



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri

di Francesco Martines *

1. Premessa

L'Italia è una delle più estese frontiere meridionali dell'Europa e si trova costretta ad accogliere massicci flussi migratori in conseguenza delle emergenze umanitarie causate dalle crisi politiche e dai conflitti verificatisi negli ultimi anni in molti paesi africani e mediorientali che si affacciano sul Mar Mediterraneo.

Il tema della protezione internazionale, ossia del complesso degli strumenti che lo Stato mette a disposizione degli stranieri che giungono nel nostro territorio perché bisognosi di tutela politico-umanitaria, è così divenuto centrale nelle ricerche e negli approfondimenti di matrice non solo giuridica.

* Ricercatore confermato di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Messina. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Gli interventi normativi (tutti di provenienza internazionale ed europea) pongono non pochi profili problematici rispetto allo stato della disciplina interna in quanto il nostro legislatore si è trovato, spesso senza un approccio sistematico, a recepire disposizioni che si integrano con difficoltà nell'ordinamento interno.

A ciò si aggiunga che, oltre alle criticità legate al contesto normativo, si pongono non semplici questioni connesse all'applicazione di queste disposizioni nella prassi delle amministrazioni preposte al controllo dei flussi migratori e alla erogazione delle misure di tutela previste per gli stranieri che, vantando i presupposti per beneficiare delle diverse forme di protezione internazionale, non possono essere collocati (e, per l'effetto, non possono essere trattati alla stregua di coloro che si inseriscono) nella categoria degli stranieri regolarmente ammessi nel territorio dello Stato né, tuttavia, nella opposta categoria degli stranieri irregolari *tout court*.

Di seguito si cercherà di ricostruire i tratti principali della disciplina vigente nonché di avviare alcune riflessioni sull'attività amministrativa delle autorità pubbliche impegnate nell'esercizio del potere di vigilanza e gestione dei flussi di migranti richiedenti protezione internazionale.

2. Il quadro costituzionale

La nostra Costituzione riconosce ai soggetti che non possiedono lo *status* di cittadini italiani il diritto di asilo quando essi, nel paese di origine, siano impediti nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione medesima (art. 10, comma 3, Cost.) (Panella



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

2008). La norma pone altresì una riserva di legge assoluta e rinforzata, ancorando alla circostanza dell'impedimento nel godimento delle libertà democratiche la discrezionalità del legislatore ordinario nel disciplinare le condizioni per la tutela del diritto d'asilo.

Con questa norma, di portata fortemente innovativa, i membri dell'Assemblea costituente – molti dei quali durante il regime fascista avevano vissuto personalmente l'esperienza dell'esilio – hanno voluto assicurare piena accoglienza in Italia agli stranieri e agli apolidi che, nel proprio paese di appartenenza o provenienza, avessero subito una illegittima compressione delle proprie libertà democratiche di matrice costituzionale¹.

Il diritto di asilo è, dunque, situazione giuridica di diritto soggettivo perfetto² (esigibile dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria) rispetto alla quale l'autorità amministrativa, chiamata a erogare le connesse tutele, gode di una discrezionalità molto limitata³.

¹ Il riferimento alle «libertà democratiche» ricomprende, secondo la dottrina maggioritaria, i diritti che caratterizzano le forme di partecipazione politica previste dal testo costituzionale (Esposito 1958, 222; D'Orazio 1992).

² In questo senso, con una sentenza "storica", Cass., SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4674 successivamente ripresa, seppure con alcune specificazioni, da Cass., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028; 25 agosto 2006, n. 18549; sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17576.

³ Il margine di discrezionalità dell'autorità amministrativa si esprime, per lo più, nella verifica dei presupposti per il riconoscimento del diritto di asilo: l'art. 10 comma 3 Cost., infatti, riferendosi allo «effettivo esercizio» delle libertà democratiche, rimette all'autorità amministrativa il delicato compito di valutare in concreto le condizioni nelle quali si svolgono i rapporti fra singolo e pubblici poteri nel paese di provenienza dello straniero richiedente asilo (Benvenuti 2007, 54; Cangelli 2009, 48).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Peraltro, a fronte di un quadro normativo di rango costituzionale così puntuale, deve registrarsi una sostanziale inerzia del legislatore interno che non ha ancora provveduto ad adottare una legge organica in materia di diritto d'asilo. In senso inverso, vi è stato un incessante impegno delle autorità internazionali e, più recentemente, delle istituzioni europee proteso ad introdurre disposizioni, sia di matrice pattizia che regolamentare, idonee a dotare gli Stati di una disciplina comune, o quantomeno coerente, in materia di protezione internazionale.

