, par. 2, del medesimo, «Quando i trattati attribuiscono all’Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore [...] gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l’Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l’Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria».

<sup>20</sup> Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2019, nn. 29459, 2960 e 29461, a commento delle quali v. – fra gli altri – la sintetica nota di F. BIONDI DAL MONTE, *Quanto siamo umani(tari)? Le Sezioni Unite sul decreto sicurezza*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 151 ss. Per una ricostruzione analitica della vicenda in tutte le sue fasi, cfr. invece N. CANZIAN, *La non retroattività dell’abrogazione della protezione umanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 393 ss.

disconoscere effetti retroattivi alla novella, il Supremo Collegio fa tre affermazioni importanti. Anzitutto, ribadisce il consolidato orientamento secondo cui la situazione giuridica in esame «ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali», e «non è pertanto degradabile a interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo»<sup>21</sup>. Ricorda, poi, che le tre principali forme di protezione esistenti (*status* di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria) sono tutte «ascrivibili all'area dei diritti fondamentali» *ex art. 2 Cost.* e, soprattutto, «sono espressione del diritto costituzionale all'asilo»<sup>22</sup>, la cui prima garanzia – si potrebbe aggiungere – risiede nel carattere precettivo della norma che lo contempla (art. 10, c. 3, Cost.), suscettibile di applicazione immediata. Infine, qualifica l'asilo come «un diritto della personalità, posto a presidio di interessi essenziali della persona [il quale] non può recedere al cospetto dello straniero bisognoso di aiuto, che, allegando motivi umanitari, invochi il *diritto di solidarietà sociale*»<sup>23</sup>.

Quest'ultimo passaggio, per quanto vago e tecnicamente impreciso<sup>24</sup>, pone l'accento sul nesso tra diritto all'asilo e principio di solidarietà che sta alla radice dell'accezione contemporanea dell'istituto, pur nelle sue diverse declinazioni storico-politiche. Per lo Stato liberale si tratta della solidarietà che unisce i “combattenti per la libertà” da regimi assolutistici (ad es., artt. 118 e 120 della Costituzione francese del 1793)<sup>25</sup>; per lo Stato socialista è la solidarietà che lega i lavoratori in lotta contro lo sfruttamento della classe dominante (ad es., art. 129 della Costituzione sovietica del 1936)<sup>26</sup>; per

---

<sup>21</sup> Punto 5.4. Nella giurisprudenza antecedente, *ex multis*: Cass. civ., sez. un., 19 maggio 2009, n. 11535; 9 settembre 2009, n. 19393; 28 novembre 2018, n. 30757; 19 dicembre 2018, n. 32774; 29 gennaio 2019, n. 2441.

<sup>22</sup> Punto 6 (sulla questione, v. meglio *infra*, § 8).

<sup>23</sup> Punto 6.2 (c.v. aggiunto).

<sup>24</sup> Sia per il riferimento, non meglio specificato, all'incerta categoria dei diritti della personalità che per l'equivoca evocazione di un presunto “diritto” di (alla) solidarietà.

<sup>25</sup> V. *supra*, nt. 12.

<sup>26</sup> «L'URSS accorda il diritto di asilo ai cittadini stranieri perseguitati per avere difeso gli interessi dei lavoratori, o per la loro attività scientifica, o per avere partecipato a lotte di liberazione nazionale». La maggiore enfasi sul piano ideologico si ritrova nell'art. 13 della vigente Costituzione cubana del 1973: «La Repubblica di Cuba concede asilo ai perseguitati per i loro ideali o lotte per i diritti democratici; contro l'imperialismo, il fascismo, il colonialismo e il neocolonialismo, contro la discriminazione e il razzismo; per la liberazione nazionale; per i diritti e le rivendicazioni dei lavoratori, contadini e studenti; per le loro attività politiche, scientifiche, artistiche e letterarie progressiste; per il socialismo e la pace».

l'odierna comunità internazionale è la solidarietà che deriva dall'appartenenza al genere umano, sotto il vessillo del riconoscimento di diritti universali (spec. art. 14 Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948)<sup>27</sup>.

In questa terza prospettiva si pone anche la previsione dell'art. 10, c. 3, della Costituzione italiana, secondo cui «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».

A differenza di altri testi costituzionali di analoga ispirazione<sup>28</sup>, quello italiano si caratterizza per il fatto di prescindere dal requisito della “persecuzione” (politica), non ritenuto strettamente indispensabile ai fini del riconoscimento dell’asilo. Il suo presupposto, piuttosto, risiede nella mera condizione oggettiva dell’essere impediti nel proprio Paese a godere effettivamente delle «libertà democratiche» sulla cui base è edificata la Repubblica. Così facendo, i Costituenti hanno inteso proiettare *all'esterno* dell’ordinamento la carica ideale dei principi fondamentali proclamati nel testo, quale modello di riferimento per altre nazioni che aspirino a dotarsi di governi liberal-democratici<sup>29</sup>, e offrire coerentemente un luogo di rifugio allo straniero che, non sopportando «le condizioni di “invivibilità” democratica»<sup>30</sup> della patria di origine, lasci quest’ultima alla ricerca di una patria – per così dire – di riserva<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> «1. Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite».

<sup>28</sup> Per uno sguardo comparato, limitatamente agli ordinamenti più vicini, v.: L. JEANNIN - M. MENEGHINI - C. PAUTI - R. POUPEL, *Le droit d'asile en Europe. Étude comparé*, Paris 1999; H. LAMBERT - F. MESSINEO - P. TIEDEMANN, *Comparative perspectives of constitutional asylum in France, Italy, and Germany: Requiescant in pace?*, in *Ref. Survey Quart.*, 2008, vol. 27(2), 16 ss.; G. CORDINI, *Il diritto d'asilo: origine storica e sua configurazione giuridica negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli 2010, 940 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Bari 2011, 157 ss.; L. GRASSO, *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV/2012, 1497 ss.

<sup>29</sup> In tal senso, v. già C. ESPOSITO, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 222 e A. CASSESE, *Art. 10-11*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 474.

<sup>30</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 34.

<sup>31</sup> Adattando la terminologia di H. ARENDT [*Le origini del totalitarismo* (1951), Torino 2004, 402 ss.], si potrebbe ragionare dell’asilo come di un “meta-diritto” che – in modo alternativo allo *status civitatis* – prelude al godimento dei diritti fondamentali che lo straniero si vede appunto negati nel proprio Paese: «un meta-diritto o super diritto che costituisce la condizione

Una rimarchevole apertura, quella mostrata dalla Carta costituzionale, che rischia però di prestarsi ad usi strumentali per evitare i quali è opportuno che il presupposto in questione sia doppiamente circoscritto. Da un lato, l'impedimento in parola deve essere la ragione *effettiva* e non il mero pretesto dell'abbandono del Paese di origine dello straniero (che sia magari spinto dall'esigenza, in sé del tutto legittima, di migliorare la propria posizione economica e sociale)<sup>32</sup>. Dall'altro, all'accertamento della sua sussistenza non può rimanere estranea la verifica della *previa condotta* del richiedente: sebbene non appaia necessario, come si diceva, che questi sia perseguitato nel proprio Paese né che si sia attivamente speso per la causa della libertà, è tuttavia indispensabile che non abbia contraddetto con il suo comportamento quelle stesse libertà democratiche la cui violazione adduce con la domanda di asilo<sup>33</sup>.

Si intuisce, a tal punto, l'importanza di delineare con maggiore chiarezza

---

trascendentale di possibilità e attuabilità dei diritti umani» (P. BELLOLI, *Fenomenologia del diritto d'asilo. Hannah Arendt e il diritto ad avere diritti*, in AA.VV., *Il diritto d'asilo*, cit., 144). Per l'espressione "patria di riserva", v. poi A. RAUTI, *Difesa della Patria*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli 2020, 180, che pur non ignora le difficoltà della trasposizione simbolica del concetto di "patria" con riguardo agli stranieri.

<sup>32</sup> Il punto è generalmente condiviso in dottrina, benché la distinzione teorica fra migrazioni forzate e migrazioni volontarie sia una base non del tutto affidabile sul piano ermeneutico e ricostruttivo, fra l'altro poiché scivolosa in pratica. Per l'orientamento maggioritario, v. comunque: C. ESPOSITO, *Asilo*, cit., 226; A. CASSESE, *Art. 10*, cit., 536; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo*, Padova 1988, 108 s.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 35 s. (ma con alcune perplessità in Id., *Condizione dello straniero e "società democratica"*, Padova 1994, ad es. 83, 96, 104 s., 107 ss. e 116); P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, in AA.VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova 2004, 1142; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova 2007, 98 ss.; E. CAVASINO, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in AA.VV., *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. Caligiuri, G. Cataldi e N. Napoletano, Padova 2010, 305. In senso critico, invece: E. BETTINELLI, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino 1992, 39; M.R. SAULLE, *Il diritto di migrare come diritto fondamentale* e F. DURANTE, *Chi è il rifugiato*, entrambi in AA.VV., *Asilo, migrazioni, lavoro*, a cura di M.R. Saulle, Napoli 1995, rispett. 15 e 44 s.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* (1998), in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari 2001, 25 s.; A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà: il diritto di asilo nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il diritto d'asilo*, cit., 105.

<sup>33</sup> Vi deve essere, insomma, un minimo di coerenza «rispetto ai principi fondativi del *pactum societatis* costituzionale», come rileva esattamente M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 91. Cfr. pure G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 70 ss. e P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., 1142 s.

l'espressione «libertà democratiche» impiegata dal testo costituzionale, assodato che l'impedimento all'effettivo esercizio, riferendosi alla concreta situazione esistente in un dato Paese (al di là delle astratte formole normative), è oggetto di un accertamento di fatto<sup>34</sup>.

S'è detto che la terminologia impiegata indichi, in forma ellittica, le «libertà ritenute fondamentali negli ordinamenti democratici»<sup>35</sup>, ossia quei diritti che, senza rappresentare «una categoria dommatica autonoma e in sé omogenea», sono «in un rapporto di coessenzialità, a un tempo, politico-ideologica e funzionale» con la democrazia quale regime tipico di un sistema politico liberale<sup>36</sup>. Dunque, essenzialmente le libertà politiche e civili.

Questa lettura, largamente condivisa<sup>37</sup>, va integrata dal riferimento testuale alle libertà democratiche «garantite dalla Costituzione italiana». L'aggancio alla Carta serve non solo a ridurre la genericità dei concetti di «libertà» e «democrazia», ma anche a ribadire *il punto di vista determinante* in fase di accertamento del presupposto: quello, appunto, corrispondente ai caratteri fondamentali dell'ordinamento italiano come «Repubblica democratica fondata sul lavoro» (art. 1) che riconosce l'anteriorità della persona rispetto allo Stato unitamente ai vincoli di solidarietà fra i consociati (art. 2).

Oltre alle libertà politiche e civili, dunque, potrebbero rientrare in quell'espressione anche diritti della sfera economico-sociale, come ad esempio

<sup>34</sup> Non vi sono dubbi, quanto al profilo soggettivo, che fra i titolari del diritto sia incluso anche l'apolide.

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1992, 230.

<sup>36</sup> G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 91. Sebbene non manchino esempi storici di liberalismo economico praticato da Stati autoritari/totalitari (v. ora la Cina), desta oggi preoccupazione l'emergere di singolari forme di *democrazia c.d. illiberale*, dalla discussa qualificazione. Sul punto, v. da ultimo i contributi (di G. D'Ignazio, A. Spadaro, F. Raniolo, A. Di Gregorio, R. Toniatti, G. Martinico, A. Salomoni, G. Delledonne, I. Wences, E. Ceccherini, A.M. Russo, R. Orrù, R. Tarchi) pubblicati su *DPCE online*, 3/2020, III sez. mon., 3863 ss.

