



29 GIUGNO 2022

Il diritto d'asilo costituzionale:
premesse storiche e questioni attuali
nel rapporto di integrazione
multilivello tra le fonti

di Vincenzo Telaro

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Catania

Il diritto d'asilo costituzionale: premesse storiche e questioni attuali nel rapporto di integrazione multilivello tra le fonti*

di Vincenzo Telaro

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Il diritto d'asilo rappresenta il più antico diritto umano della storia. Dopo una disamina storica dell'istituto, ci si sofferma sul diritto d'asilo costituzionale. Numerose, infatti, sono le questioni che hanno riguardato tale diritto nel nostro ordinamento costituzionale e che non sono ancora del tutto risolte. La soluzione, tuttavia, sembra possa essere trovata attraverso l'integrazione multilivello tra le fonti costituzionali nazionali e quelle sovranazionali europee. La disamina è dedicata, altresì, al contiguo ma differente problema degli esodi di massa in caso di guerra, questione di grande attualità a causa del conflitto russo-ucraino.

Title: The constitutional right to asylum: historical introduction and current problems in the multi-level integration between the sources of law

Abstract [En]: The right to asylum is the oldest human right in history. The essay, after a historical examination of the development of this right, focuses on the right of asylum in the Italian Constitution. Many, in fact, are the problems of the right to asylum in the Italian Constitution. However, it seems that these can be resolved by the multi-level integration between the sources of national law and the sources of European law. Finally, the paper focuses on the problem of refugees fleeing the war. The problem, in fact, is again very important in Europe, after the beginning of the war between Russia and Ukraine.

Parole chiave: diritto d'asilo costituzionale; rifugiati, integrazione multilivello; diritti umani; fonti del diritto
Keywords: the constitutional right to asylum; refugees; multi-level integration; human rights; sources of law

Sommario: **1.** Considerazioni preliminari sulle cause sociali e i risvolti giuridici del diritto d'asilo costituzionale. **2.** Le origini del diritto d'asilo: dall'avvento della civiltà al diritto greco e romano. **3.** L'asilo nel cristianesimo. **4.** L'asilo in epoca moderna e contemporanea: da diritto divino a diritto umano. **5.** Il diritto d'asilo come diritto costituzionale dai lavori dell'Assemblea costituente all'art. 10, comma 3, della Costituzione. **6.** Il diritto d'asilo costituzionale: l'irrisolta questione della natura precettiva o programmatica della norma. **6.1.** Le nuove possibili soluzioni nella prospettiva multilivello dell'integrazione tra le fonti. **6.2.** Cenni alla procedura amministrativa e all'eventuale fase giurisdizionale per il riconoscimento della protezione in Italia quale *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3, della Costituzione. **7.** Oltre il diritto d'asilo: la questione degli esodi di massa in caso di guerra tra tutela internazionale e garanzie costituzionali. **8.** Un problema nuovamente attuale anche per i popoli europei: il conflitto russo-ucraino.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Considerazioni preliminari sulle cause sociali e i risvolti giuridici del diritto d'asilo costituzionale

Il diritto d'asilo è oggi un diritto che assume un'ampia rilevanza nella prassi. Sempre più frequenti, infatti, risultano essere le richieste d'asilo nel Continente europeo a causa dell'aumento del fenomeno migratorio¹.

L'Europa, infatti, a partire dal XIX secolo e fino allo scoppio della prima guerra mondiale, è stata caratterizzata esclusivamente da emigrazioni di cittadini europei verso le Americhe² - con un periodo di interruzione nel periodo tra i due conflitti mondiali³ - e, successivamente, da fenomeni migratori interni. In seguito, però, al completamento del processo di decolonizzazione degli Stati africani e asiatici, è stata attraversata da masse migratorie provenienti dalle *ex* colonie, ossia da Paesi terzi, a cui si affiancarono, dopo la caduta dei regimi comunisti, quelle provenienti dai Paesi dell'Est europeo⁴.

Nell'ambito di tali masse migratorie, spesso, vi sono soggetti costretti a lasciare il Paese di provenienza non per ragioni di natura meramente economica, ma perché perseguitati nella loro terra di origine.

Mentre, tuttavia, il migrante di natura economica deve dimostrare per l'ingresso in Italia, ad esempio, i motivi del soggiorno e soggiace a quote di ingresso stabilite dalla legge, il perseguitato per specifici motivi che si vedranno di seguito, invece, risulta titolare del diritto d'asilo.

Il diritto d'asilo riconosciuto a tali soggetti risulta essere il frutto di una integrazione multilivello tra le fonti internazionali, europee e costituzionali.