Con ogni probabilità, oggi, si può affermare che la lungimiranza dei nostri padri costituenti – i quali hanno dotato il testo costituzionale di una norma assolutamente innovativa in tema di accoglienza degli stranieri meritevoli di protezione internazionale – a causa della mancata disciplina consequenziale in sede legislativa, ha determinato più danni che benefici. L'ordinamento costituzionale italiano, infatti, rispetto agli interventi normativi esterni (cui si accennerà *infra*), si è trovato paradossalmente impreparato. In altri termini, l'aver disciplinato il diritto di asilo come diritto soggettivo di matrice costituzionale, suscettibile di immediata esigibilità, ha fatto sì che – essendo mancata la necessaria opera consequenziale del legislatore ordinario – le fonti internazionali ed europee si siano inserite con non poche difficoltà in un contesto normativo costituzionale “troppo evoluto”. Quella italiana non è la sola costituzione dei paesi europei a contenere una norma in materia di diritto di asilo, ma è certamente l'unica che disciplina tale situazione giuridica come diritto soggettivo in senso proprio, a struttura compiuta e perfetta.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

3. Il fondamento di diritto interno degli istituti di protezione internazionale

A fronte della costituzionalizzazione del diritto di asilo territoriale, la disciplina internazionalistica ed europea sulla protezione degli stranieri si è incentrata sulla qualificazione dello *status* di rifugiato, ponendo – a livello interno – delicati problemi di armonizzazione fra le qualifiche di asilante e di rifugiato.

Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 è *rifugiato* «colui che temendo la ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale, per sue ragioni politiche si trova fuori dal paese di cui è cittadino e non può o non vuole a causa di questo timore avvalersi della protezione di questo paese»⁴; il rifugiato, quindi, non sceglie di spostarsi alla ricerca di migliori opportunità di vita, ma è costretto ad abbandonare la sua terra e a cercare protezione fuori dal proprio paese.

Per la nozione di *asilante*, invece, si deve aver riguardo – oltre che al citato art. 10 comma 3 della Costituzione – alle norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che prevede il diritto di ognuno di «cercare e godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni» (art. 14).

Volendo tentare di tracciare le differenze fra le due nozioni, come imporrebbe l'attuale compresenza della disciplina costituzionale

⁴ La suddetta nozione si rinviene pressoché immutata nelle disposizioni della dir. 2004/83/CE (recepita in Italia con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251), abrogata dalla dir. 2011/95/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

sull'asilo e della estesa normativa di rango primario in materia di protezione dei rifugiati, può dirsi che il diritto di asilo fa riferimento ad una situazione collettiva di un popolo, benché riferita alla posizione del singolo (il richiedente asilo), per cui il richiedente e quelli che come lui vivono in un determinato paese non possono, in quel paese, esercitare le libertà democratiche contemplate all'interno della nostra Costituzione. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato, invece, presuppone una condizione di persecuzione personale, di rischio individuale, differenziata rispetto a quella di altri cittadini del medesimo paese.

L'indagine sulle differenze fra le due nozioni rischia di tradursi in un esercizio puramente teorico se, spostando l'attenzione al profilo degli effetti che la condizione di persecuzione comporta sul richiedente, si considera che fra i due *status* è configurabile una relazione di continenza, in virtù della quale lo *status* di rifugiato costituirebbe una, sia pure indiretta, attuazione della norma di cui all'art. 10 comma 3 della nostra Costituzione.

In favore di questa ricostruzione militano certamente obiettive ragioni legate alla confusione, anche terminologica, che si rinviene nelle recenti disposizioni in materia di protezione internazionale (Ruotolo 2008, 1818; Benvenuti 2007, 217; Lenzerini 2007)⁵.

A far propendere per questa soluzione sarebbe altresì la considerazione che essa consentirebbe di fare rientrare nella grande categoria dei

⁵ Deve segnalarsi in tal senso anche un indirizzo giurisprudenziale autorevolmente rappresentato da alcune sentenze della Suprema Corte (Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028; 23 agosto 2006, n. 18533; 17 febbraio 2011, n. 3898; sez. VI, 18 febbraio 2011, nn. 4139 e 4140).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

soggetti meritevoli di protezione internazionale anche la fattispecie dei c.d. “rifugiati di fatto”, ossia quei profughi o esuli di massa in fuga da quelle aree geografiche interessate negli ultimi anni da fenomeni di grave deficit democratico o, più in generale, da obiettivo pericolo⁶.

A ciò si aggiunga, infine, che in quest’ottica ricostruttiva troverebbe anche una plausibile collocazione a livello interno l’istituto della c.d. “protezione sussidiaria”, introdotto con la Direttiva “procedure” 2005/85/CE (abrogata dalla Direttiva 2013/32/UE) recepita con d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25: l’art. 1 del citato decreto legislativo individua nella protezione sussidiaria una sorta di *editio minor* dello *status* di rifugiato da estendersi agli stranieri e agli apolidi che, ancorché non in possesso dei requisiti per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, verserebbero in una situazione di pericolo per la loro integrità psico-fisica ove fossero fatti oggetto di rientro forzato nel paese di provenienza.