<sup>37</sup> Limitandosi alla dottrina più recente, v. P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, cit., 1141; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 102; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 113; E. ROSSI, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi*, in AA.VV., *Diritti oltre frontiera*, cit., 159 s. (con opportuno richiamo alla dimensione «sostanziale», oltre che procedurale, del principio democratico). Più restrittiva è la lettura di E. CAVASINO, *Il diritto d'asilo*, cit., 308 s. e 321 ss. secondo la quale oggetto esclusivo della protezione sarebbero le libertà politiche (come «partecipazione in modo eguale agli altri membri della comunità politica all'esercizio del potere sovrano, cioè il potere di determinare i caratteri dell'ordinamento giuridico cui [lo straniero] è sottoposto»), mentre la violazione delle altre libertà costituzionali rileverebbe «solo incidentalmente» (*ivi*, 323).

alla scelta del lavoro, all'iniziativa privata, all'organizzazione sindacale, allo sciopero<sup>38</sup>.

Si tende invece ad escludere dal novero delle libertà in parola i *diritti sociali*, nonostante questi rappresentino un elemento essenziale del modello di democrazia delineato dalla Costituzione italiana. Ciò si deve, per un verso, alla irriducibile diversità strutturale di buona parte di essi rispetto al prototipo delle classiche libertà “negative” sotteso alla disposizione in esame, per l'altro alla perdurante influenza della distinzione fra richiedenti asilo e migranti economici sull'interpretazione delle garanzie concernenti gli stranieri.

Da ultimo, non è inutile ricordare che l'individuazione delle libertà in parola è una questione di interpretazione costituzionale, come tale sempre “aperta”. Ciò significa, che un'eventuale elencazione ad opera della legge di attuazione dell'art. 10, c. 3, pura auspicabile per ragioni di chiarezza, *non potrebbe comunque essere tassativa*, pena il rischio di rimettere alla maggioranza politica di turno la definizione non delle «condizioni» di esercizio del diritto costituzionale all'asilo ma dello stesso presupposto legittimante.

Meno sicure, invece, paiono le implicazioni del rinvio alla legge contenuto nella parte finale della disposizione.

Stando all'opinione maggioritaria, che trova conferma nelle citate decisioni delle sezioni unite del 2019, le «condizioni» da dettagliare dovrebbero concernere le modalità di esercizio del diritto (anzitutto gli organi competenti e le procedure per giungere al suo accertamento amministrativo e, in caso, giudiziale), le facoltà conseguenti al suo riconoscimento (durata del soggiorno e diritti che sostanziano la protezione), le eventuali cause di cessazione o revoca dello *status*, senza che ciò autorizzi il legislatore a introdurre in via surrettizia requisiti *ulteriori* rispetto a quelli previsti dalla Costituzione per l'immediata esigibilità del diritto<sup>39</sup>. L'ipotesi che, fra le accennate «condizioni», possano

<sup>38</sup> In una risalente decisione – l'unica, finora, rilevante sul punto: sent. n. 11/1968, in tema di iscrizione obbligatoria all'albo dei giornalisti professionisti – la Corte costituzionale ha annoverato tra le libertà democratiche in parola il diritto di manifestare il proprio pensiero a mezzo stampa. Per un'elencazione più dettagliata, v. Trib. Roma, 1º ottobre 1999, concernente il noto caso del *leader* del partito PKK della minoranza curda perseguitata in Turchia, A. Öcalan, fuggito dal suo Paese e temporaneamente riparato in Italia (in *Riv. dir. int.*, 1/2000, spec. 244 ss.).

<sup>39</sup> L'art. 10, c. 3, contiene dunque una norma direttamente applicabile, almeno quanto al riconoscimento del diritto in gioco (sui contenuti del relativo *status* la questione è più complessa, come si è cercato di spiegare in altra sede: C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli 2020, 124 ss., 136 ss. e 152 ss.). Sull'immediata esigibilità del diritto, in forza della sola disposizione costituzionale, cfr.: C. ESPOSITO, *Asilo*, cit., 224 e 226; A. CASSESE,

figurare anche *restrizioni di ordine quantitativo* agli ingressi per ragioni di asilo – non estranea ai Costituenti<sup>40</sup> – suscita invece maggiori discussioni, benché tenda a prevalere la tesi positiva<sup>41</sup>.

#### 4. *Asilo e accesso al territorio statale*

Come che si vogliano risolvere le questioni accennate, si ribadisce la stretta correlazione fra impedimento delle libertà democratiche e principio di solidarietà (politico-umanitaria) che il “figurino” costituzionale dell’asilo sottende. Il primo funge da presupposto abilitante e il secondo da matrice assiologica per il riconoscimento in capo allo straniero del diritto *a ricevere* asilo nel territorio della Repubblica, che ha appunto rango costituzionale (e, stando alla collocazione della disposizione, carattere di “principio fondamentale” dell’ordinamento).

Ne discende, come prima e immediata conseguenza, la (auto)limitazione nel caso di specie del potere statale di regolare liberamente l’accesso dei non cittadini nel suo territorio. Laddove lo straniero in generale ha un mero interesse legittimo all’ingresso e al soggiorno in uno Stato, il titolare del diritto all’asilo gode – secondo la Costituzione italiana – di un diritto soggettivo immediatamente azionabile<sup>42</sup>. L’ingresso e il soggiorno rappresentano, cioè, il *contenuto minimo-essenziale* della situazione giuridica protetta.

Trattandosi di un diritto soggettivo che scaturisce da una fattispecie

---

Art. 10, cit., 533; P. BARILE, *Diritti dell’uomo*, cit., 34; E. BERNARDI, *Asilo politico*, in *Dig. pubbl.*, I, Torino 1987, 427; P. ZIOTTI, *Il diritto d’asilo*, cit., 115 ss.; G. D’ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 39, 48 e 90; P. BONETTI, *Il diritto d’asilo*, cit., 1148 s.; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 136 ss.; B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in AIC, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli 2010, 318; AIC, E. Rossi, *Il diritto di asilo*, cit., 162. Per la contraria, ma isolata, opinione v. ora M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino 2018, 114 s.

<sup>40</sup> Si ricordano gli interventi dell’on. Nobile nella seduta pomeridiana del 27 marzo 1947 e nella seduta antimeridiana dell’11 aprile (res. sten.: AC, LXXVIII, 2574 e AC, LXXXIV, 2725).

<sup>41</sup> Agli autori appena citati (C. Esposito, P. Barile, E. Bernardi, G. D’Orazio, P. Bonetti), addè M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 230, nonché A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rass. parl.*, 3/2010, 677 (il quale, per gli esodi di massa, ammette la possibilità di riduzione in via legislativa del diritto soggettivo all’asilo a mero interesse legittimo). In senso contrario, v. però M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 142 ss. e A. ALGOSTINO, “*Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio*”: anche gli albanesi?, in *Pol. dir.*, 1/1998, 35.

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 5/2004 e Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674.

normativa completa di tutti i suoi elementi, il relativo accertamento – ad opera di organi dell'amministrazione o in via giudiziaria – non può che avere carattere *dichiarativo* e, dunque, spiegare effetti a partire dal momento in cui, sorta l'esigenza di protezione, lo straniero ne abbia fatto richiesta alle autorità competenti (le quali non potrebbero rifiutarsi di riceverla)<sup>43</sup>. Ciò implica pure che analogo diritto di ingresso e soggiorno debba essere riconosciuto, almeno in via provvisoria, al *richiedente* nelle more della definizione della sua situazione giuridica? Logicamente dovrebbe essere così. In realtà, è necessario chiarire in via preliminare a quale “tipo” di asilo si riferisca l'art. 10, c. 3.

Nel diritto internazionale si distingue infatti tra asilo *territoriale* e asilo *extraterritoriale* (o diplomatico). Come si sa, mentre il primo si fonda sul principio di sovranità (ogni Stato è libero di accogliere qualunque straniero sul *proprio* territorio), il secondo è il riflesso della sfera di immunità riconosciuta ad alcune sedi di rappresentanza presenti sul territorio di altri Stati in base ad accordi internazionali (ambasciate, consolati, ma anche basi, navi o aeromobili militari)<sup>44</sup>. Ulteriori fattispecie, benché minori, sono poi l'asilo *neutrale* (il rifugio accordato in tempi di guerra a mezzi e truppe militari

---

<sup>43</sup> Con riguardo alle contigue fattispecie della protezione internazionale e sussidiaria, il contenzioso giurisdizionale relativo a questa fase iniziale della procedura segnala l'esistenza di una prassi difforme da parte degli uffici preposti (questure e polizia di frontiera: artt. 3 e 26 del d.lgs. n. 25/2008, c.d. decreto procedure), che talvolta subordinano la registrazione della domanda all'esibizione di documenti non richiesti dalla legge, ne ritardano indebitamente la verbalizzazione o addirittura rifiutano di prenderla in esame con un giudizio sommario sulla presunta inesistenza dei requisiti, giudizio che spetta invece ad altri organi (le Commissioni territoriali per la protezione internazionale istituite dalla l. n. 189/2002). In merito, v. G. SAVIO, *Accesso alla procedura di asilo e poteri “di fatto” delle Questure*, in [www.questionejustizia.it](http://www.questionejustizia.it), 29.05.2019 (dello stesso A., cfr. più in generale *Le procedure amministrative della domanda di asilo: dall'avvio alla decisione*, in AA.VV., *Immigrazione, asilo e cittadinanza*<sup>4</sup>, a cura di P. Morozzo della Rocca, Santarcangelo di Romagna 2019, 53 ss.) e S. PENASA, *La formalizzazione della domanda di protezione internazionale come “zona d'ombra” del diritto dell'immigrazione: l'emergenza sanitaria e la giusta distanza*, in *ADiM Blog*, giugno 2020.

<sup>44</sup> La distinzione è stata cristallizzata nella sent. 20 novembre 1950 della Corte internazionale di giustizia (*Haya de la Torre*), resa fra Colombia e Perù. L'asilo diplomatico si è rivelato di grande utilità per perseguitati politici impossibilitati a uscire dal proprio Paese o nel caso di colpi di Stato o insurrezioni interne. La sua concessione è prassi diffusa nei Paesi latinoamericani, ove è divenuta oggetto di numerosi accordi internazionali, al punto da indurre la dottrina a ipotizzare la formazione di una norma consuetudinaria *particolare* in materia: cfr. A. MIGLIAZZA, *Asilo (dir. int.)*, in *Nss. Dig. it.*, I.2, Torino 1957, 1039 s. e M. GIULIANO, *Asilo (dir. int.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 209 ss., ma spec. F. FRANCIONI, *L'asilo diplomatico*, Milano 1973; più di recente, F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano 2009, 37 ss.

straniere da uno Stato non schierato) e l'asilo *internazionale in senso stretto* (quello concesso in via temporanea nelle sedi degli organismi internazionali dotati di personalità giuridica)<sup>45</sup>.

Ora, secondo alcuni autori, l'asilo di cui parla l'art. 10, c. 3, non potrebbe che essere quello “territoriale”; l'asilo extraterritoriale, semmai, ricadrebbe in una scelta discrezionale del legislatore, eventualmente assistita dalle garanzie più generali di cui agli artt. 2 e 10, c. 2, della Carta<sup>46</sup>. In quest'accezione, la presenza dello straniero almeno alla frontiera dello Stato sarebbe una precondizione di fatto per l'esercizio del diritto all'asilo riconosciuto dalla Costituzione.

Altra parte della dottrina propende invece per l'inclusione di entrambe le figure nel modello costituzionale<sup>47</sup>, giungendo a ipotizzare che sulle autorità nazionali incomba non solo il divieto di respingere alla frontiera o allontanare dal territorio il potenziale titolare del diritto all'asilo<sup>48</sup>, ma addirittura anche l'obbligo – in positivo – di *agevolare* l'arrivo sul territorio dello straniero il cui diritto alla protezione sia stato riconosciuto<sup>49</sup>.

La questione è cruciale per i rapporti fra diritto all'asilo e poteri di confine statali. Non a caso, proprio su questo punto il ricordato cumulo di garanzie interne ed esterne della situazione giuridica in esame pone all'interprete i maggiori problemi di coordinamento.

È il momento di affiancare all'analisi dell'istituto costituzionale una rapida panoramica sulle forme di protezione riconosciute nell'ordinamento internazionale e nel diritto dell'Unione europea.

---

<sup>45</sup> Per queste ultime, v. M. UDINA, *Asilo (diritto di) – I) Dir. int.*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, 3 s.

<sup>46</sup> C. ESPOSITO, *Asilo*, cit., 223; G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit. 38 s.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, cit., 217.