¹ Al fine di avere una visione più chiara in termini statistici della portata del fenomeno, si vedano dati dei richiedenti asilo indicati dal MINISTERO DELL'INTERNO, DIPARTIMENTO PER LE LIBERTÀ CIVILI E L'IMMIGRAZIONE, *I numeri dell'asilo*, 2020, consultabile in [Ministero dell'Interno](#), in cui si indica che le istanze presentate in Italia negli ultimi sei anni sono: 83.970 nel 2015; 123.600 nel 2016; 130.119 nel 2017; 53.596 nel 2018; 43.793; 26.963 nel 2020; 56.388 nel 2021. A livello internazionale si vedano i dati riportati in UNHCR, *Global trends forced displacement 2020*, in www.unhcr.org.

² Per maggiori approfondimenti sulle dimensioni che assunse il fenomeno delle migrazioni europee in America tra il XIX secolo e il 1914 Cfr., fra gli altri, T. J. HATTON, *What Drove the Mass Migrations from Europe in the Late Nineteenth Century?*, in *Population and Development Review*, 1994, 3, pp. 1-27; N. J. EVANS, *Work in progress: Indirect passage from Europe Transmigration via the UK, 1836-1914*, in *Journal for Maritime Research*, 2001, 1, pp. 70-84.

³ In particolare G. BETTIN, E. CELA, *L'evoluzione storica dei flussi migratori in Europa e in Italia*, in <http://www.unescochair-juav.it>, p. 8, ritengono che «Lo scoppio della prima guerra mondiale segnò la fine dell'epoca delle migrazioni di massa. L'effetto combinato dei conflitti mondiali, il periodo della Grande Depressione tra le due guerre che colpì il principale paese di destinazione (gli Stati Uniti) così come quelli di origine (Europa) e il contemporaneo varo di politiche di immigrazione restrittive da parte del governo statunitense, che prevedevano test di alfabetizzazione e quote annuali di cittadini ammessi dai paesi sud europei, causarono un brusco freno nei flussi migratori in uscita dall'Europa. Questo calo riguardò prevalentemente l'emigrazione dall'Europa meridionale e orientale, mentre da quelli che erano stati storicamente i primi paesi di emigrazione (paesi anglosassoni e scandinavi) i flussi migratori mantennero un'intensità pressoché costante nel tempo».

⁴ Per una breve ricostruzione del fenomeno migratorio in Europa dalla fine della seconda guerra mondiale ad oggi Cfr. C. DUSTMANN, T. FRATTINI, *Immigration: The European Experience*, in *Centro Studi Luca d'Agliano Development Studies Working Papers*, 2011, 326, pp. 1-49. La questione a livello di diritto dell'Unione europea è stata meglio esaminata in un precedente scritto V. TELARO, *Il controllo delle frontiere europee e il ruolo di frontex alla luce della proposta di regolamento com (2015) 671 per la creazione di una guardia costiera e di frontiera europea*, in *Koreuropa*, 9, 2016, p. 95 ss.



Appare opportuno, quindi, ricostruire la tutela riconosciuta nel nostro ordinamento in tema d'asilo, nel quale tale diritto assume rango costituzionale.

Occorre verificare, infatti, in che termini la nostra Costituzione riconosce il diritto d'asilo e come questo si relazioni al sistema di integrazione tra le fonti nazionali e quelle sovranazionali previsto agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Nel corso della trattazione, in particolare, si evidenzierà il percorso storico che ha accompagnato nei secoli l'affermazione del diritto d'asilo in Europa e la sua "trasformazione" da bisogno umano a diritto divino e, in seguito, da diritto divino a diritto umano.

Si è, infatti, dell'opinione che non si possa comprendere appieno una questione giuridica senza che prima si conoscano le origini storiche e le esigenze sociali che hanno indotto il legislatore all'affermazione di un diritto in un testo normativo.

Dopodiché, si entrerà nel merito della questione, esaminando, anche alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, la corretta portata del diritto d'asilo nella Costituzione della Repubblica italiana, così come prevista dal legislatore storico e come poi si è evoluta con l'affermazione del sistema di integrazione tra le fonti nazionali e quelle sovranazionali.

Non sembra, infatti che si possa più prescindere nello studio della maggior parte dei diritti costituzionali dall'esame del ruolo esercitato dalle influenze provenienti dal diritto sovranazionale europeo. Talvolta, infatti, dal processo di integrazione multilivello tra le fonti rifioriscono nuove concezioni di diritti che, fino a qualche decennio fa, si pensava avessero raggiunto, con la consacrazione nelle Carte costituzionali nazionali, l'acme della loro tutela.

In altri termini, i diritti costituzionali, sottoposti al predetto processo di integrazione, vengono ad assumere in molti casi dei caratteri innovativi, che vanno ad arricchire la tutela già riconosciuta dal legislatore nazionale, così da rendere necessari, di conseguenza, nuovi ed ulteriori approfondimenti per una corretta ricostruzione della portata garantista di tali diritti.