4. L’evoluzione del diritto positivo interno

La prima legge *lato sensu* attuativa dell’art. 10, comma 3, Cost. sul diritto d’asilo è stata la c.d. “legge Martelli” (l. 39/1990) che, abolendo la riserva geografica originariamente esistente all’applicazione della Con-

⁶ Questa moltitudine di soggetti genera dei veri e propri esodi migratori di massa, spesso in condizioni di estremo pericolo, non necessariamente legati a una condizione di persecuzione individuale o di illiberalità diffusa che avrebbero giustificato il riconoscimento rispettivamente dello *status* di rifugiato o di asilante (Chieffi 2004, 44; Cangelini 2009, 56).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

venzione di Ginevra del 1951, attribuì lo *status* di rifugiato agli stranieri extraeuropei “sotto mandato” dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR o UNHCR).

Nel 1998 la legge Martelli è stata sostituita dalla l. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. “legge Turco-Napolitano”) che, nell’intento di dotare il sistema interno di una disciplina organica in tema di immigrazione, conferiva (art. 47) delega al Governo per l’emanazione di un testo unico capace di armonizzare i testi legislativi allora vigenti. In esecuzione della delega, venne emanato il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. “Testo unico sull’immigrazione”) il quale, tuttavia, non ha introdotto una disciplina specifica in materia di asilo né apportato sostanziali modifiche alla normativa previgente in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiati.

Nel 2002, in un contesto politico profondamente mutato, venne approvata la l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. “legge Bossi-Fini”) di modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo, chiaramente ispirata all’esigenza di porre delle restrizioni a ingressi massicci di migranti nel territorio italiano. Neanche la legge Bossi-Fini sembra fornire sicure indicazioni per una compiuta elaborazione della nozione di asilo; al contrario, viene fatto un uso improprio della terminologia, rendendo di fatto indistinto l’istituto dell’asilo da quello del rifugio.

A partire dal 2005 la disciplina interna sull’immigrazione (ivi compreso lo specifico ambito della protezione internazionale) risulta incisa dall’attività normativa a livello comunitario. Vengono infatti emanate le direttive 2003/9/CE (“accoglienza”), 2004/83/CE (“qualifiche”) e 2005/85/CE (“procedure”), recepite in Italia rispettivamente con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 140, d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 e d.lgs. 28 gennaio 2008, n.25.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

L'attuale stagione normativa, infine, è stata caratterizzata dall'abrogazione delle tre sopra indicate direttive e contestuale approvazione delle direttive 2011/95/UE (nuova "qualifiche"), 2013/32/UE (nuova "procedure") e 2013/33/UE (nuova "accoglienza"). Ad oggi, soltanto la prima di esse è stata recepita in Italia (con d.lgs. 18/2014); per le Direttive nn. 32 e 33 del 2013 il Parlamento, con l. 7 ottobre 2014, n. 154, ha conferito la delega al Governo per procedere al relativo recepimento.

In questo quadro, in fase per così dire di assestamento, vanno rinvenuti gli elementi per la comprensione del diritto positivo in materia di protezione internazionale.

Una cosa è certa: il legislatore italiano, nell'impegno di adeguare l'ordinamento interno alle norme di matrice europea, ha di fatto rinunciato ad assolvere al ruolo che la Costituzione gli ha attribuito con la riserva di cui all'art. 10, comma 3 Cost.

Probabilmente non si tratta di un dato che desta particolare disagio fra gli studiosi maggiormente protesi a verificare il percorso di recepimento delle fonti europee (notoriamente l'Italia non brilla per celerità e precisione in questo impegno), né fra coloro che, comprensibilmente, puntano tutta l'attenzione sul risultato finale.

Purtuttavia, non pare possa trascurarsi lo iato che inevitabilmente si mantiene (forse aggravandosi) fra i fondamenti "illuminati" *in subiecta materia* rinvenibili nella Costituzione del 1948 e la sostanziale inerzia del legislatore ordinario; si tratta di uno iato che ha certamente refluenze rilevanti sull'organicità (*rectius*: sulla non organicità) di un complesso sistema normativo che è notoriamente in continua evoluzione e che con grande fatica riesce a dare copertura a fattispecie concrete spesso di natura emergenziale che coinvolgono valori umani fondamentali.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Proprio per queste ragioni, il nostro ordinamento non si sarebbe dovuto concedere una tale lacuna che, si ribadisce, non può ritenersi colmata per il solo fatto che vengano più o meno celermente recepite le norme europee sulla protezione degli stranieri. In tal senso si conviene con chi in dottrina (Zanghì 2007, Ruggeri 2008) ha osservato come non possa soccorrere neanche la c.d. “regola dei controlimiti”⁷, in base alla quale la non applicazione della disciplina costituzionale presuppone la verifica positiva in ordine alla compatibilità delle norme dell’Unione europea rispetto ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale fra cui si annoverano senza dubbio i diritti fondamentali della persona (diritto d’asilo territoriale compreso) (Cavasino 2013, 398).