<sup>47</sup> A. CASSESE, *Art. 10*, cit., 537; E. BETTINELLI, *I diritti “essenziali”*, cit., 38 e L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in AA.VV., *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, a cura di M. Revenga Sánchez, Milano-Valencia 2005, 188; P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in AA.VV., *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione dell'immigrazione in Italia*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, Milano 2020, 791 (ma con alcune precisazioni).

<sup>48</sup> Oltre alle clausole di *non refoulement* previste dalle normative internazionali e dell'UE, su cui ritorneremo, v. l'art. 10, c. 4, del d.lgs. n. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione: t.u.i.).

<sup>49</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 127.

## 5. La Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951 e il principio di non-refoulement

La Convenzione di Ginevra del 1951, già richiamata, costituisce il principale – benché non unico – strumento normativo di rango internazionale per la protezione di quanti cerchino asilo dalle persecuzioni<sup>50</sup>.

Essa concerne una particolare categoria di soggetti – i *rifugiati* – alla cui definizione concorrono tre elementi: *a*) il giustificato timore di subire persecuzioni a causa della propria razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche; *b*) il trovarsi fuori del territorio dello Stato di appartenenza (o di domicilio, se apolide); *c*) l'impossibilità o il rifiuto dell'interessato, a cagione di quanto temuto, di avvalersi della protezione di detto Stato<sup>51</sup>.

Balza agli occhi la differenza strutturale tra la fattispecie disciplinata dalla Costituzione italiana e la qualifica di rifugiato: nel primo caso, come si diceva anche prima, non rileva tanto la persecuzione in sé ma la privazione effettiva delle libertà democratiche, che potrebbe anche derivare da cause diverse<sup>52</sup>. La Convenzione, poi, non contempla un vero e proprio “diritto” di asilo nel territorio dello Stato, tant’è che molte delle garanzie previste sono espressamente correlate al soggiorno *legale* dello straniero mentre quelle che ne prescindono non fanno venir meno il generale potere dello Stato di regolare

---

<sup>50</sup> In ragione del progressivo accumulo nel tempo di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani paralleli alla disciplina convenzionale sui rifugiati, parte della dottrina ha messo in dubbio la perdurante centralità della Convenzione di Ginevra, sostenendone piuttosto il ruolo di fonte “complementare” rispetto all’ampia gamma di strumenti di tutela ormai esistenti. Cfr. V. CHETAIL, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in AA.VV., *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marin, Oxford 2014, 19 ss.

<sup>51</sup> Cfr. l’art. 1A, n. 2, della Convenzione. Il mandato dell’UNHCR, peraltro, si estende di fatto anche a quanti, pur non rientrando nella definizione data, siano ugualmente bisognosi di assistenza e protezione (ad esempio, gli sfollati interni o altri soggetti vulnerabili). L’esigenza di protezione, inoltre, può sorgere anche quando l’interessato si trovi già fuori del proprio Paese e, per tale motivo, non possa o non voglia farvi ritorno (protezione *sur place*).

<sup>52</sup> Dottrina e giurisprudenza hanno da tempo correttamente distinto le due ipotesi, benché la seconda ne abbia tratto, talvolta, conclusioni discutibilmente riduttive, come quando ha affermato che «in mancanza di una legge di attuazione del precezzo di cui all’art. 10, terzo comma, Cost. allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null’altro viene garantito [sic] se non l’ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico, ove riconosciuto tale, viene a godere, in base alla Convenzione di Ginevra, di uno *status* di particolare favore» (Cass. civ., sez. un., n. 4674/1997, cit.).

l'ingresso degli stranieri, anche se rifugiati, sul proprio territorio<sup>53</sup>.

Anche la più importante delle tutele disposte dal trattato – ci si riferisce, ovviamente, al divieto di espellere o respingere «in qualsiasi modo» un rifugiato verso le frontiere di territori nei quali la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa dei ricordati motivi di persecuzione (art. 33, par. 1), vera pietra angolare del sistema di protezione convenzionale<sup>54</sup> – non consente di affermare l'attuale esistenza nell'ordinamento internazionale di un *diritto soggettivo all'ingresso* del richiedente asilo nel territorio dello Stato. Sia i lavori preparatori che la prassi successiva fanno propendere la dottrina maggioritaria per questa interpretazione<sup>55</sup>, benché non manchino valide argomentazioni anche in favore della contraria opinione<sup>56</sup>.

Il divieto di *refoulement*, peraltro, ha conseguito nel tempo un'ampiezza tale da eccedere i limiti previsti dalla Convenzione di Ginevra<sup>57</sup> e, anche grazie

---

<sup>53</sup> Per fare solo qualche esempio, si considerino, fra le prime, la libertà di circolazione dentro i confini statali e la tutela in caso di espulsione (artt. 26 e 32); fra le seconde, il divieto, a certe condizioni, di criminalizzare l'ingresso o il soggiorno irregolari dei rifugiati e l'obbligo di *non-refoulement* (artt. 31 e 33).

<sup>54</sup> Espressione tangibile del principio di solidarietà internazionale (A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm-New York 1980, 54), l'obbligo di non respingimento rappresenta tuttavia un rimedio estremo e tardivo rispetto alla grave minaccia o violazione dei diritti umani che continua a costringere milioni di persone a lasciare il proprio Paese. In tal senso, esso non attenua la responsabilità degli Stati nel trovare soluzioni *durevoli* al problema dei rifugiati: cfr. G.S. GOODWIN-GILL - J. MCADAM, *The Refugee in international Law*<sup>3</sup>, Oxford 2007, 416.

<sup>55</sup> Fra gli altri, P. WEISS, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge 1995, 342 («The State admitting the refugee is not obliged to grant him asylum, and may even expel him to another country willing to admit him») e G.S. GOODWIN-GILL - J. MCADAM, *The Refugee*, cit., 415 «there is no necessary connection between *non-refoulement* and the admission or asylum» (c.vi testuale), ma v. pure UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* del 26.01.2007, § 8.

<sup>56</sup> Ci si riferisce alla tesi secondo cui il divieto in parola imporre quanto meno un dovere *de facto* per gli Stati di consentire l'ingresso del rifugiato sul territorio, ove ciò rappresenti «the only means of avoiding the alternative, impermissible consequence of exposure to risk» (J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005, 301 s.). Secondo una più recente ricostruzione, l'esistenza di un diritto all'ingresso potrebbe inferirsi dalla complementarietà tra divieto di respingimento e diritto di *accesso alla procedura di asilo*, nel quadro di un'interpretazione sistematica delle norme della Convenzione di Ginevra con altri trattati sui diritti umani, il diritto del mare e gli obblighi di ricerca e soccorso: cfr. M. GIUFFRÉ, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Oxford 2020, 74 ss.

<sup>57</sup> Ai sensi della quale, la garanzia non spetta se lo straniero ricade in una delle cause di

al suo largo recepimento in altri trattati internazionali sui diritti umani (oltre che nel diritto UE)<sup>58</sup>, si ritiene abbia ormai acquisito natura consuetudinaria e dunque una portata generale<sup>59</sup>.

Ciò, purtroppo, non impedisce agli Stati di respingere *di fatto* molti richiedenti asilo che giungono alla frontiera. Le modalità sono le più varie: dalla decisione di “arretrare” giuridicamente il confine al fine di creare una zona cuscinetto fra i migranti e il territorio dello Stato di destinazione dei flussi, alla condotta materiale tesa a intercettare e rinviare indietro con la forza imbarcazioni di migranti che si trovino ancora in mare aperto, agli accordi di riammissione con i Paesi di origine o di transito dei flussi, alla cooperazione inter-statale nella prevenzione indiscriminata delle partenze, alla istituzioni fuori dal territorio di centri per la raccolta e il trattenimento dei migranti diretti verso le frontiere dello Stato nel quale vorrebbero presentare domanda di asilo, e altro ancora<sup>60</sup>. Si tratta di prassi piuttosto diffuse a livello globale, cui l’Italia – come si sa – non è rimasta estranea<sup>61</sup>.

Si può parlare, al riguardo, di uno *slittamento artificiale* della frontiera, che bisogna correttamente inquadrare per quello che è: non tanto un problema di mera localizzazione fisica del confine statale, quanto una grave questione di

---

esclusione dallo *status* di rifugiato stabilito nell’art. F e non può essere invocata dal rifugiato che «per motivi seri [...] debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese» (art. 33, par. 2).

<sup>58</sup> Per una panoramica delle principali recezioni del principio nell’ambito delle Nazioni Unite, del Consiglio d’Europa e dell’Unione europea, v. A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli 2016.

<sup>59</sup> V., fra gli altri, G.S. GOODWIN-GILL - J. MCADAM, *The Refugee*, cit., 345 ss. ed E. LAUTERPACHT - D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in AA.VV., *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk e F. Nicholson, Cambridge 2003, 87 ss. (*contra*, tuttavia, J.C. HATHAWAY, *op. cit.*, cit., 363 s.). Nella dottrina italiana, v. per tutti F. SALERNO, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. umani dir. int.*, 4/2010, 502 ss.

<sup>60</sup> Per un’illustrazione delle pratiche di *push-back* messe in atto dagli Stati, v. sinteticamente e per tutti J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., 279 ss.

<sup>61</sup> Fra i vari episodi, si rammentano lo speronamento di un’imbarcazione proveniente dall’Albania, che causò la morte di cinquantotto migranti, in occasione di un pattugliamento operato da mezzi militari per impedire gli sbarchi dei profughi nel 1997; il respingimento e la riconsegna alle autorità libiche di migranti intercettati in acque internazionali a partire dal 2009; la riammissione informale verso la Slovenia di profughi iracheni, siriani, afgani e pakistani provenienti dalla rotta balcanica tra la fine dello scorso e l’inizio del presente anno.

accesso da parte dei migranti alle garanzie giuridiche disposte in loro favore<sup>62</sup>.

È bene rammentare che, ove anche dovessero ricevere copertura legale sotto forma di accordi di cooperazione o partenariato fra gli Stati (talvolta conclusi in via informale e neppure ratificati dai rispettivi Parlamenti), le condotte menzionate non potrebbero trovare alcuna giustificazione quando viene in gioco il divioto di *refoulement*, che parte della dottrina ascrive senza riserve allo *ius cogens* internazionale<sup>63</sup>.

Se è prematuro parlare di riconoscimento a livello generale di un diritto dell'individuo di *ottenere* asilo dalle persecuzioni<sup>64</sup>, è incontestata l'esistenza quantomeno del diritto di *cercare* e (una volta ottenuto) *godere* dell'asilo, come dice testualmente l'art. 14 della Dichiarazione universale del 1948<sup>65</sup>. Le ricordate prassi statali, invece, inibiscono l'esercizio di questo diritto, contraddicendo il valore della solidarietà internazionale su cui esso poggia, e finiscono per limitare indirettamente la fruizione anche di altri diritti proclamati nella Dichiarazione, a partire da quello di «lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio» (art. 13, par. 2)<sup>66</sup>.

Il presidio che le Corti e altri organi di controllo internazionali esercitano sul rispetto delle garanzie in parola è decisivo<sup>67</sup>, ma purtroppo non sempre in

<sup>62</sup> Sull'argomento, v. A. SHACHAR, *The Shifting Borders of Immigration Regulation*, in *Stanford J.C.R. & CL*, 2007, vol. 3, 165 ss.; da ultimo, AA.VV., *The Shifting Borders. Legal Cartographies of Migration and Mobility. Ayelet Shachar in dialogue*, Manchester 2020.

<sup>63</sup> Cfr. spec. J. ALLAIN, *The jus cogens Nature of Non-refoulement*, in *Int'l J. Ref. L.*, 2001, vol. 13 (4), 533 ss. Per un esame generale della questione, v. J.C. SIMEON, *What is the Future of Non-refoulement in International Refugee Law?*, in AA.VV., *Research Handbook on International Refugee Law*, a cura di S.S. Juss, Cheltenham-Northampton 2019, 189 ss.

<sup>64</sup> In tal senso, invece, M.-T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, in *Int'l J. Ref. L.*, 2015, vol. 27(1), 3 ss.