Si farà cenno, infine, alla disciplina prevista dall'ordinamento per i c.d. esodi di massa.

La questione, infatti, se pur non appare risolvibile con gli ordinari strumenti d'asilo, rientra comunque nell'ambito del problema di individui bisognosi di tutela perché costretti a fuggire dai paesi di origine per diverse ragioni, come le situazioni di guerra.

Il problema, tra l'altro, risulta di estrema importanza alla luce dell'attuale conflitto russo-ucraino, causa di numerosi esodi di cittadini ucraini verso gli altri Paesi europei.

2. Le origini del diritto d'asilo: dall'avvento della civiltà al diritto greco e romano

L'essere umano per natura ha bisogno di protezione. L'uomo primitivo, ad esempio, mostrava la necessità di proteggere se stesso dalle bestie feroci, dagli eventi e dalle calamità naturali e da altri esseri umani. Sulla base di tale bisogno innato, con l'avvento della civiltà, si è sviluppato quello che è stato definito il più antico diritto umano della storia: il diritto d'asilo⁵.

Il diritto d'asilo (o, per precisione, le pratiche primitive di asilo) è stato addirittura definito antico quanto l'umanità stessa⁶.

Nelle antiche civiltà la pratica dell'asilo era esercitata da coloro i quali cercavano protezione da una condanna che era stata inflitta sulla base della c.d. *Lex Talionis*; in tali casi, il condannato era solito rifugiarsi in luoghi considerati sacri, così da entrare sotto l'aurea protettiva dell'essere divino a cui il luogo era consacrato e sfuggire alle autorità civili. Poiché in tali luoghi, infatti, a nessun essere terreno era permesso contrastare l'autorità divina, essi rimanevano così sottratti alla volontà umana; se il condannato era riuscito a raggiungere tale luogo, ciò diveniva sinonimo della volontà divina di salvarlo dalla pena ad egli inflitta.

La pratica dell'asilo nei luoghi divini, tuttavia, non fu riconosciuta in tutte le civiltà antiche in modo identico e, addirittura, in alcune non si sviluppò affatto.

A tal proposito, occorre avvertire, innanzitutto, che essa si sviluppò soltanto in quelle società in cui vi era una divisione, anche labile, tra Autorità divina e Autorità civile; nelle società in cui, invece, vi era identificazione tra il Potere divino e quello terreno, tale pratica non ebbe luogo⁷.

La pratica dell'asilo, in particolare, ebbe un se pur timido sviluppo nell'antica civiltà egizia, almeno con riferimento agli ultimi secoli; in tale civiltà, infatti, se pur l'asilo non venne mai elevato a diritto

⁵ A tal proposito, F. A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto d'asilo*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, pp. 2-3, afferma «È tradizione consolidata che l'ormai lunga e gloriosa storia dei diritti umani affondi le radici nelle tormentate vicende della Francia degli ultimi Valois dilaniata dalle lotte tra cattolici e protestanti. Essa cioè prende le mosse dal delinarsi del diritto ad esprimere le proprie opinioni, in specie religiose, in modo relativamente libero [...]. Il primo dei diritti umani dunque - che troveranno la loro espressione paradigmatica nella *Dichiarazione di indipendenza delle colonie americane del 1776* e nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino promulgata a Parigi nell'agosto del 1789* - è la libertà di coscienza e di pensiero [...]. In realtà, [tuttavia], la genesi dei diritti umani è molto più complessa e problematica e non si identifica esclusivamente con il tormentato processo di affermazione delle libertà di pensiero [...]. Non è infatti azzardato ricondurla all'antichissimo diritto d'asilo presente nel mondo ebraico e greco e abbondantemente documentato dalla Bibbia e dalla cultura classica».

⁶ S. P. SINHA, *Asylum and International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1971, p. 5.

⁷ L'asilo, ad esempio, non si sviluppò in India sotto la vigenza delle c.d. Leggi di MANU (databili tra il II sec. a.C. e il II sec. d.C.) poiché in tale civiltà l'anima non muore mai, ma è soggetto a tale destino soltanto il corpo; l'anima è destinata a scalare i diversi gradi della scala spirituale e può passare al grado successivo soltanto espiando le pene per gli errori commessi in quello precedente. In tema Cfr. S.P. SINHA, *Asylum...*, *cit.*, p. 6. Per una disamina conoscitiva sul contenuto e sulla vigenza delle Leggi di MANU Cfr. W. DONIGER, B. K. SMITH, *The laws of Manu*, Penguin books, Harmondsworth, 1991.

riconosciuto dalla legge - a causa della presenza di un forte senso di rispetto per le leggi⁸ - era prassi per gli schiavi rifugiarsi nei Templi di Amon, Osiride e Toth al fine di tutelarsi contro i soprusi a loro inflitti⁹. Ulteriori privilegi erano, altresì, riconosciuti ai Sacerdoti¹⁰.