5. Il regolamento UE 604/2013 (“Dublino III”) e le direttive UE del 2011-2013: un’analisi delle norme procedurali più rilevanti.

A questo punto, appare opportuno soffermarsi sulle principali novità introdotte dal regolamento UE 604/2013 (c.d. “Dublino III”) nonché dalle citate direttive UE del 2011-2013, limitando l’esame alle disposizioni che incidono sull’esercizio del potere di vigilanza e controllo dell’autorità amministrativa chiamata a pronunciarsi sulle istanze di protezione internazionale.

Giova ricordare che l’art. 63 TCE, modificato dal trattato di Amsterdam del 1997, aveva attribuito alla Comunità europea la competenza ad

⁷ C. cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349; più recentemente, C. cost. 28 novembre 2012, n. 264.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

adottare “norme minime” in materia di asilo. Il Programma di Tampere del 1999 ha fissato la prima fase nella quale sono stati adottati quattro regolamenti e quattro direttive: mediante lo strumento regolamentare è stato posto in essere il sistema *Dublino*⁸; le quattro Direttive sono la 2001/55/CE (“protezione temporanea”), 2003/9/CE (“accoglienza”), 2004/83/CE (“qualifiche”) e 2005/85/CE (“procedure”).

Successivamente, la Commissione UE ha approvato il *Piano strategico sull’asilo* del 17 giugno 2008 che traccia una *road map* per mettere in capo un approccio integrato in materia di protezione nell’UE.

Per altro verso, l’entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2009 ha comportato l’individuazione – fra le priorità dell’Unione europea – della realizzazione di una politica comune in materia di asilo (non più, dunque, la previsione di norme minime); in particolare, l’art. 78, par. 1 del TFUE ha stabilito che la politica comune «deve essere volta ad offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale ed a garantire il rispetto del principio di non respingimento» ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, del relativo Protocollo del 1967 e degli altri trattati sulla materia. L’art. 78 citato rappresenta il fondamento normativo sul quale sono stati adottati i regolamenti e le direttive sulla protezione internazionale dei cittadini stranieri.

⁸ Il sistema *Dublino*, che prende il nome dalla Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo presentata nel territorio della comunità europea, si basava sostanzialmente sui regolamenti 343/2003 (*Dublino II*) e 2725/2000 (*Eurodac*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

5.1. Il regolamento Dublino III

Il regolamento UE 604/2013 si applica da gennaio 2014; è atto di rifusione del regolamento 343/2003 *Dublino II* cui – senza modificarne la sostanza – si limita ad apportare alcuni miglioramenti. Disciplina i criteri di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di protezione presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide; il criterio accolto è quello della competenza dello Stato «di primo ingresso», salvo alcune clausole di deroga per esigenze particolari (motivi umanitari in primo luogo).

Si noti che la regola dello Stato di primo ingresso poggia sull'assunto che ciascun paese europeo sia idoneo a garantire parità di trattamento, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, agli stranieri richiedenti protezione internazionale (c.d. principio di mutua fiducia). In questo senso il regolamento *Dublino III* e, per altro verso, la direttiva 2013/32/UE "procedure" si pongono l'obiettivo di assicurare effettività a un sistema "comune" di gestione dei flussi migratori.

Invero, le recenti (spesso drammatiche) esperienze di sbarchi di migranti nelle coste italiane del Mediterraneo hanno dimostrato che un sistema realmente "comune" non esiste o comunque non funziona. Anche sulla base di tali esperienze, con ogni probabilità, il regolamento *Dublino III* prevede una deroga alla regola generale della competenza dello Stato di primo ingresso, stabilendo che detta competenza non si radica qualora si abbiano «fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemi-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

che nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti (...)»⁹.

Il Regolamento *Dublino III* prevede poi una serie di regole di immediata applicazione che concernono specifici aspetti procedurali (riduzione dei termini massimi per la decisione della domanda di protezione, nuovi obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni statali, scambio di informazioni fra gli Stati, estensione dell'ambito di applicazione della procedura di conciliazione, obbligo di notificazione della decisione di rigetto e, infine, nuove disposizioni sulla tutela in sede giurisdizionale): sotto tale aspetto l'impegno richiesto allo Stato italiano è assolutamente gravoso, in considerazione del fatto che – ferma restando l'immediata efficacia delle norme regolamentari – non può negarsi che l'effettiva armonizzazione della disciplina nonché il conseguimento degli *standard* di efficienza imposti presupporranno pronte iniziative del legislatore domestico per aggiornare le norme contenute nel t.u. immigrazione (d.lgs. 286/1998 e s.m.).