<sup>65</sup> *Supra*, nt. 27. Una formula «innovativa» per l'epoca, ma non contraria ai postulati del diritto internazionale, come rilevava uno dei più convinti assertori della necessità di proteggere gli individui dagli abusi del potere statale attraverso il riconoscimento dei loro diritti umani nella dimensione internazionale: H. LAUTERPACHT, *The Universal Declaration of Human Rights*, in *British YB Int'l L.*, 1948, vol. 25, 373 s.; *ivi* (1949, vol. 26), cfr. pure F. MORGESTERN, *The Right of Asylum*, 336 s.

<sup>66</sup> Sul punto, v. anche F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in AA.VV., *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti e C. Sotis, Macerata 2012, 197.

<sup>67</sup> Fra le tante, si ricordano le decisioni sui respingimenti in mare dei profughi haitiani da parte degli Stati Uniti nel 1997 (Comm. IDU, 13 marzo 1997, *The Haitian Centre for Human Rights/United States of America*) e dei migranti provenienti dalla Libia ad opera dell'Italia nel 2009 [Corte EDU (GC), 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa/Italia*].

grado di arginare il ripetersi delle violazioni. È, questo, soltanto un aspetto del più generale problema della faticosa affermazione di una *rule of law* a livello globale, quale meccanismo diretto a «impedire il monopolio della capacità di *rule-making*»<sup>68</sup>. Il dispiegamento della giurisdizione extrastatale e l'interazione fra giudici di ordini normativi distinti ma coordinati svolge un ruolo cruciale in tale processo, che sotto alcuni aspetti non è errato porre in termini di “costituzionalizzazione” del diritto internazionale, se non nella sua interezza, almeno in alcune sue parti<sup>69</sup>.

La protezione dal respingimento, come si accennava, è stata “amplificata” da altri strumenti internazionali. Per quanto riguarda il Consiglio d’Europa, la sua applicazione è assicurata *par ricochet* dal divieto di tortura e sottoposizione ad altre pene o trattamenti inumani e degradanti disposto dall’art. 3 della CEDU, che ha carattere assoluto e incondizionato (arg. *ex art. 15, par. 2*). Ancorché la Corte europea abbia *escluso* che dalle norme convenzionali possa ricavarsi la garanzia di un diritto dello straniero all’asilo o al soggiorno nel territorio di uno Stato contraente<sup>70</sup>, la facoltà di respingerlo alla frontiera è stata circoscritta dall’obbligo di verificare previamente, a seguito di un esame individuale, che non si tratti di un richiedente asilo e che non sussista il rischio di esporlo anche solo indirettamente a pena capitale, tortura o trattamenti inumani e degradanti<sup>71</sup>.

La “procedimentalizzazione” del respingimento nel sistema convenzionale europeo, così, permette almeno in parte di «compensare la sproporzione tra la fragile tutela dei diritti fondamentali dei migranti e il potere sovrano

---

<sup>68</sup> G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, in AA.VV., *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, Bologna 2016, 85, ma v. pure, più estesamente, Id., *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Bologna 2012, 160 ss.

<sup>69</sup> In specie, con riguardo all’elaborazione di una gerarchia fra le norme internazionali, l’affermazione di diritti individuali azionabili e il controllo giurisdizionale. Per alcune prime indicazioni, cfr. E. DE WET, *The Constitutionalization of Public International Law*, in AA.VV., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld e A. Sajó, Oxford-New York 2012, 1209 ss. Da ultimo, nella prospettiva particolare del ruolo propulsivo svolto dalla Commissione per la democrazia attraverso il diritto del Consiglio d’Europa, v. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law: A View from the Venice Commission*, Oxford-New York 2020.

<sup>70</sup> Corte EDU, 30 ottobre 1991, *Vilvarajah/Regno Unito*; 17 dicembre 1996, *Ahmed/Austria*; 15 settembre 2005, *Bonger/Olanda*; 10 marzo 2009, *Mohamed/Olanda*; 12 novembre 2013, *A./Olanda*; 13 febbraio 2020 (GC), *N.D. e N.T./Spagna*; 2 luglio 2020, *N.H./Francia*.

<sup>71</sup> Le norme convenzionali di riferimento sono, oltre al citato art. 3, l’art. 13 (diritto a un ricorso effettivo) e l’art. 4 del prot. 4 (divieto di respingimenti collettivi).

degli Stati di controllare l'ingresso e il soggiorno dei non cittadini nel loro territorio»<sup>72</sup>.

Quanto al trattamento giuridico del rifugiato, la Convenzione di Ginevra contempla tre tipi di misure: alcune consistono in divieti specifici a carico degli Stati<sup>73</sup>; altre delineano un'articolata serie di *standard* di trattamento variabili in ragione dell'intensità del radicamento territoriale del rifugiato<sup>74</sup>; altre ancora, infine, si risolvono nell'obbligo di predisporre alcune facilitazioni connesse a tale condizione<sup>75</sup>.

Resta, come s'è detto, l'ambiguità del rapporto fra *status* di rifugiato, principio generale di *non-refoulement* e diritto di ingresso del richiedente asilo nel territorio di un altro Stato.

Nel 1950, l'*Istitut de droit international* definiva l'asilo come «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher», chiarendo

---

<sup>72</sup> M. SAVINO - D. VITIELLO, *Non respingimento*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., 470.

<sup>73</sup> Agli Stati è fatto divieto di: discriminare i rifugiati per motivi di razza, religione o nazionalità (art. 3); sanzionarne penalmente l'ingresso o il soggiorno irregolari (ma alla duplice condizione che i rifugiati provengano «direttamente» dal Paese in cui sia minacciata la loro vita o libertà e «si presentino senza indugio alle autorità»: art. 31, par. 1); imporre ai rifugiati restrizioni non necessarie alla libertà di movimento e in ogni caso solo fino alla regolarizzazione del soggiorno (art. 31, par. 2); espellere i rifugiati regolarmente residenti al di fuori dei casi di sicurezza nazionale o ordine pubblico e nel rispetto di precise garanzie procedurali (art. 32); respingere i rifugiati comunque presenti sul territorio o alla frontiera (con le ricordate eccezioni: art. 33).

<sup>74</sup> Si tratta di una serie di gradi di protezione che mirano a rispecchiare l'intensità del legame territoriale e sociale che il rifugiato può nel tempo vantare. Nello specifico, gli Stati riconoscono ai rifugiati un trattamento non inferiore rispetto a quello disposto: *a) per i propri cittadini*, in relazione alla libertà di culto (art. 4), alla proprietà intellettuale e industriale (art. 14), al diritto di azione in giudizio (art. 16), ai razionamenti (art. 20), all'istruzione primaria (art. 21, par. 1), all'assistenza pubblica (art. 23), alle condizioni di lavoro, alla sicurezza sociale e alla previdenza (art. 24), ai carichi fiscali (art. 29); *b) per gli stranieri cui è riservato lo standard più favorevole*, con riguardo al diritto di associazione apolitica, non lucrativa e professionale (art. 15) e all'esercizio di attività salariate (art. 17, par. 1); *c) per gli stranieri in generale*, in materia di proprietà di beni mobili e immobili (art. 13), lavoro autonomo (art. 18), libere professioni (art. 19), alloggio (art. 21), istruzione superiore (art. 22, par. 2), libertà di circolazione (art. 26).

<sup>75</sup> Queste ultime riguardano: l'assistenza amministrativa necessaria all'esercizio di un diritto (art. 25), il rilascio di un documento di identità (art. 27) e di documenti di viaggio (salvo imperiosi motivi di sicurezza o ordine pubblico: art. 28, par. 1), l'accesso alla cittadinanza (art. 34). In materia di *status* della persona, si applicherà la legge del Paese di domicilio o residenza (art. 12).

che – per quanto motivata da ragioni umanitarie – la concessione del beneficio costituisce piena espressione della sovranità territoriale di ciascuno Stato, da cui non può sorgere alcuna responsabilità internazionale<sup>76</sup>. A quasi settant'anni di distanza, il più recente documento programmatico dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite – il *Global Compact on Refugees* del 2018 – pone ancora la questione nei termini di una maggiore condivisione fra gli Stati delle responsabilità nella tutela dei rifugiati, assodato che «the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries»<sup>77</sup>, mentre il diritto dell'individuo a ricevere asilo rimane sostanzialmente ancora avvolto da una nuvola di incertezza.

## 6. *Il diritto all'asilo nell'Unione europea*

Con l'incendere del processo di integrazione sovranazionale, è apparso inevitabile dotare l'Unione europea di competenze anche in materia di immigrazione e asilo. Come si accennava, si tratta di una potestà normativa di tipo concorrente (ispirata più al modello tedesco che italiano di riparto di competenze), che ha l'effetto – ove esercitata – di circoscrivere l'intervento dei singoli Stati membri a quanto non disciplinato direttamente dall'Unione (pre-emption).

L'esigenza di un primo coordinamento delle normative nazionali si pose all'indomani dell'istituzione dello “spazio Schengen” nel 1985. L'area di libera

---

<sup>76</sup> V. gli art. 1 e 2 della Risoluzione sull'asilo nel diritto internazionale pubblico adottata dall'*Institut* nella sessione di Bath del 1950 (*Rapporteurs*: A. Raestad e T. Perassi). In termini identici si esprime, ancora nel 1967, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite con una Dichiarazione sull'asilo territoriale in cui la dimensione del diritto individuale resta completamente in ombra [A/RES/2312(XXII)]; talché si può concordare con l'opinione secondo cui essa «non ha fornito un grande contributo all'affermazione del diritto di asilo come diritto umano» (R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 3/1999, 697).

<sup>77</sup> A/73/12 (Part II), § 2. A dispetto dei numerosi richiami agli strumenti internazionali sulla tutela dei diritti umani e, in specie, dei diritti dei rifugiati contenuti nel *Compact*, una più attenta analisi rivela la timidità delle scelte operate, suscitando l'impressione di un «riposizionamento dei diritti dei rifugiati rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana, che passa attraverso un'ulteriore marginalizzazione del *resettlement* a scapito della cooperazione allo sviluppo volta a prevenire la fuga di massa e a favorire il rientro volontario dei rifugiati» (così, D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2018, 17; c.v. testuale).

circolazione delle persone, senza controlli alle frontiere interne, presupponeva infatti una politica condivisa di controllo e gestione di quelle esterne, che a questo punto diventava oggetto di interesse *comune* agli Stati aderenti all'Accordo (inizialmente estraneo al diritto dell'allora Comunità Economia Europea).

Da qui l'elaborazione di una disciplina relativa al coordinamento delle competenze sulle richieste di asilo presentate in uno degli Stati membri dell'area, allo scopo di evitare decisioni contrastanti e – soprattutto – rimpalli di domande da un Paese all'altro (fenomeno dei c.d. rifugiati “in orbita”). La nota *Convenzione di Dublino* del 1990 fissava appunto una gerarchia di criteri per la determinazione di tale competenza, sostanzialmente confermata nel corso delle varie tappe che porteranno, dopo la “comunitarizzazione” dell'*acquis* di Schengen, alla maturazione di un *sistema comune di asilo* proprio dell'Unione<sup>78</sup>.

A suggellare il passaggio verso una condivisione delle responsabilità a livello sovranazionale, viene inserita nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE un'espressa disposizione in materia, che recita: «Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in appresso denominati “i trattati”)» (art. 18). Il successivo art. 19 incorpora anche il principio del *non-refoulement*.

La questione, che ha animato un ampio dibattito fra gli studiosi, della natura ricognitiva o innovativa della Carta assume un'importanza particolare per il tema oggetto delle presenti riflessioni. Non è chiaro, infatti, se l'art. 18 semplicemente rinvii alla tutela conseguibile sulla base dei trattati istitutivi – il cui “nucleo minimo” è dato dalla Convenzione di Ginevra: art. 78, par.

---

<sup>78</sup> Dopo la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990 (spec. cap. VII), il relativo *acquis* sarà integrato nel quadro giuridico e istituzionale dell'UE con l'entrata in vigore nel maggio 1999 del Trattato di Amsterdam. Il Consiglio europeo di Tampere, di qualche mese successivo, segnerà l'avvio della prima fase del sistema comune di asilo, mediante l'adozione di una normativa secondaria specifica su: l'istituzione di una banca dati delle impronte digitali [reg. (CE) n. 2725/2000: reg. Eurodac], i criteri per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo [reg. (CE) n. 343/2003: reg. Dublino II], le qualifiche concernenti gli *status* di protezione riconosciuti (dir. 2004/83/CE), la procedura per il riconoscimento e la revoca degli stessi (dir. 2005/85/CE), l'accoglienza dei richiedenti asilo (dir. 2003/9/CE), la protezione temporanea in caso di afflussi massicci di profughi (dir. 2001/55/CE). Per l'attuale configurazione del sistema comune di asilo, v. il paragrafo successivo.