Funzione analoga ai luoghi di culto fu poi riconosciuta nella antica civiltà assira, babilonese, araba e persiana. L'asilo, dunque, pur non essendo elevato a diritto, iniziava, tuttavia, ad imporsi come una sorta di comportamento consuetudinario nelle società antiche, a dimostrazione della circostanza che tale pratica scaturisse in un certo qual modo dal bisogno umano di proteggersi¹¹.

La pratica dell'asilo ebbe, invece, uno sviluppo molto importante nell'antica civiltà ebraica, poiché è in tale società che l'asilo venne per la prima volta formalizzato con l'individuazione di sei città rifugio¹², con le quali il popolo ebraico riuscì a bilanciare le esigenze di giustizia con quelle derivanti dalla protezione dell'essere umano¹³.

La pratica dell'asilo, però, venne istituzionalizzata nel diritto dell'Antica Grecia. Il diritto d'asilo fu così riconosciuto, da un lato, a coloro i quali si recavano in alcuni luoghi considerati sacri, come, ad esempio,

⁸ Sul sistema dell'organizzazione giudiziaria dell'Antico Egitto si veda, fra gli altri, O. BEAURAGARD, *La Justice et les Tribunaux dans l'ancienne Égypte*, in *Bulletins et mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, n. 1, 1890, pp. 716-735; M. THONISSEN, *Études sur l'organisation judiciaire, les lois pénales et la procédure criminelle de l'Ancienne Égypte*, in *Revue historique de droit français et étranger*, n. 14, 1868, p. 209 ss.; B. MENU, *Égypte pharaonique. Nouvelles recherches sur l'histoire juridique, économique et sociale de l'ancienne Égypte*, L'Harmattan, Paris, 2004.

⁹ S.P. SINHA, *Asylum*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰ Cfr. E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Cedam, Padova, 2010, p. 43.

¹¹ A tal proposito, Cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani, L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 9, il quale afferma che «L'asilo costituiva quindi oggetto di una sorta di patto tacito originario tra le diverse civiltà delle antichità valevole sia nei rapporti interni che in quelli con gli altri popoli. [...] assume[ndo] un valore tanto significativo da espletare la sua efficacia anche nei contesti di assoluta vacanza del diritto, elevandosi quale limite ultimo e sacro all'azione umana».

¹² Cfr. S.P. SINHA, *Asylum...*, *cit.*, p. 8, il quale evidenzia che «Moses founded three such cities, namely, Bezer, Ramoth, and Golan, on the territory first occupied by the Jews on the east side of the river Jordan. After crossing the Jordan, he ordered the creation of three other cities of refuge in the land of Chanaan. Accordingly, Kadesh was built in Galilee, Sichem in Samaria, and Hebron in Judea. These cities were so located as not to be away for more than a day's journey, or about thirty miles».

¹³ In tali città rifugio, chiunque avesse commesso un crimine, anche un omicidio, purché involontario - nel caso in cui non avesse desiderato rifugiarsi direttamente nei Templi, che, ovviamente, conservavano la loro sacralità - vi si poteva recare al fine di trovare protezione. Per gli omicidi volontari, invece, proprio al fine di contemperare le esigenze di giustizia con quelle di protezione, nessun rifugio al richiedente asilo poteva essere riconosciuta, in quanto in accordo con le leggi di MOSÈ il delitto doveva essere punito; a tal proposito, infatti, nel Libro dell'Esodo, ossia il secondo Libro della Torah, dopo che si afferma «Chi percuote un uomo sì ch'egli muoia, dev'esser messo a morte» (Libro dell'Esodo, 21.12), è previsto che «se non gli ha teso agguato, ma Dio gliel'ha fatto cader sotto mano, io ti stabilirò un luogo dov'ei si possa rifugiare» (Libro dell'Esodo, 21.13), mentre, «se alcuno con premeditazione uccide il suo prossimo mediante insidia, tu lo strapperai anche dal mio altare, per farlo morire» (Libro dell'Esodo, 21.14). Come afferma F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio...*, *cit.*, p. 5, «Informazioni più complete sull'asilo sono fornite dal Deuteronomio, soprattutto dal libro di Giosuè: l'omicida si fermerà davanti alla porta della città ed esporrà il suo caso agli anziani che ne valuteranno la sincerità prima di accoglierlo assegnandogli una casa dove vivere al riparo dal "vendicatore di sangue" [i parenti della vittima n.d.a.] fino quando piazza al Signore, ossia sino al momento della morte del sacerdote accogliente».

il Tempio di Diana ad Efeso (c.d. *àsylon*); dall'altro lato, a coloro i quali godevano di un particolare *status* sociale, come agli atleti durante lo svolgimento dei giochi in altre città (c.d. *asyllia*)¹⁴.