5.2. La direttiva 2013/33/UE Accoglienza

La direttiva 2013/33/UE è atto di rifusione della precedente 2003/9/CE (recepita con d.lgs. n. 140/2005); reca norme sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (ivi compresa la protezione c.d. sussidiaria). Si tratta di norme destinate a superare le difformità riscontrate negli Sta-

⁹ Già prima dell'introduzione della norma, la Corte di Giustizia UE aveva fissato analogo principio di garanzia con riguardo a particolari contesti considerati "insicuri" (cfr. la sentenza pronunciata nelle cause riunite C-411 e 493/10 sul caso della Grecia).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ti membri nonché a offrire maggior tutela per i diritti dei richiedenti; in particolare, per quel che riguarda i profili procedurali a carico delle amministrazioni statali che devono provvedere sulle istanze di protezione, la direttiva impone l'obbligo di rendere informazioni su benefici e obblighi dell'accoglienza entro quindici giorni dalla domanda (art. 5), di rilasciare un documento attestante lo *status* del richiedente in attesa di decisione (art. 6, par. 1), nonché il divieto di richiedere documenti o attestazioni superflue aggravando il procedimento (art. 6, par. 6).

La direttiva, poi, introduce nuove norme in materia di trattenimento dei richiedenti protezione (artt. 8-11): mentre l'art. 7, par. 3, della direttiva 2003/9/CE vincolava genericamente tale misura alla sussistenza di «motivi legali o di ordine pubblico» (esplicitati, in sede di recepimento della direttiva “procedure” 2005/85/CE, dall'art. 21 del d.lgs. 25/2008), l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE – dopo avere chiarito che il solo *status* di richiedente protezione di per sé non possa giustificare l'applicazione di misure di trattenimento – indica tassativamente, ferma restando l'ulteriore specificazione da parte del diritto nazionale, le ipotesi in cui tale trattenimento possa essere ritenuto ammissibile. È significativo che la nuova disciplina vincoli l'autorità interna a operare una valutazione in concreto e individuale (cioè caso per caso) delle circostanze che giustificano il trattenimento, escludendo dunque motivazioni generiche o standardizzate.

5.3. La Direttiva 32/2013/UE “procedure”

La direttiva “procedure” contiene un corposo complesso normativo destinato a introdurre regole comuni in materia di procedimenti per il



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

riconoscimento dello *status* di destinatario di protezione internazionale. Si tratta di disposizioni molto ambiziose, soprattutto se si tiene conto dello stato di emergenza in cui alcuni paesi europei (fra cui l'Italia) sono chiamati a operare per fronteggiare i cospicui flussi migratori via mare.

In ogni caso, entro il 20 luglio 2015 (per alcune disposizioni tale termine è suscettibile di essere ritardato di un triennio), tutti gli Stati membri sono obbligati a introdurre nel proprio ordinamento norme procedurali che vincolano in modo puntuale le autorità amministrative rispetto ai tempi di esame delle domande (art. 31)¹⁰, alle garanzie di informazione dovute all'istante (art. 12), ai presupposti per la declaratoria di inammissibilità (art. 33) o per il rigetto nel merito della domanda (art. 32). Di particolare interesse, poi, appare la disciplina introdotta dagli artt. 35-39 volta a porre norme per la definizione di «paese di origine sicuro», «paese terzo sicuro», «paese terzo europeo sicuro»; tali disposizioni dovrebbero consentire di porre fine a gravi difformità nell'applicazione della disciplina comune e, per l'effetto, nel trattamento delle domande di protezione internazionale.

5.4. La direttiva 2011/95/UE "qualifiche"

La direttiva 2011/95/UE è stata recepita con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 (che ha introdotto modifiche al testo del d.lgs. n. 251/2007). Rispetto al-

¹⁰ L'art. 31, par. 1, della dir. 2013/32/UE fissa in sei mesi il termine massimo per l'esame della domanda.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

la disciplina previgente, la novità più significativa riguarda l'estensione di alcune norme procedurali, originariamente previste solo per i richiedenti lo *status* di rifugiato, anche ai richiedenti le altre forme di protezione, con particolare riferimento alla protezione sussidiaria; nonché la previsione della durata del permesso di soggiorno per i destinatari di protezione sussidiaria fino a cinque anni (art. 23, comma 2, d.lgs. n. 251/2007).

Con particolare riferimento alla protezione sussidiaria, poi, il d.lgs. n. 18/2014 ha stabilito i presupposti per il suo riconoscimento nonché per l'eventuale revoca; anche in questo caso l'obiettivo del legislatore (recettivo dell'indirizzo di cui alla direttiva "qualifiche" 2011/95/UE) è stato quello di uniformare il trattamento del richiedente la protezione sussidiaria a quello del richiedente lo *status* di rifugiato.

Le nuove disposizioni, ancorché offrano un quadro più chiaro per la disciplina da attuare in concreto rispetto alle diverse misure di protezione internazionale esistenti, rappresentano un'occasione che il legislatore domestico ha perduto per compiere un passo in avanti affrontando il delicato tema della coesistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'asilo di matrice costituzionale e degli altri istituti di matrice internazionale, solo parzialmente sovrapponibili.