1, TFUE – oppure identifichi una situazione giuridica *nuova* e di contenuto potenzialmente più esteso rispetto alle forme che ne danno concreta attuazione.

Le *Spiegazioni* alla Carta non offrono elementi dirimenti al riguardo. Tuttavia, sembra doversi escludere un'interpretazione minimalista che traduca l'enunciato in parola nel diritto *degli Stati* membri di concedere asilo (come generalmente inteso in ambito internazionale): tutta la Carta è dedicata ai diritti *della persona* e a questo contesto va riportato anche l'art. 18<sup>79</sup>.

Detto ciò, restano molte incertezze sull'effettivo contenuto di tale diritto, in particolare se possa o meno declinarsi nell'accezione forte di diritto ad *ottenere* asilo nel territorio (degli Stati membri) dell'Unione<sup>80</sup>.

Invero, la clausola relativa all'ambito di applicazione della Carta (art. 51) potrebbe impedire di riconoscere all'art. 18 una portata diversa da quanto dispongono le norme dei trattati e la relativa disciplina di attuazione<sup>81</sup>, ma v'è il rischio così di eccedere in un'interpretazione letterale e ingiustamente restrittiva del termine “asilo”, che nel diritto dell'Unione identifica il solo *status* di rifugiato (lasciando così fuori la protezione sussidiaria)<sup>82</sup>. Inoltre,

---

<sup>79</sup> Così, pure M. DEN HEIJER, *Article 18 – Right to Asylum*, in AA.VV., *The EU Charter of fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward, Oxford-Portland (OR) 2014, 531 e M.-T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, in *Ref. Survey Quart.*, 2008, vol. 27(3), 40 ss. Più in generale, sulla natura “para-costituzionale” della Carta nel processo di integrazione europea, v. per tutti A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri e A. Saitta, Torino 2015, 9 ss.

<sup>80</sup> Ne è convinta M.-T. GIL-BAZO, *op. ult. cit.*, 48; esprime forti dubbi in proposito, S.F. NICOLOSI, *Going Unnoticed? Diagnosing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Eur. L.J.*, 2013, vol. 23(1-2), 98 ss., che lo ritiene «a far too amorphous right under EU law» (p. 116).

<sup>81</sup> In questi termini, meramente “riepilogativi”, v. G. BRUNELLI, *Art. 18. Diritto di asilo*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna 2001, 154 ss.; H. LABAYLE, *Article 18. Droit d'asile*, in AA.VV., *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, a cura dell'EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, giugno 2006, 172; P. DE PASQUALE, *Art. 18. Diritto di asilo*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo e O. Razzolini, Milano 2017, 352.

<sup>82</sup> Nel senso criticato, v. infatti A. DEL GUERCIO, *La protezione*, cit., 285 e, da ultimo, T. LOCK, *Article 18 CFR*, in AA.VV., *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert e J. Tomkin, Oxford-New York 2019, 2154.

se la Carta non dicesse nulla in più di quanto già si desume dai trattati (in particolare, quanto al rispetto della Convenzione di Ginevra), a cosa si ridurrebbe la sua funzione parametrica?

Purtroppo, manca ancora una presa di posizione della Corte di giustizia sulla disposizione in parola, richiamata saltuariamente e per lo più *ad abundantiam*, salvo qualche spiraglio che alcune recenti pronunce lasciano intravedere<sup>83</sup>.

Assodato che il diritto proclamato dall'art. 18 esprime certamente qualcosa di più del semplice divieto di *refoulement* (oggetto, peraltro, del successivo art. 19), è possibile al momento affermare che esso rappresenta la *sintesi unitaria della costellazione di diritti e garanzie previsti dalla protezione internazionale*, quale situazione giuridica strumentale o prodromica rispetto ad essi. Tale situazione si caratterizzerebbe per un duplice contenuto<sup>84</sup>: anzitutto, il diritto *di accedere alla procedura* di asilo; in secondo luogo, il diritto di *vedersi riconosciuto lo status* di protezione corrispondente alle fattispecie previste dalla normativa secondaria al ricorrere dei rispettivi presupposti.

Se si eccettua l'istituto della protezione temporanea, quale strumento eccezionale – finora mai attivato – di sostegno degli Stati membri onerati dell'accoglienza nell'ipotesi di «afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi che non possono ritornare nel Paese d'origine»<sup>85</sup>, le due principali forme di protezione garantite dal diritto

---

Di contrario avviso, invece, ancora M. DEN HEIJER, *Article 18*, cit., 532 s. e M.-T. GIL-BAZO, *The Charter*, cit., 49 s.

<sup>83</sup> Da un lato, la Corte ha affermato che il rifiuto sistematico di uno Stato membro, che abbia riconosciuto la protezione sussidiaria, di verificare l'esistenza dei requisiti di accesso al più favorevole *status* di rifugiato non è conforme all'art. 18 della Carta e deve essere rivisto (sent. 19 marzo 2019, C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim*, §§ 93-100). Dall'altro che, se viene accertata la contrarietà al diritto dell'Unione di una decisione di rigetto della domanda di protezione diventata definitiva, il giudice non è tenuto a riesaminarla *ex officio* ma l'interessato può reiterare la sua domanda al fine di «esercitare il suo *diritto*, come sancito all'articolo 18 della Carta e concretizzato dalle direttive 2011/95 e 2013/32, di *ottenere lo status di beneficiario di una protezione internazionale*, qualora le condizioni richieste dal diritto dell'Unione siano soddisfatte» [sent. (GC) 14 maggio 2020, C-924 e C-925/19, PPU, *FMS*, §§ 190-192; c.v. aggiunto].

<sup>84</sup> Cfr. anche S.F. NICOLOSI, *Going Unnoticed?*, cit., 105.

<sup>85</sup> Art. 2, lett. a), dir. 2011/55/CE. Tale protezione non deve considerarsi sostitutiva rispetto alle maggiori figure disciplinate dal diritto UE ma, semmai, propedeutica nel senso di facilitare l'accesso alle medesime: v., infatti, l'art. 17 dir. cit. (in dottrina, cfr. A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. int.*, 3/2009, 684). Peraltro, dacché il successivo art. 19, par. 1, consente

dell'Unione sono lo *status di rifugiato* e la *protezione sussidiaria*.

Il primo è modellato sul calco della Convenzione di Ginevra (che assurge a parametro interposto della normativa secondaria *ex artt. 18 Carta e 78 TFUE*)<sup>86</sup>, ma se ne differenzia per la maggiore ampiezza contenutistica<sup>87</sup>. Il secondo, invece, è un istituto originario dell'Unione, frutto dell'esigenza di offrire una tutela a quanti, pur non rientrando nella nozione di rifugiato, siano ugualmente meritevoli di protezione a causa del «rischio effettivo di subire un grave danno» in caso di rientro nel Paese di origine (o di dimora abituale, se apolidi). In particolare, per «grave danno» si intende: *a*) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; *b*) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante; *c*) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale<sup>88</sup>.

Pur esistendo qualche incertezza, dovuta a problemi di coordinamento tra la normativa UE e la Convenzione di Ginevra (apparentemente risolti dalla Corte di giustizia grazie alla distinzione formale tra *qualifica e status di rifugiato*)<sup>89</sup>, può senz'altro riconoscersi che l'integrazione tra i due livelli di tutela dia un esito complessivamente positivo in termini di garanzie extrastatali per gli stranieri in cerca di asilo<sup>90</sup>.

---

agli Stati di escludere dalla protezione temporanea i richiedenti asilo in attesa di decisione, le due tutele possono risultare in concreto “alternative”, con effetti disincentivanti per il ricorso a quella più favorevole (sul punto, v. G.S. GOODWIN-GILL - J. MCADAM, *The Refugee*, cit., 342 s.).

<sup>86</sup> Cfr. K. HAILBRONNER - D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*<sup>2</sup>, a cura degli stessi, München-Oxford-Baden Baden 2016, 1030; M. WILDERSPIN, *Article 78 TFUE*, in AA.VV., *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, cit., 824.

<sup>87</sup> Cfr. la dir. 2011/95/UE (dir. qualifiche). A ben vedere, alle maggiori garanzie previste si accompagnano anche alcune limitazioni soggettive e oggettive proprie del diritto UE: dalla esclusione dei cittadini europei alla presunzione di Paese sicuro (su cui v. sempre il § 7), dalle più restrittive condizioni per il riconoscimento della protezione *sur place* all'espressa regolazione della c.d. *internal flight alternative*.

<sup>88</sup> Art. 15 dir. qualifiche. Dal carattere “complementare” della protezione discende che le autorità competenti potranno accordarla solo *dopo* aver verificato che non sussistano le condizioni per riconoscere lo *status di rifugiato*: cfr. l'art. 10, par. 2, dir. cit., su cui CGUE, 8 maggio 2014, C-604/12, *H.N.*, § 35. Per maggiori approfondimenti sull'istituto, v. J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford-New York 2007, 53 ss.

<sup>89</sup> Per approfondimenti – impossibili in questa sede – di questo delicato aspetto si rinvia a C. PANZERA, *Il diritto all'asilo*, cit., 162 ss.

<sup>90</sup> Cfr. pure B. NASCIMBENE, *Asilo*, cit., 330 s. Si è anche parlato, a proposito della protezione garantita dal diritto UE, di forme “alternative” di cittadinanza sostanziale (F. PERRINI,

Anche il divieto di *refoulement*, peraltro, riceve un'applicazione rafforzata nell'ambito dell'ordinamento UE, in virtù dell'influenza indiretta della CEDU e della relativa della giurisprudenza che – s'è già ricordato – considera assoluto e inderogabile il principio<sup>91</sup>. Esso è espressamente «garantito quale diritto fondamentale dagli articoli 18 e 19, paragrafo 2, della Carta» e ogni decisione statale in deroga va sempre considerata come «l'estrema ratio»<sup>92</sup>. Anche laddove consentito dalla Convenzione di Ginevra, poi, il respingimento non è mai permesso dal diritto dell'Unione quando esponga lo straniero al rischio di condanna a morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti *ex artt. 4 e 19 della Carta*<sup>93</sup>. Per il resto, neppure nell'ordinamento UE il divieto in parola è ritenuto di per sé idoneo a dotare lo straniero di un diritto all'ingresso e al soggiorno nel territorio degli Stati membri<sup>94</sup>.

## 7. segue: *funzionamento e limiti del sistema comune di asilo*

L'attribuzione dei menzionati *status* di protezione avviene all'esito di un articolato procedimento, oggetto di una disciplina comune a livello sovranazionale, in cui diritti dei richiedenti asilo e interessi statali al controllo dei flussi migratori si confrontano, non sempre ad armi pari.

Il funzionamento del sistema comune di asilo dell'Unione europea, di cui possono essere forniti in questa sede solo alcuni cenni essenziali, si regge su due principi di base.

Il primo è quello di *parità nell'accesso* alla protezione. Chiunque faccia richiesta di asilo, cioè, deve poter disporre dello stesso canale procedurale ovunque presenti la propria domanda<sup>95</sup>. Logico corollario è l'omogeneità del trattamento e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti nei diversi Stati

---

Status alternativi di cittadinanza per rifugiati e titolari di protezione sussidiaria, in AA.VV., *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di A. Di Stasi, Napoli 2020, 351 ss.).

<sup>91</sup> Per un'analisi delle (in verità, plurime) linee di tendenza del sistema di asilo europeo con riferimento al tema, v. M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, 141 ss.

<sup>92</sup> CGUE, 24 giugno 2015, C-373/13, *H. T.*, § 71, ma v. pure le sentt. 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida* (§ 48) e 24 aprile 2018 (GC), C-353/16, *MP*, (§ 44).

<sup>93</sup> CGUE (GS), 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M. e X. e X.*, §§ 96-111.