In seguito, tuttavia, tale diritto, nella sua forma dell'*àsylon*, di cui se n'era fatto abuso dando rifugio a chiunque per qualunque delitto, suscitò pesanti critiche da parte degli intellettuali dell'epoca. A tal proposito, ad esempio, Euripide (485 - 406 a.C.), nella sua opera *Ione*, afferma che «È terribile: Dio ha imposto ai mortali leggi che non sono né eque né sagge. Ai colpevoli non può spettare diritto d'asilo, bisognerebbe scacciarli dagli altari. No, non è bello vedere una mano immonda che tocca oggetti benedetti. Solo i giusti, se offesi, dovrebbero rifugiarsi nei templi. Invece lo fanno sia i buoni che i malvagi, e per tutti la protezione è la stessa»¹⁵.

Le critiche aumentarono con l'arrivo dei romani in Grecia, i quali ritenevano che il diritto d'asilo, così come conosciuto dal popolo ellenico, fosse fonte di incertezza e insicurezza per la popolazione e, dunque, fosse divenuto un istituto altamente pericoloso.

Le critiche, ben presto, indussero il popolo ellenico a ridimensionare la concessione del diritto d'asilo, impedendo, ad esempio, l'accesso nei Templi sacri ai condannati a morte¹⁶.

Per quanto riguarda l'Antica Roma, invece, se pur questa inizialmente, almeno secondo la leggenda, fu un luogo di asilo, in cui vennero accolti persone che presentavano precedenti di natura penale¹⁷, ben presto a causa della circostanza che garantire il diritto d'asilo avrebbe comportato un margine di insicurezza tra i *cives*, questo ebbe uno sviluppo marginale. Veniva riconosciuto, infatti, soltanto per sfuggire alla vendetta privata e non alla giustizia pubblica¹⁸.

In dottrina, inoltre, è stato sottolineato che a Roma accanto al diritto d'asilo, vi era un diritto all'esilio, al quale il condannato poteva fare appello richiedendone il riconoscimento al magistrato al fine di avere salva la vita. Ciò a dimostrazione che il diritto d'asilo non risultava finalizzato a rendere esente dalla giustizia pubblica il condannato, ma rappresentava una forma di "giustizia" più tollerante, senza sfociare nella totale impunità di chi si fosse macchiato di un crimine¹⁹.

¹⁴ In tal senso Cfr., fra gli altri, F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio...*, cit., p. 6. A tal proposito, c 44 scrive «I due istituti, volti a soddisfare esigenze totalmente distinte, si diversificavano essenzialmente per due aspetti. Il primo [*asyllia*] concerneva la ragione alla base dell'immunità, [...] derivando da un vero e proprio trattato tra due città [...] a differenza dell'*àsylon* la cui immunità derivava dalle caratteristiche intrinseche del luogo cui si rivolgeva».

¹⁵ EURIPIDE, *Ione (Ivv)*, 413 - 410 a.C., v. 1309.

¹⁶ Cfr., fra gli altri, F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio...*, cit., p. 7.

¹⁷ E. REALE, *Le Droit D'asyle*, in *Recueil des Court*, n. 63, 1938, p. 475 ss.

¹⁸ A tal proposito F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., p. 13 afferma che «l'asilo era più che altro visto come supporto all'esercizio della giustizia stessa e, quindi, alla piena attuazione del diritto»; tuttavia, l'AUTORE evidenzia in nota come vi sia parte della dottrina, che cita e alla quale si rimanda, la quale pone in luce, al contrario, che l'idea dell'asilo fosse, invece, profondamente permeata nell'ordine giuridico romano, sulla base dell'assoluta inviolabilità della casa riconosciuta dal diritto romano, in quanto luogo di protezione. In tema S.P. SINHA, *Asylum...*, cit., p. 10 evidenzia che i luoghi del diritto d'asilo a Roma, più che da Templi sacri dedicati alle divinità, erano costituiti da simboli che evidenziavano la grandezza della città, come, ad esempio, la statua di Romolo nel Foro o le statue degli Imperatori e le aquile delle Legioni,

¹⁹ G. CRIFÒ, *Asilo, (diritto di) - 1. Origini storiche*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 196.

Il diritto d'asilo, tuttavia, che a Roma, come abbiamo visto, ebbe uno sviluppo marginale, tornò in auge con la dissoluzione dell'Impero e l'arrivo dei barbari. Con le invasioni barbariche, infatti, nei luoghi che un tempo erano stati sotto il dominio di Roma e in cui si era riusciti a mantenere l'ordine pubblico per molti secoli, si creò un disordine sociale e giuridico che ormai solo il timore della divinità probabilmente sarebbe riuscito ad attenuare; in tale periodo, infatti, la coeva ascesa del cristianesimo, fece sì che si sviluppasse una nuova forma di asilo religioso e, dunque, una rinata epoca di protezione del condannato²⁰.