6. Le questioni applicative più problematiche

Esaurito il sommario esame del contesto normativo e degli istituti giuridici di riferimento, appare utile promuovere una riflessione sulle questioni applicative più "spinose" viste dalla prospettiva dello studioso di diritto amministrativo e, dunque, dalla prospettiva dell'interesse al



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

corretto ed efficiente esercizio dei poteri pubblici connessi alla erogazione delle misure di protezione internazionale.

La prima questione concerne il riparto delle competenze normative ed amministrative fra Stato, Regioni e autonomie locali.

In proposito, giova ricordare che ai sensi dell'art. 117, comma 2, della Costituzione (nel testo introdotto dalla modifica del Tit. V di cui alla l. cost. n. 3/2001) sono attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato le materie del «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea» (lett. a) e della «immigrazione» (lett. b).

La dottrina si è sforzata di armonizzare la previgente normativa in materia di immigrazione (in special modo quella contenuta nel t.u. immigrazione di cui al d.lgs. 286/1998) con la disciplina costituzionale sul riparto della potestà legislativa Stato-Regioni introdotta nel 2001 elaborando un criterio interpretativo fondato sulla differenza fra *politiche dell'immigrazione* (riguardanti prioritariamente la disciplina dei permessi di soggiorno e relative procedure), per le quali si afferma la potestà legislativa esclusiva dello Stato, e *politiche per l'immigrazione* (inerenti le misure di tutela dei diritti dello straniero), per le quali le Regioni godrebbero di potestà legislativa (esclusiva o concorrente) (Caponio 2004, 805; Corsi 2003, 789; Ruggeri-Salazar 2004, 27; Cangelli 2009, 73; Barbati 2009, 30)¹¹.

Sul tema assumerà senz'altro rilievo l'esito della discussione in Parlamento sul disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa n.

¹¹ Tale interpretazione è stata anche condivisa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze nn. 156/2006 e 300/2005).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

1429/2014 (approvato il 7 agosto 2014 in prima lettura dal Senato della Repubblica e attualmente all'esame in prima lettura della Camera dei Deputati) che, con riguardo al tema del riparto di potestà legislativa Stato-Regioni, elimina la c.d. potestà concorrente distribuendo *rationae materiae* le competenze (di natura esclusiva) fra Stato e Regioni.

Nel d.d.l. costituzionale le materie dell'asilo e dell'immigrazione vengono confermate come materie di competenza statale; vi è da immaginare, peraltro, che tale scelta non risolverà i problemi di natura applicativa di questa soluzione che, esautorando le autonomie regionali e locali dalla gestione delle politiche dell'immigrazione, non tiene in adeguata considerazione l'impegno che a dette autonomie territoriali è richiesto nell'applicazione della normativa statale.

In altri termini, nella disciplina interna si percepisce come un *gap* incolmabile, foriero di una «debolezza di sistema» (Barbati 2009, 40), la scelta accentratrice di cui al citato art. 117 Cost. rispetto al ruolo, tutto decentrato, che impegna sui diversi fronti le Regioni ed i Comuni nella gestione delle politiche dell'immigrazione.

È auspicabile che il legislatore domestico, chiamato a recepire le recenti direttive UE 2011-2013, possa assumere l'iniziativa di adeguare l'ordinamento interno nel senso di introdurre efficaci misure per avvicinare la fase della normazione (tutta statale) con quella della amministrazione (prevalentemente decentrata).

La distribuzione delle competenze di gestione in senso decentrato, invero, è frutto dell'applicazione alla materia dell'immigrazione del principio di sussidiarietà verticale (Frosini 2008; Cerulli Irelli 2004; Moscarini 2003; Chessa 2002; Poggi 2001; Vipiana 2002; Roversi Monaco 1997) predicato dall'art. 118, comma 1, Cost., in virtù del quale presso i



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

comuni sono allocate in via preferenziale le funzioni amministrative. Va detto, peraltro, che proprio in tema di gestione delle politiche di protezione internazionale (e, in generale, di accoglienza dei flussi migratori) l'applicazione del criterio della sussidiarietà verticale ha comportato frequentemente disfunzioni e disagi sia per i destinatari della protezione che per le collettività residenti nei luoghi in cui si svolge l'accoglienza; in particolare, gravano *in toto* sui Comuni le ricadute del fenomeno migratorio in termini di ordine pubblico e sicurezza senza che corrisponda a tali ricadute un'adeguata assegnazione di funzioni amministrative e poteri in grado di gestire il fenomeno nella sua complessità.

Tali disfunzioni sono connesse, oltre che alle incertezze interpretative sulla distribuzione delle competenze normative (destinate a rimanere irrisolte anche nell'ipotesi di approvazione del d.d.l. costituzionale citato), alla scelta del legislatore di affidare i poteri alle diverse autorità presenti su ciascun livello territoriale (si pensi a titolo esemplificativo al riparto delle funzioni amministrative fra questure e prefetture) e di istituire nel tempo una cospicua serie di organi ed enti *ad hoc* (commissione nazionale, commissioni territoriali, centri di accoglienza, centri di identificazione e espulsione, sportelli immigrazione, ecc.) dando vita a un apparato spesso pletorico e inefficiente.