<sup>94</sup> CGUE, 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Bodj* e sent. *MP* del 2018, cit.

<sup>95</sup> V. la dir. 2013/32/UE (dir. procedure).

membri, ma la realtà evidenzia che l'obiettivo non può dirsi ancora raggiunto<sup>96</sup>.

Il secondo si esprime nella c.d. *one chance rule*, ovvero nella regola – tesa a limitare i movimenti secondari – secondo cui l'interessato non può presentare domanda in più Paesi, ma deve attenersi alle determinazioni dello Stato individuato come competente in base ai criteri automatici stabiliti dal sistema Dublino (ovviamente, senza pregiudizio del suo diritto a un ricorso effettivo)<sup>97</sup>. Le decisioni di uno Stato membro vengono generalmente accettate dagli altri, che potranno rifiutarsi di esaminare una domanda di asilo già accolta o (soprattutto) respinta. Il riconoscimento della protezione, per converso, grava il solo Stato che la concede della presa in carico del beneficiario, che non potrà liberamente muoversi nel territorio dell'Unione portando con sé lo *status* riconosciutogli. In tal senso, la *one chance rule* dà vita ad una forma parziale di “mutuo riconoscimento” poiché orientata solo *in negativo*, con un'evidente restrizione della portata in astratto attribuibile al primario obiettivo di assicurare uno *status* di protezione uniforme «valido in tutta l'Unione»<sup>98</sup>.

Le maggiori criticità di funzionamento si appuntano, com'è noto, sull'adeguatezza dei criteri Dublino per la determinazione della competenza a pronunciarsi sulla domanda di asilo. La rigida applicazione di tali criteri, soprattutto quello – statisticamente prevalente – dello Stato di *primo ingresso* in caso di attraversamento irregolare delle frontiere comuni<sup>99</sup>, ha accresciuto

---

<sup>96</sup> V. la dir. 2013/33/UE (dir. accoglienza).

<sup>97</sup> V. il reg. (UE) n. 604/2013 (reg. Dublino III).

<sup>98</sup> Art. 78, par. 1, lett. a), TFUE. Critiche e perplessità verso tale situazione sono andate crescendo nel dibattito specializzato degli ultimi anni: cfr., ad esempio, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 3/2015, 727 ss.; V. MITSILEGAS, *Humanizing solidarity in European refugee law: The promise of mutual recognition*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2017, vol. 24(5), spec. 732 ss.; E. GUILD - C. COSTELLO - M. GARLICK - V. MORENO-LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, Brussels 2015, 39 ss. (studio per la Commissione LIBE del Parlamento europeo, PE 519.234); F. MAIANI, *The Reform of Dublin III Regulation*, Brussels 2016, 56 (studio per la Commissione LIBE del Parlamento europeo, PE 571.360); M. DI FILIPPO, *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns*, in *Rev. der. com. eur.*, 59/2018, 80 s.; S.F. NICOLOSI, *La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia istituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2019, 535 s.; G. MORGESI, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, 113 s.

<sup>99</sup> Art. 13 reg. Dublino III. La nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera non è chiaramente definita nel diritto dell'Unione. La Corte di giustizia, seguendo un'interpretazione

nel tempo la prevedibile asimmetria fra Stati più esposti alla pressione migratoria (e, dunque, onerati del maggior carico relativo alle domande di asilo) – come Italia, Grecia, Malta e Spagna – e il resto dei *partners* europei, rendendo sempre più urgente, e ormai improcrastinabile, l'introduzione di meccanismi correttivi e di riequilibrio che rendano effettivo il principio di «equa ripartizione delle responsabilità» enunciato in materia dall'art. 80 TFUE. Riforma, peraltro, da tempo sollecitata anche in sede dottrinale<sup>100</sup>, tentata già una volta nel 2016 dalla precedente Commissione europea e ora rilanciata, in forme peraltro ancora timide, dal *New Pact on Migration and Asylum* presentato dall'attuale Commissione lo scorso settembre<sup>101</sup>.

In mancanza di un'adeguata revisione delle regole – e, come si dirà, della logica di funzionamento – del sistema di asilo europeo, l'impegno dell'Unione a sviluppare una politica coerente con la garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo nel settore considerato sembra destinato a cedere sotto la pressione, probabilmente ciclica, dei flussi migratori messi in moto dai numerosi conflitti armati sparsi nel mondo e dagli altissimi livelli di diseguaglianza e ingiustizia globale dell'attuale contingenza storica.

Solo pochi anni fa, nel 2015, la crisi dei rifugiati siriani ha messo in evidenza le lacune e gli squilibri del sistema comune di asilo così come concegnato, portandone in superficie le debolezze strutturali<sup>102</sup>. Non è un caso, del resto,

---

rigorista, ha statuito che gli ingressi autorizzati in violazione delle norme del codice frontiere Schengen, in sua legittima deroga [come nel caso ricorrono motivi umanitari: art. 6, par. 5, lett. c), reg. (UE) n. 399/2016], oppure semplicemente tollerati in via di fatto *non fanno* venire meno il carattere “irregolare” dell’attraversamento ai fini dell’applicazione dei criteri Dublino [CGUE (GS), 26 luglio 2017, C-490/16, A.S. e C-646/16, *Jafari*). La questione è di cruciale importanza per le operazioni di *search and rescue* in acque internazionali: poiché il successivo sbarco dei migranti soccorsi in un porto sicuro costituisce un *obbligo* internazionale, pare oltremodo eccessivo ricondurre anche tali casi alla fattispecie di «attraversamento illegale» (v. infatti le Conclusioni dell’Avv. gen. Sharpston del 20 giugno 2017, C-670/16, *Mengestehab*, §§ 51-54).

<sup>100</sup> AA.VV., *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, a cura di V. Chetail, P. De Bruycker e F. Maiani, Leiden-Boston 2016. Sulla necessità di superare gli «asymmetrical burdens» del sistema di asilo europeo, v. poi i densi contributi alla *special issue* sul tema *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions*, ospitata nel vol. 24(5) della *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2017, 605 ss.

<sup>101</sup> Su quest’ultimo, v. ora l’editoriale di P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l’asilo a un diritto dell’emergenza dell’Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2020, V ss. Per un confronto tra i due progetti di riforma, ed ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto, si rinvia ancora a C. PANZERA, *Il diritto all’asilo*, cit., 57 ss.

<sup>102</sup> Cfr. D. THYM, *The “Refugee Crisis” as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*,

che la via d'uscita dalla crisi abbia coinciso con una “fuga” dal sistema stesso, tramite il ricorso a misure eccezionali non sempre coerenti al principio di legalità sovranazionale – dal potenziamento dell'azione europea nel controllo delle frontiere, al sistema *hotspot*, all'accordo informale con la Turchia, alla *relocation* obbligatoria dei richiedenti – e il temporaneo ripristino delle frontiere tra alcuni Paesi membri<sup>103</sup>.

Ora, la stratificazione di interessi diversi e spesso contrapposti degli Stati membri è una ragione non secondaria delle lacune e insufficienze dell'azione europea in materia di asilo. La causa originaria, tuttavia, sembra stare altrove: precisamente, nel fatto che le politiche di asilo e immigrazione sono state concepite come una *variabile dipendente* dalla costruzione dello spazio interno di libertà, sicurezza e giustizia avviato con l'Accordo di Schengen. L'obiettivo della rimozione di «qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne», è di fatto irrealizzabile se non accompagnato dalla «sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne» e dalla progressiva instaurazione di «un sistema integrato» nella gestione delle medesime (come dice l'art. 77, par. 1, TFUE).

L'*integrated border management*, così, incarna il paradigma dominante nella costruzione del sistema comune di asilo<sup>104</sup>, che si riflette nel concreto funzionamento di alcune sue componenti essenziali come l'automatismo dei criteri Dublino e la presunzione di “Paese sicuro”, entrambe animate da una logica marcatamente difensiva.

Il primo si è rivelato il tallone d'Achille di un sistema di protezione condizionato dal sospetto<sup>105</sup> che dietro la richiesta di asilo si cela quasi sempre il tentativo di aggirare le regole sull'immigrazione extraeuropea<sup>106</sup>. Il sistema

---

in *Common Market L.R.*, 2016, vol. 53(6), 1545 ss.

<sup>103</sup> Per approfondimenti circa la gestione di quell'emergenza, sul piano istituzionale e normativo, v. per tutti AA.VV., *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, a cura di M. Savino, Napoli 2017.

<sup>104</sup> Su origini ed evoluzione di questo paradigma, in rapporto con l'*acquis* europeo dei diritti fondamentali e il diritto internazionale dei rifugiati, si rinvia a V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford 2017.

<sup>105</sup> Si è anche parlato di “stereotipo”: cfr. C. COSTELLO - E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee*, in AA.VV., *Reforming the Common European Asylum System*, cit., 375 ss.

<sup>106</sup> Tale rischio, ove effettivamente presente, è comunque da mettere in relazione a due gravi

Dublino, così, finisce per rappresentare l'emblema di un'efficienza elevata da "mezzo" a "fine", all'interno di un meccanismo di protezione che non garantisce il diritto del richiedente asilo di *accedere al territorio europeo*. È sufficiente, al riguardo, menzionare la nota vicenda dei "visti umanitari" rilasciati discrezionalmente da uno Stato membro a norma dell'art. 25 del codice visti (tenuti espressamente fuori dal sistema comune di asilo, concepito in chiave esclusivamente "territoriale")<sup>107</sup> e, in prospettiva, la procedura accelerata di "esame alla frontiera" prevista nel progetto di riforma della Commissione von der Leyen<sup>108</sup>.

Quanto alla nozione di Paese (di origine o terzo) "sicuro"<sup>109</sup>, questa opera come una presunzione relativa tanto ai fini della messa in atto di misure di allontanamento degli stranieri – compresi richiedenti o beneficiari di protezione – astrattamente non lesive del divieto di *refoulement*, quanto per la velocizzazione dell'esame delle domande di protezione, quanto infine per assicurare la rigida applicazione del meccanismo Dublino<sup>110</sup>. In tutti

---

difetti delle politiche europee e nazionali, tra loro collegati: la sostanziale mancanza di canali di ingresso *dedicati* ai richiedenti e una gestione a dir poco miope – specie in l'Italia – dell'immigrazione per motivi economici.

<sup>107</sup> Cfr. CGUE (GS), 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, X. e X., cui può aggiungersi, sulla stessa scia, Corte EDU (GC), 5 maggio 2020, *M.N./Belgio*. Per alcuni commenti critici alla vicenda, cfr. C. FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini, così lontani*, in *Dir. umani dir. int.*, 2/2017, 553 ss. e F.L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, spec. 13 ss. Sul tema, più in generale, v. G. NOLL, *Seeking Asylum on Embassies. A Right to Entry under International Law?*, in *Int'l J. Refugee L.*, 2015, vol. 17(3), 542 ss., con specifico riferimento alle procedure di ingresso protette. In relazione all'ordinamento UE, la possibilità di derivare già adesso – sulla base degli artt. 4 e 18 della Carta – un *diritto* al rilascio del visto umanitario, è stata sostenuta dall'Avv. gen. P. Mengozzi nelle sue Conclusioni relative al citato caso X. e X. del 2017, nonché difesa in dottrina da V. MORANO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part. II)*, in [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu), 21.02.2017.

<sup>108</sup> COM(2020) 611 del 23 settembre 2020, che mira a rendere obbligatorio e di applicazione uniforme quanto per ora considerato solo facoltativo dall'art. 43 dir. procedure.

<sup>109</sup> Per la definizione, v. gli artt. 36-39 dir. procedure.

<sup>110</sup> In tanto può disconoscersi la facoltà di scelta dello straniero del Paese in cui presentare domanda di asilo in quanto l'applicazione automatica dei criteri di determinazione dello Stato competente non determinerà, in tesi, una lesione dei suoi diritti fondamentali, assistiti da una tutela (che si presume) *equivalente ed effettiva* in tutti gli Stati dell'Unione. Gli Stati UE si riconoscono reciprocamente sicuri in forza del Protocollo n. (24) al TFUE, ma tale presunzione ha assunto carattere *relativo* grazie ad una significativa convergenza delle Corti europee sul punto [Corte EDU (GC), 21 gennaio 2011, *M.S.S./Belgio e Grecia*; CGUE, 21

questi casi, spetta all'interessato dimostrare l'esistenza di validi motivi per ritenere un Paese non "sicuro" ai fini della misura già adottata o che si sta per adottare<sup>111</sup>.