3. L'asilo nel cristianesimo

L'asilo cristiano si sviluppò in forma consuetudinaria intorno al IV sec. d.C. e secondo gli storici la prima testimonianza di tale tipologia d'asilo risale alla richiesta di San Martino di Tours il quale, al fine di resistere all'opposizione dei genitori alla sua decisione di entrare a far parte del clero, decise di "ad ecclesiam confugere" in una Chiesa di Pavia²¹.

Ben presto, tale forma di asilo venne istituzionalizzata confluendo dapprima nella Costituzione di Flavio Onorio del 419 d.C. con riferimento all'Impero Romano d'Occidente e poi nella Costituzione di Teodosio I nel 431 con la quale il diritto d'asilo venne esteso formalmente anche per l'Impero Romano d'Oriente²². Nel 438 d.C., addirittura, fu creato un apposito titolo dedicato al diritto d'asilo nel *Codex Theodosianus*²³, titolo conservato anche in occasione dell'emanazione del *Codex Iustinianus*²⁴.

Con l'istituzionalizzazione dell'*ecclesiam confugere* crebbe in tutta Europa il potere dei Vescovi, i quali – basandosi sul carattere dell'inviolabilità dei luoghi sacri - riconobbero tale forma di protezione anche a coloro i quali si fossero macchiati dei crimini più efferati.

Il riconoscimento incondizionato del diritto d'asilo ampliava fortemente il potere della Chiesa, ponendosi, tuttavia, in contrasto con la gestione del Governo temporale esercitato dai vari Imperatori. Di conseguenza, con la nascita del Sacro Romano Impero e il ripristino dell'ordine politico e giuridico perso sotto il dominio barbaro furono emanate varie norme volte a ridimensionare il potere della Chiesa in

²⁰ Cfr., fra gli altri, F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., p. 14.

²¹ L'episodio è narrato in S. SULPICIO, *Vita di Martino*, (a cura di E. RUGGERIO), EDB, Bologna, 2003, p. 79 ss. Come è possibile notare, il termine adoperato dalla Chiesa cristiana in relazione alla forma di protezione riconosciuta al perseguitato non fa riferimento "all'asilo" già conosciuto dai pagani, ma è utilizzato in sostituzione la diversa locuzione "ad ecclesiam confugere", al fine di sottolineare il distacco del cristianesimo dalle già riconosciute forme di protezione pagane. In tal senso cfr. F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio...*, cit., p. 10.

²² Invero, una prima forma di riconoscimento del diritto d'asilo da parte della Chiesa si era avuta già nel 344 d.C. in occasione del Concilio dei Sardi, in cui era stato imposto ai Vescovi di soccorrere tutti coloro chiedessero rifugio in Dio. A tal proposito, Cfr. A. DUCLOUX, *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'Asile dans les Eglises*, De Boccard, Paris, 2004, p. 263 e S. P. SINHA, *Asylum...*, cit., p. 10. A tal proposito F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio cit.*, p. 11, afferma «Al Principe si affiancarono i Vescovi nel compito di gestire la vita degli uomini e nella tensione che tra le due autorità si instaura l'*intercessio* sarà brandita dai secondi come un'arma che si rivelerà particolarmente efficace nelle mani di straordinari personaggi che nel V° secolo si trovarono ad occupare importanti sedi vescovili».

²³ Cfr. *Codex Theodosians*, 9.45.0.

²⁴ Cfr. *Codex Iustiniani*, 1.12.0.

ordine al diritto d'asilo. Il ridimensionamento dell'istituto, però, durò poco. Con l'avvento del feudalesimo la Chiesa, infatti, ricominciò a riconoscere protezione a tutti coloro i quali tentavano di sfuggire al potere feudale, espandendolo, di fatto, nuovamente²⁵.

In tale periodo, però, con la riscoperta del diritto romano, si venne ad instaurare una disputa tra canonisti e civilisti: i primi tendevano ad affermare la necessità e l'importanza dei luoghi sacri, da ritenere inviolabili; i secondi, invece, ritenevano che garantire la protezione indiscriminata a chiunque si recasse in un luogo sacro si ponesse in forte contrasto con le esigenze di giustizia²⁶.

La disputa venne risolta a favore dei secondi e le ipotesi di riconoscimento del diritto d'asilo si ridussero ampiamente, rispetto alla pretesa universale e assoluta propugnata dal diritto canonico²⁷.