Spostando l'attenzione al profilo del procedimento per il rilascio dei titoli di riconoscimento dello *status* di beneficiario di protezione internazionale, occorre premettere che la normativa applicabile in Italia, allo stato, è quella posta dal d.lgs. n. 25/2008 con il quale è stata recepita la direttiva *Procedure* 2005/85/CE in attesa che si conduca a termine l'*iter* per il recepimento della nuova direttiva 2013/32/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ai sensi dell'art. 18 del citato d.lgs. n. 25/2008 ai procedimenti diretti alla valutazione delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 di cui ai capi I (con esclusione delle norme sul termine di conclusione del procedimento), II, IV-*bis* e V, nonché agli artt. 7, 8 e 10 del capo III. L'esclusione dell'applicazione di alcune disposizioni, seppur astrattamente giustificabile in ragione della peculiarità della materia e della sussistenza di regole procedurali proprie poste con il medesimo d.lgs. n. 25/2008, non convince rispetto ad alcuni istituti di "democrazia procedimentale" quali il c.d. preavviso di diniego disciplinato dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Il d.lgs. n. 25/2008 disciplina con particolare puntualità la fase istruttoria del procedimento prevedendo le garanzie di cui gode il richiedente nelle more della conclusione dell'*iter* procedimentale (diritto di permanenza sul territorio dello Stato, divieto di trattenimento salvo tassative eccezioni, diritto ad essere ospitato in un centro di accoglienza), nonché la necessità di promuovere un effettivo contraddittorio tramite l'audizione personale dell'istante; appare significativo, proprio con riferimento al tema dell'istruttoria, che il decreto in esame prescriva come la determinazione finale debba fondarsi su valutazioni (evidentemente maturate nell'ambito di un'istruttoria «congrua, precisa ed aggiornata») «individuali, obiettive ed imparziali» (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 25/2008).

Il provvedimento finale può avere esito positivo (tramite il riconoscimento dello *status* richiesto, il rilascio del permesso per asilo o del permesso per protezione sussidiaria) o esito negativo (tramite il rigetto dell'istanza con indicazione della motivazione in punto di fatto e diritto).

Va tenuta distinta dalle fattispecie sopra indicate quella del permesso di soggiorno per motivi umanitari, disciplinato dal t.u. immigrazione



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

(art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998) per il rilascio del quale il legislatore riconosce un'ampia discrezionalità dell'autorità amministrativa competente (le questure) chiamata a valutare la sussistenza dei presupposti indicati in via generale dalla norma (coincidenti con i casi di divieto di respingimento di cui al successivo art. 19, comma 1).

L'ultimo aspetto sul quale è opportuno soffermarsi riguarda la tutela giurisdizionale rispetto ai provvedimenti amministrativi sfavorevoli adottati nei confronti del richiedente protezione internazionale. La questione involge il tema della natura della posizione giuridica soggettiva vantata dall'istante, ovvero se essa debba configurarsi alla stregua di interesse legittimo o piuttosto di diritto soggettivo.

Anche su questo versante, invero, nel nostro ordinamento pesa la confusione – imputabile a un *deficit* legislativo – fra le nozioni di asilo e quelle delle altre forme di protezione (rifugiato, beneficiario di protezione sussidiaria, umanitaria, ecc.).

Per quel che riguarda l'asilo, infatti, è l'art. 10 della Costituzione che connota la relativa situazione giuridica attiva alla stregua di un diritto. Più problematica è la qualificazione della situazione giuridica del rifugiato, delineata dalla giurisprudenza ora in termini di diritto soggettivo ora in termini di interesse legittimo, con conseguente spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario a quello amministrativo.

Al riguardo va segnalato l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza 26 maggio 1997, n. 4674, hanno statuito che la giurisdizione in materia di diritto di asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3 della Costituzione spetta al giudice ordinario, trattandosi per l'appunto di un diritto soggettivo, al quale non è applicabile la disciplina sullo *status* di rifugiato (art. 5 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

con l. 28 febbraio 1990, n. 39) in base alla quale la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Successivamente, con sentenza SS. UU. 17 dicembre 1999, n. 907 – preso atto dell’abrogazione dell’art. 5 della l. n. 39/1990 ad opera del t.u. Immigrazione – la Corte di Cassazione ha dichiarato la nuova giurisdizione del giudice ordinario tenuto conto della qualificazione alla stregua di diritti soggettivi della posizione giuridica del richiedente asilo e del rifugiato introdotta dal legislatore del 1998¹².

Pur nel risolto conflitto fra giurisdizioni, permasero delle pronunce di giudici amministrativi che rivendicavano la propria competenza a decidere su ricorsi avverso provvedimenti di diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato¹³. E ciò fino all’intervento della l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini) che ha fissato la giurisdizione del giudice ordinario sulla materia. A questo punto, pur ancora con qualche resistenza, anche i giudici amministrativi hanno adeguato il proprio orientamento alle originarie indicazioni della Suprema Corte dichiarando il proprio difetto di giurisdizione sui ricorsi volti all’annullamento di provvedimenti di diniego di misure di protezione internazionale¹⁴.