Ora, se il sistema comune di asilo diventa un semplice "segmento" di un complesso di azioni dirette a gestire l'immigrazione extraeuropea, smarrendo la sua essenziale connotazione di strumento di affermazione e difesa dei diritti umani nelle relazioni esterne dell'Unione, è facile intuire come, ad ogni nuova fase di crisi del sistema, ad uscirne indebolite saranno anche la lealtà, la mutua fiducia e la solidarietà fra gli Stati membri, ossia valori indispensabili alla realizzazione del processo di integrazione sovranazionale nel suo insieme<sup>112</sup>.

## 8. (In)attuazione legislativa e autonomia dell'istituto costituzionale

La legge che avrebbe dovuto definire le condizioni di esercizio del diritto costituzionale all'asilo, com'è noto, non ha mai visto la luce<sup>113</sup>. Sono invece

---

dicembre 2011, C-411 e 493/10, *N.S. e M.S.*, con successive conferme e sviluppi nelle sentt. 10 dicembre 2013, C-394/12, *Abdullahi*; 19 marzo 2019 (GS), C-163/17, *Jawo*; sent. *Ibrahim*, cit.], secondo un'interpretazione poi stabilizzata a livello normativo dall'art. 3, par. 2, reg. Dublino III.

<sup>111</sup> Oltre a rovesciare l'onere della prova sulla parte più debole, la presunzione rafforza gli stereotipi che distorcono la realtà dell'asilo, poiché «la sicurezza del Paese di origine del richiedente non viene più considerata una circostanza da accertare per stabilire l'infondatezza di una domanda di protezione o per verificare l'insussistenza di circostanze ostative al suo rimpatrio, ma una situazione da valutare *ex ante* in via generale e astratta, quale indice di un tentativo di accesso fraudolento al sistema di protezione internazionale» (C. PITEA, *La nozione di «Paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 3/2019, 629).

<sup>112</sup> In questa situazione, la debolezza del sistema comune di asilo rischia di costituire il varco privilegiato (poiché tra i meno difesi) per l'immissione nelle politiche europee di rivendicazioni di stampo sovranista, con l'effetto di minare non solo la protezione dei richiedenti asilo ma anche il futuro stesso dell'integrazione. Su questo pericolo, v. S. PENASA - G. ROMEO, *Sovereignty-based Arguments and the European Asylum System: Searching for a European Constitutional Moment?*, in *Eur. J. Migr. L.*, 2020, vol. 22(1), 11 ss.; *ivi*, ulteriori contributi sul tema *Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism: Challenges for EU Law and Polity*.

<sup>113</sup> In sede di elaborazione del progetto che sarebbe poi diventato il testo unico sull'immigrazione del 1998, il Governo preferì scorporare da questa la disciplina relativa all'asilo, che non fu poi portata avanti: cfr. P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in AA.VV., *Diritto degli stranieri*, cit., 17 s.

state recepite sia la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati (eseguita con l. n. 772/1954) – cui si rifà sostanzialmente anche la prima disciplina italiana sull’«asilo politico» e l’immigrazione (d.l. n. 416/1989, conv. in l. n. 90/1990)<sup>114</sup> – che la normativa sovranazionale sul sistema comune di asilo<sup>115</sup>.

Tale sviluppo legislativo offre un modulo operativo in astratto spendibile, quanto a *procedura ed effetti* del riconoscimento della protezione, anche in relazione all’asilo costituzionale. In assenza di una specifica legge attuativa, quest’ultimo può concretamente affermarsi solo in via giudiziaria, mediante la proposizione di un’azione di accertamento tesa ad ottenere il riconoscimento, con efficacia dichiarativa, dell’esistenza dei presupposti indicati dall’art. 10, c. 3, per il sorgere del diritto. Si tratta di una soluzione certamente percorribile, quale *extrema ratio* per garantire efficacia a una norma costituzionale altrimenti paralizzata dall’inerzia legislativa, ma forse non proprio ottimale dal punto di vista dell’eguaglianza di trattamento, della certezza del diritto e dell’efficienza organizzativa<sup>116</sup>.

Di fatto, la traduzione legislativa degli istituti di protezione di origine internazionale e sovranazionale ha avuto una conseguenza ben diversa da quella adombbrata: non la sua applicazione per analogia all’asilo costituzionale, ma *il parziale assorbimento di quest’ultimo in fattispecie concettualmente e giuridicamente diverse*<sup>117</sup>. Una specie di “osmosi” tra le varie figure di asilo che fa perdere all’istituto previsto in Costituzione la sua pregnante specificità nel panorama internazionale e comparato, lasciando «in ombra [que]gli elementi di originalità e di innovatività connessi al superamento, da parte dei Costituenti, della visione “Stato-centrica” sottesa alle norme del diritto internazionale e rinvenibile anche in quelle dell’Unione europea sul sistema comune di asilo»<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Lambiguità terminologica tra asilo e *status* di rifugiato è alimentata anche dalla successiva l. n. 189/2002.

<sup>115</sup> V. spec. i dd.lgs. nn. 251/2007 e 18/2014 (decr. qualifiche), nn. 25/2008 e 142/2015 (decr. procedure e accoglienza).

<sup>116</sup> Non può infatti ignorarsi la difficoltà del giudice di elaborare dal nulla uno *status* specifico per il titolare del diritto all’asilo, attingendo qua e là al complesso delle norme applicabili agli stranieri (con una logica da *cherry picking*). Ragioni di efficienza, poi, sconsigliano di riversare nelle aule giudiziarie la mole di accertamenti che – almeno in prima battuta – potrebbero meglio essere condotti dall’amministrazione, pur nel contesto di un «esercizio rafforzato dell’imparzialità» (P. BONETTI, *Il diritto d’asilo*, cit., 1153, che invita a guardare al modello delle autorità amministrative indipendenti).

<sup>117</sup> Rilievi critici su questa tendenza in M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 211 ss.

<sup>118</sup> C. SALAZAR, *Lo “statuto costituzionale dello straniero” e il diritto d’asilo*, relazione al

La protezione internazionale è stata così ritenuta una *species* dell’asilo costituzionale, e la disciplina interna concernente la prima una forma *sui generis* di attuazione del secondo<sup>119</sup>.

Nel volgere di un decennio, la giurisprudenza è passata dall’affermare la “fungibilità” procedurale del regime applicabile alla domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato rispetto alla (distinta) richiesta di asilo<sup>120</sup> al sostenere che il diritto proclamato dall’art. 10, c. 3, non ha «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»<sup>121</sup>, fino a statuire che gli istituti della protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria (sul quale v. subito *infra*) avrebbero «interamente attuato e regolato» il preceitto costituzionale, che non avrebbe più «alcun margine di residuale diretta applicazione»<sup>122</sup>.

Mentre l’affermazione relativa alla fungibilità delle procedure applicabili è certamente da condividere, possono invece nutrirsi dubbi sulla correttezza delle altre due inferenze. In particolare, quella concernente il «contenuto legale» del diritto costituzionale all’asilo riduce l’istituto a mera situazione giuridica strumentale al potenziale godimento delle altre forme di protezione, quale “doppio” del diritto di accedere alla procedura per il loro riconoscimento, peraltro implicito alle stesse. La tesi circa l’integrale assorbimento dell’asilo costituzionale nelle altre fattispecie, che ha avuto ben più largo seguito<sup>123</sup>, finisce come detto per “sbiadire” i tratti, pur così qualificati, del diritto

---

seminario di studi interdisciplinari *Quale governo per le migrazioni?*, Università di Milano Bicocca, 20 novembre 2020 (p. 5 del paper).

<sup>119</sup> Cfr.: E. BERNARDI, *Asilo*, cit., 429; in parte G. STROZZI, *Rifugiati e asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, in *Riv. dir. int.*, 1/1990, 97 ss.; B. NASCIMBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, Padova 1997, 86 (nonché Id., *Asilo*, cit., 320); P. BONETTI, *Il diritto d’asilo in Italia dopo l’attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2008, 14. Nella giurisprudenza: Cass. civ., sez. un., n. 4674/1997, cit.; Cons. St., sez. IV, 10 marzo 1998, n. 405 e 24 giugno 2002, n. 2366.

<sup>120</sup> Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2004, n. 8423.

<sup>121</sup> Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028.

<sup>122</sup> Cass. civ., sez. VI, 26 giugno 2012, n. 10686, seguita dalle sentt. (della medesima sez.) 29 novembre 2013, n. 26887; 23 giugno 2016, n. 13081; 4 agosto 2016, n. 16362; 5 febbraio 2018, n. 2682; 19 aprile 2019, n. 11110; v. pure Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13082.

<sup>123</sup> Anche il giudice costituzionale l’ha presa in considerazione – nella sent. n. 194/2019 – per ascrivere gli interventi legislativi incidenti su ciascuno dei tre menzionati istituti di protezione alla materia “asilo” di cui all’art. 117, c. 2, lett. a), Cost. Ciò non vuol dire che l’abbia anche condivisa, come si è altrove argomentato: cfr. C. PANZERA, *Il diritto all’asilo*, cit., 151; in senso analogo, v. pure E. ROSSI, *Il diritto di asilo*, cit., 169 s.

garantito dall'art. 10, c. 3<sup>124</sup>; inoltre, trascura la circostanza – anche questa già ricordata – che è proprio dei principi costituzionali manifestare una virtualità applicativa potenzialmente inesauribile *anche* in presenza di leggi di attuazione (e, a maggior ragione, in assenza di queste).

Al contrario, si ritiene che, pur assodata la convergenza *funzionale* dei diversi istituti e quand'anche si volesse rappresentare l'asilo costituzionale come un *genus* rispetto ad altre *species* di protezione, ancora residuerebbe un margine di attuazione (legislativa) e applicazione (giudiziaria) dell'art. 10, c. 3, fin dove astrattamente consentito dall'estensione semantica della locuzione relativa all'impedimento dell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana».

Che non si tratti di una questione meramente definitoria o puramente astratta è dimostrato, fra l'altro, da due recenti vicende che hanno interessato l'evoluzione dell'istituto nell'ordinamento italiano: la discussa modifica normativa della *protezione umanitaria* e l'affermazione giudiziaria di un *diritto all'ingresso* finalizzato all'esercizio del diritto all'asilo.

La protezione umanitaria, com'è noto, nasce con finalità *derogatoria* del potere di allontanamento dello straniero, cui venga rifiutato o revocato il permesso di soggiorno per mancanza dei requisiti di legge, in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»<sup>125</sup>. Si tratta di uno strumento complementare al divieto di *refoulement*, che si sostanzia nel rilascio di un apposito permesso di soggiorno e come tale rifluisce nel t.u.i. (art. 5, c. 6, in collegamento con l'art. 19)<sup>126</sup>, per culminare nella disciplina concernente l'attività delle Commissioni competenti per il riconoscimento della protezione internazionale, cui spettava appunto valutare – in caso di rigetto della domanda di protezione – se ricorressero i «gravi motivi» per autorizzare comunque il soggiorno dello straniero<sup>127</sup>.

Rispetto ad altre esigenze di tutela “coperte” dalla previsione di permessi

<sup>124</sup> Si condividono, al riguardo, le critiche espresse da M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. giust.*, 2/2018, 19 ss.; v. pure E. CAVASINO, *Il diritto d'asilo*, cit., 302 ss. e 324 s.

<sup>125</sup> Art. 4, cc. 12-*bis* e 12-*ter*, d.l. n. 416/1989, introdotti dall'art. 14, c. 1, l. n. 388/1993 (ratifica ed esecuzione dell'Accordo di Schengen e della relativa Convenzione di applicazione).

<sup>126</sup> Il permesso era rilasciato dal questore: art. 11, c. 1, lett. *c-ter*), d.p.r. n. 394/1999 (reg. att. t.u.i.).