Tale ridimensionamento fu, inoltre, confermato con l'avvento degli Stati nazionali, che lo abolirono definitivamente. In questo periodo, infatti, il diritto d'asilo fu abolito in Francia e Inghilterra e rimase come precetto da osservare soltanto in quei territori, come l'Italia e la Spagna, in cui il potere della Chiesa risultava più marcato²⁸.

Ben presto, tuttavia, anche in Paesi come l'Italia l'istituto non fu esente da critiche; ad esempio, Cesare Beccaria, nella celeberrima opera *Dei delitti e delle pene*, si pose in netto contrasto con il diritto d'asilo, poiché visto come un pericolo per la giustizia terrena²⁹.

Le critiche non mancarono nemmeno in altri Paesi.

In Francia, ad esempio, Montesquieu affermò che il diritto d'asilo, inteso come diritto di natura religiosa, riconosciuto anche per i crimini più efferati, dà luogo ad un paradosso: offende più Dio che gli uomini³⁰.

Occorre avvertire, però, che nel medesimo periodo in cui gli Stati assoluti abolirono l'istituto, si svilupparono le teorie filosofiche giusnaturalistiche, con cui fu sostenuto che il riconoscimento del diritto

²⁵ Cfr., fra gli altri, F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., p. 17; VISMARA G., *Asilo (diritto di) a) Premessa Storica – 2) Diritto intermedio*, in *Enc. Dir.*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 199.

²⁶ A tal proposito si veda pure, fra gli altri, F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., pp. 17-18.

²⁷ Cfr. F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo, Teoria e Storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 17 il quale scrive «Così accresce progressivamente il numero dei *casus excepti*, escludendo dapprima i briganti, gli omicidi volontari e coloro che commettono reati nei luoghi sacri facendo affidamento sull'immunità, finché la previsione delle eccezioni non finisce per svuotare la regola e al principio del diritto canonico, secondo cui nessuno deve essere escluso dall'asilo, si va sostituendo il principio opposto dell'asilo concesso solo in determinati casi».

²⁸ In tal senso F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo...*, cit., p. 17 e F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., p. 20; E. REALE, *Le Droit...*, cit., p. 491.

²⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di R. Fabietti), Einaudi, Milano, 1973, p. 96, infatti, osservava che «Dentro i confini di un paese non dev'esservi alcun luogo indipendente dalle leggi. La forza di esse seguir deve ogni cittadino. L'impunità e l'asilo non differiscono che di più e meno, e come l'impressione della pena consiste più nella sicurezza d'incontrarla che nella forza di essa, gli asili invitano più ai delitti di quello che le pene non allontanano».

³⁰ Cfr. C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, Livre XXV, Chapitre III, Des temples*, Geneve, 1748, reperibile in *Ecole alsacienne*, p. 303.

d'asilo è insito nella natura umana³¹. Tale concezione fu poi implementata tra i valori portanti della rivoluzione francese.

4. L'asilo in epoca moderna e contemporanea: da diritto divino a diritto umano

Con la rivoluzione francese, frutto delle idee e dei valori dell'Illuminismo, si riprese a discutere della riaffermazione del diritto d'asilo. Tale diritto, tuttavia, a differenza che in passato, non rinveniva più la sua fonte in Dio, ma perdeva la sua natura di diritto religioso, per divenire diritto di natura politica. In tale contesto diviene un diritto riconosciuto ai "giusti" che vivono tra gli "ingiusti", una protezione garantita in risposta alla tirannide; in altri termini, si assiste alla "trasformazione" dell'asilo da diritto divino a diritto umano e sovrano, riconosciuto ai "meritevoli" e non indiscriminatamente anche a soggetti pericolosi, anche al fine di tutelare l'ordine pubblico dello Stato³².

Nonostante tali premesse di natura teorica, l'istituto non fu previsto né nella Dichiarazione universale dell'uomo e del cittadino del 1789 né nella successiva Costituzione del 1791; tuttavia, ben presto, il problema si presentò all'indomani della Rivoluzione francese e in tale occasione fu sottolineata l'importanza della regolamentazione del diritto d'asilo anche al fine di mantenere pacifici rapporti con gli Stati stranieri e, di conseguenza, venne sancito all'art. 120 della Costituzione del 1793³³.

Le premesse teoriche della rivoluzione francese, ben presto, influenzarono anche il diritto internazionale. Nella prima metà del XX secolo, in particolare, alcuni Stati stipularono accordi di natura internazionale al fine di disciplinare l'istituto³⁴. In seguito, è stato firmato il più importante atto internazionale in materia,

³¹ Cfr. U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, (a cura di F. ARICI e F. TODESCAN), Cedam, Padova, 2010, p. 62 ss.