¹² L’orientamento è rimasto invariato nelle successive pronunce della Suprema Corte. In tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 9 dicembre 2011, n. 26481; SS. UU., 17 giugno 2013, n. 15115; SS. UU., 9 settembre 2009, n. 19393.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6710.

¹⁴ TAR Lazio 11 luglio 2006, n. 5379; più recentemente, Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2014, n. 4413; 24 marzo 2014, n. 1398; 9 maggio 2013, n. 2524; 5 settembre 2012, n. 4714; 5 giugno 2012, n. 3309.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Infine, con il d.lgs. n. 25/2008 è stata ulteriormente confermata la giurisdizione del giudice ordinario su tutte le questioni inerenti provvedimenti amministrativi di diniego del riconoscimento delle diverse forme di protezione internazionale (art. 35, comma 1).

Quanto al rito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, comma 2 del d.lgs. n. 25/2008 e 19 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, trova applicazione per queste controversie il c.d. rito sommario di cognizione che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto assicurare snellezza nella fase istruttoria e speditezza dei procedimenti giurisdizionali.

Invero, l'esperienza applicativa seppur recente di questo rito offre un bilancio negativo che pesa in maniera grave nelle vicende processuali dei richiedenti protezione internazionale nelle quali ad essere oggetto di giudizio sono questioni che implicano la tutela di diritto fondamentali della persona.

In questo senso, al netto delle considerazioni generali che possono farsi sulla natura delle posizioni giuridiche coinvolte (Tropea 2009, 195; Cacciari 2004, 3913; Sirianni 2000, 898), va osservato che lo stato attuale della legislazione italiana sulla tutela giurisdizionale dei richiedenti protezione internazionale non è rispettoso dei vincoli posti dalla 2005/85/CE né tantomeno di quelli, più rigorosi, fissati dalla Direttiva 2013/32/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Barbati, C. (2009), *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 40.

Benvenuti, M. (2007), *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova: Cedam.

Cacciari, A. (2004), *La tutela giurisdizionale nelle vicende del cittadino extracomunitario*, in *Foro Amm. TAR*, 10, p. 3913.

Cangelli, F. (2009), *Diritto di asilo e norme antiterrorismo*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 48.

Caponio, T. (2004), *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5, p. 805.

Cavasino, E. (2013), *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, in *Nuove Autonomie*, 2-3, p. 398.

Cerulli Irelli, V. (2003), *Sussidiarietà (Dir. Amm.)* (voce), in *Enciclopedia Giuridica.*, XXX, Roma: Treccani.

Cerulli Irelli, V. (2004), *Sussidiarietà (Dir. Amm.)* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Agg. XII, Roma: Treccani.

Chessa, O. (2002), *La sussidiarietà (verticale) come "precepto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Dir. pubbl., comp. eur.*, 2, p. 1442.

Chieffi, L. (2004), *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, p. 44.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Corsi, C. (2003), *I servizi sociali in favore degli immigrati*, in A. Albanese, C. Marzuoli (cur.), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna: il Mulino, p. 789

D'Orazio, G. (1992), *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova: Cedam.

Esposito C. (1958), *Asilo (diritto di) – Diritto costituzionale* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, p. 222.

Frosini, T.E. (2008), *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto, Annali, II*, Milano: Giuffrè.

Lenzerini, F. (2009), *Asilo e diritti umani*, Milano: Giuffrè.

Moscarini, A. (2003), *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova: Cedam.

Panella, L. (2008), *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Poggi, A. (2001), *Le autonomie funzionali fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano: Giuffrè.

Roversi Monaco, F. (cur.) (1997), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini: Maggioli.

Ruggeri, A. (2007), *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

Ruggeri, A. (2008), *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Ruggeri, A., C. Salazar (2004), *“Ombre e nebbia” nel riparto di competenza fra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in *Quaderni Regionali*, p. 27.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ruotolo, G.M. (2008), *Diritto di asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 4, p. 1818.

Sirianni G. (2000), *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. Pubbl.*, 3. p. 898

Tropea, G. (2009), *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 195.

Vipiana, P. (2002), *Il principio di sussidiarietà verticale: attuazioni e prospettive*, Milano: Giuffè.

Zanghì, C. (2007), *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

Italy, Foreigners and International Protection

The contribution deals with the study of the Italian legal framework on the international protection of migrants in relation to the provisions introduced in the EU / non EU States. Moreover, some aspects on the division of competences between State and Regions as well as the problematic issues concerning the administrative procedure for issuing residence permits in Italy and the judicial protection, are further deepened.

Keywords: migrants, international protection, Italian regulation, administrative procedure, Italian judicial protection.