<sup>127</sup> Art. 32, c. 3, decr. procedure.

di soggiorno per ipotesi specifiche e tassative<sup>128</sup>, la protezione umanitaria finiva con l'assurgere a *clausola residuale aperta* per i casi, non tipizzati e non prefigurabili in anticipo, di soggetti comunque bisognosi di rifugio per ragioni in senso lato caritatevoli o, più propriamente, di *solidarietà umana*<sup>129</sup>. In questa forma, l'istituto veniva ricondotto nell'alveo dell'asilo costituzionale – oltre che a quello, più generico, dei diritti inviolabili *ex art. 2* – quale una fra le sue possibili modalità attuative. Un approccio, questo, certo vantaggioso per la protezione umanitaria (fino al 2018, la fattispecie più frequente di rilascio di permessi soggiorno “per asilo” in senso lato), ma pur sempre riduttivo, nel senso chiarito pocanzi, delle virtualità applicative dell'art. 10, c. 3<sup>130</sup>.

Com'è noto, il d.l. n. 113/2018 ha profondamente ridisegnato l'istituto, eliminando il riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali e sostituendo la fattispecie generica dei motivi umanitari con ipotesi tipizzate<sup>131</sup>. Al netto dei rilievi critici suscitati dalla novella<sup>132</sup>, va osservato che la “ritrazione” della tutela in via legislativa non può comunque incidere sulla portata degli

---

<sup>128</sup> Ci si riferisce ai permessi per protezione sociale, per le vittime di violenza domestica e per particolare sfruttamento lavorativo di cui agli artt. 18, 18-*bis* e 22, c. 12-*quater*, t.u.i.

<sup>129</sup> Per costante giurisprudenza, l'istituto in parola si caratterizza per tre aspetti: l'*atipicità*, l'*autonomia* (dalle altre figure di protezione) e la natura di *diritto soggettivo*. Fra le tante: Cass. civ., sez. VI-1, 27 novembre 2013, n. 26566; sez. VI, 27 ottobre 2015, n. 21903 e 9 ottobre 2017, n. 23604; sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455, 12 novembre 2018, n. 28990 e 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13096; sez. un., nn. 29459, 29460 e 29461/2019, cit.; sez. I, 20 gennaio 2020, n. 1104; sez. III, 12 maggio 2020, n. 8819). Per ulteriori approfondimenti, cfr. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2018, 1 ss.; M. ACIERTNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 2/2018, 99 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Protezione umanitaria una e trina*, ivi, 108 ss.; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2019, 1 ss.

<sup>130</sup> Peraltro, nella normativa si distinguevano chiaramente i *seri motivi di carattere umanitario* dagli *obblighi costituzionali* (oltre che internazionali), sicché il relativo permesso di soggiorno avrebbe potuto rappresentare una forma diretta di attuazione dell'art. 10, c. 3, senza necessità della “mediazione” della protezione *stricto sensu* umanitaria.

<sup>131</sup> Ovvero, i permessi di soggiorno rilasciati per «casi speciali» (corrispondenti alle ipotesi riportate in nt. 128), «cure mediche», «calamità», «atti di particolare valore civile» e «protezione speciale», quest'ultima limitata ai casi di non respingimento contemplati nell'art. 19, cc. 1 e 1.1, t.u.i.).

<sup>132</sup> Oltre alla dottrina citata in nt. 129, v. A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 176 ss.; E. ROSSI, *Il diritto d'asilo*, cit., 178 ss.; M. ACIERTNO, *La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018*, in AA.VV., *Ius migrandi*, cit., 805 ss.

obblighi imposti da norme costituzionali (e da vincoli internazionali), con la conseguenza di una “riapertura” – se mai fossero stati davvero chiusi prima – dei margini per una diretta e *autonoma* applicazione dell’art. 10, c. 3<sup>133</sup>.

Questa conclusione rimane tuttora valida, dopo che il successivo d.l. n. 130/2020 (conv. in l. n. 173/2020) ha parzialmente “corretto il tiro” del precedente decreto, senza peraltro ripristinare la clausola dei seri motivi di carattere umanitario (ma solo quella dei ricordati obblighi costituzionali e internazionali)<sup>134</sup>.

Quanto alla seconda vicenda che appare utile richiamare, ci si riferisce a due recenti pronunce del Tribunale di Roma relative a casi di illegittimo respingimento di stranieri in cerca di asilo operati dalle autorità italiane, in una prima occasione (nel 2009)<sup>135</sup>, nel corso di operazioni di soccorso in mare e, da ultimo (nel 2020), nei riguardi di migranti della c.d. “rotta balcanica” intercettati sul territorio e riammessi in via informale in Slovenia<sup>136</sup>.

In entrambi i casi, benché in modalità diverse, il giudice ha riconosciuto la diretta violazione dell’art. 10, c. 3, avendo le autorità competenti illegittimamente *impedito* agli attori di giungere sul territorio e accedere così alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Sul punto, v. pure: C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in [www.questioneiustizia.it](http://www.questioneiustizia.it), 21.11.2018, § 3; E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it - Focus Human Rights*, 3/2018, 21 s.; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna*, cit., 16 s.; M. ACIERTO, *op. ult. cit.*, 819 s.; C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi.it*, 23/2020, 29 s. Per l’applicabilità diretta anche degli obblighi internazionali, cfr. C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. int.*, 1/2019, 169 s.

<sup>134</sup> Analogamente, C. SALAZAR, *Lo “statuto costituzionale dello straniero”*, cit., 8 del *paper*, che richiama utilmente un interessante spunto offerto in tal senso dalla Relazione n. 94/2020 dell’Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione. Per una prima analisi del d.l. n. 130/2020 sotto il profilo considerato, v. AA.VV., *Adelante con juicio. Asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020*, a cura di F. Biondi Dal Monte e E. Rossi, in *Forum di Quad. cost. - Rassegna*, 1/2021.

<sup>135</sup> Trib. Roma, I sez. civ., 28 novembre 2019, n. 22917, a commento della quale v. M. GIUFFRÉ, *Externalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Quest. giust.*, 1/2020, 193 ss.

<sup>136</sup> Trib. Roma, sez. diritti persona e imm., 18 gennaio 2021, RG 56420/2020, su cui v. A. DE PASCALE, *Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo*, in [www.questioneiustizia.it](http://www.questioneiustizia.it), 9.02.2021. Per riferimenti più generali alla vicenda, v. *supra* nt. 61.

<sup>137</sup> Nel primo caso, l’obbligo di consentire l’accesso al territorio è costruito, a seguito di riqualificazione d’ufficio della domanda attorea, come il contenuto del risarcimento in forma specifica del danno patito dagli attori. Nel secondo, quale oggetto della tutela cautelare

Le due decisioni affrontano in maniera audace il problema dell'efficacia "spaziale" dell'asilo costituzionale, derivando dalla natura di diritto soggettivo perfetto non solo l'immediata applicabilità dell'art. 10, c. 3, ma anche la sua proiezione extraterritoriale quale *obbligo di risultato* gravante sulle autorità statali, diretto a consentire l'effettivo esercizio del diritto di "cercare" asilo – ovvero, di avanzare una richiesta di protezione – nelle ipotesi in cui ciò sia stato illegittimamente impedito dalle autorità medesime. Tale innovativo esito è conseguito "sganciando" la portata dell'istituto da quella delle altre forme di protezione esistenti, la cui attivazione presuppone indefettibilmente la presenza fisica del richiedente sul territorio o quantomeno alla frontiera.

La soluzione prospettata mira, dunque, a restituire agli interessati la possibilità di esercitare il diritto di accedere alla protezione, contrastando in modo efficace la prassi – seguita anche dall'Italia – dei respingimenti collettivi attuati nonostante la consapevolezza di esporre i migranti al concreto pericolo di subire persecuzioni, torture o trattamenti inumani. Alle forme più macroscopiche, e antigiuridiche, di impedimento nella presentazione di una domanda di protezione corrisponderebbe così la reazione giuridica più forte: il riconoscimento del *diritto di ingresso* nel territorio, sia pure al limitato fine di avanzare la richiesta di asilo.

Tale operazione ermeneutica, peraltro, apre numerose e gravi questioni, non ultima quella della legittima sostituzione del giudice al legislatore nel «delicatissimo bilanciamento» tra garanzia dei diritti fondamentali, che certamente spettano anche allo straniero, ed esercizio della sovranità statale in ordine alle condizioni di ingresso nel territorio<sup>138</sup>. Essa, inoltre, pur nell'intento di valorizzare l'autonomia dell'istituto costituzionale, finisce per promuoverne un'accezione riduttiva – ovvero, quale situazione giuridica meramente *strumentale* all'esercizio del "vero" diritto all'asilo, identificato con gli istituti di tutela di origine esterna (*status di rifugiato e protezione sussidiaria*) – che s'è già detto non essere condivisibile, per il fatto di rendere la fattispecie costituzionale una "scatola vuota" destinata a riempirsi dei contenuti propri di altre, concorrenti ma non sovrapponibili, figure di asilo/protezione.

Anche al fine di contenere il rischio di "fughe in avanti" dagli incerti

---

richiesta in via d'urgenza.

<sup>138</sup> Per questa critica, v. G. DEL TURCO - M. SAVINO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia?*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020, 5.

effetti<sup>139</sup>, sarebbe opportuno che eventuali dubbi sulla compatibilità con l'art. 10, c. 3, delle limitazioni previste dalla normativa vigente venissero rimessi alla Corte costituzionale, sollecitandone una più netta presa di posizione sulla portata del precetto in esame.

## 9. Conclusioni

L'analisi svolta ha cercato di mettere in evidenza le diverse declinazioni dell'asilo nel diritto contemporaneo. Ciascuna di esse, come si diceva, incarna un modello ideale che rispecchia i valori alla base dell'ordinamento considerato ma si misura anche con la "ruvida concretezza" del perseguitamento degli interessi di comunità politiche particolari.

Diversamente connotato appare anche il principio di solidarietà, cui è implicitamente ma strettamente legata l'affermazione del diritto all'asilo: in chiave per lo più *inter-statale* nell'ambito dell'ordinamento internazionale e dell'UE; in senso prettamente *personalistico* nella Costituzione italiana, in linea peraltro con l'ispirazione ideale del costituzionalismo più avanzato che nel c.d. "amore per i lontani" trova nuove e originali vie di affermazione<sup>140</sup>.

L'innesto di una forma di protezione da un sistema ad un altro non genera automatismi nell'innalzamento dei livelli di tutela. Questo obiettivo va piuttosto conseguito mediante una *ragionevole integrazione* tra i vari istituti, rifiutando l'appiattimento di una dimensione sull'altra ogni qual volta il risultato sia una diminuzione delle garanzie (quanto ai destinatari o ai contenuti della protezione accordata). Soccorrono, in tal caso, i meccanismi che regolano l'apertura e la chiusura dell'ordinamento italiano rispetto alle fonti esterne che disciplinano medesimi o analoghi diritti.

Infine, non va trascurata, al riguardo, la collocazione dell'art. 10, c. 3, fra i "principi fondamentali" della Costituzione, il che fa del diritto all'asilo *per come ivi disciplinato* un elemento indefettibile dell'identità costituzionale del nostro ordinamento.

<sup>139</sup> Ad esempio, si è ipotizzata la possibilità, a seguito di interpretazione adeguatrice (creatrice?) della normativa vigente, di consentire la presentazione della domanda di protezione via «posta o tramite la rappresentanza diplomatica, se la sua regolare presentazione è stata impedita, dopo la chiara manifestazione della volontà di chiedere asilo, da un illecito respingimento». Cfr. R. Russo, *Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro? Nota a Trib. Roma 28.11.2019 n. 22917*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 5.02.2020, § 2.

<sup>140</sup> In argomento, per tutti, A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Dir. soc.*, 2/2008, 23 ss.

**Riassunto:**

L'asilo si presenta come un diritto dalle molte "facce". Di antichissima istituzione, esso trova oggi riconoscimento sul piano del diritto internazionale, sovranazionale (UE) e costituzionale-nazionale mediante formulazioni diverse non del tutto sovrapponibili sotto il profilo sostanziale.

**Parole chiave:** asilo – rifugiato – solidarietà – territorio – Unione europea

**Abstract:**

Asylum is a multifaceted right. Rooted in ancient cultures, it is nowadays recognized by international, supranational (EU) and constitutional-national law, although in different terms and with not-convergent substantial aspects.

**Keywords:** Asylum – Refugee – Solidarity – Territory – European Union