³² Tale concezione del diritto d'asilo da riconoscere soltanto a soggetti meritevoli era già presente nel pensiero filosofico seicentesco e a tal proposito F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo...*, cit., p. 63, riportando il pensiero di PUFENDORF scrive «l'ospitalità, afferma Pufendorf, rientra tra i doveri dell'umanità. E da questa regola generale deriva che l'accoglienza è un diritto sacro (*sanctissimus jus*), la cui negazione è segno di barbara inumanità [...]. Tuttavia, [...] affinché il dovere di ospitalità [...] si trasformi in un obbligo imposto dalla legge di natura, esso deve obbedire alla sussistenza di specifiche condizioni, le quali inevitabilmente ne limitano fortemente la portata. [...] lo straniero, ripete Pufendorf, deve vantare un motivo legittimo per chiedere di fare ingresso nello Stato e può essere mosso da semplice curiosità verso il Paese che domanda di visitare. Inoltre, soggiunge, deve essere un uomo onesto che non procuri alcun danno alla comunità che lo ospita e deve essere in grado di pagarsi un alloggio».

³³ A questo proposito F. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio...*, cit., p. 27 osserva che «la centralità della persona che la *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* dell'89, prescrivendone gli inalienabili diritti aveva contrapposto alle differenziazioni dell'assolutismo ed elevato a pilastro dell'ordinamento e al cuore anche dell'asilo. Il quale comunque non compare nei suoi diciotto articoli come è assente dalla costituzione del 3 febbraio 1791. Tuttavia la questione è abordata indirettamente dall'Assemblea Nazionale nella seduta del 19 febbraio 1791 e a proposito del tema dell'extradizione e ulteriormente discussa nella seduta del 5 marzo. L'ambasciatore dell'imperatore d'Austria aveva chiesto la restituzione di due impiegati accusati di aver falsificato lettere di credito della Banca di Vienna adducendo la necessità di punire sempre e comunque i crimini contro la società. Si tratta infatti, come sottolinea il deputato Robespierre, di un tema della massima delicatezza che tocca i rapporti tra le nazioni».

³⁴ A tal proposito, in particolare, meritano in queste sede di essere ricordate le iniziative assunte all'indomani della fine della Prima guerra mondiale in seno alla Società delle Nazioni (S.d.N), precursore dell'odierna Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), con le quali venne istituita un'apposita Commissione a tutela dei rifugiati presieduta

adottato a Ginevra nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, ossia la Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951³⁵, poi modificata dal Protocollo di New York del 1967³⁶.

Tale Convenzione nasce in un preciso momento storico, caratterizzato dalla contrapposizione tra i due blocchi politici-militari in cui era diviso il mondo e viene adottata per fare fronte alla necessità di fornire protezione a chi fuggiva dal blocco orientale³⁷.

È per tale motivo che, come sottolinea autorevole dottrina, si spiegano le limitazioni temporali e geografiche a cui risultava sottoposta l'applicazione della Convenzione fino al Protocollo di New York del 1967, con cui si è provveduto alla loro eliminazione³⁸. La Convenzione, infatti, ai sensi dell'art. 1, b), parr. 1 e 2, risultava caratterizzata da due limiti: da un lato, vi era una limitazione a carattere temporale, laddove si prevedeva la sua applicazione solamente ai fatti verificatisi prima del 1° gennaio 1951; dall'altro, salvo diversa decisione dello Stato aderente, una limitazione a carattere geografico, in quanto doveva trattarsi di fatti avvenuti in Europa.

Importanti accordi internazionali in tema sono stati firmati, altresì, nelle realtà a carattere regionale, come, ad esempio, nell'ambito dell'Unione europea, del Consiglio d'Europa e in altre esperienze regionali extra-europee³⁹.

dall'esploratore, scienziato e filantropo Fridtjof NANSEN, da il cui nome derivò la denominazione del c.d. *passaporto Nansen*, con il quale si concedeva il diritto d'abitazione presso lo Stato rilasciante a colui il quale fosse stato riconosciuto il diritto al rilascio. Con la cessazione della S.d.N. e la nascita dell'ONU è stato istituito, l'*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati* (ACNUR o, secondo l'acronimo inglese, UNHCR), che riveste un ruolo di primo piano in tema di protezione dei rifugiati e adempimenti dei relativi obblighi da parte degli Stati. Per la denominazione dei maggiori accordi internazionali stipulati in materia si veda l'elencazione contenuta in F. MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, pp. 56-59.

³⁵ La *United Nations Conventions Relating to the Status of Refugees* firmata a Ginevra nel 1951, è entrata in vigore nel 1954. L'Italia ha ratificato la Convenzione con legge 24 luglio 1954 n.722, in *Gazz. Uff.*, n. 196, 27 agosto 1954.

³⁶ Il Protocollo di New York del 1967 è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 14 febbraio 1970, n. 95 in *Gazz. Uff.*, n. 79, 28 marzo 1970.

³⁷ Per una disamina approfondita della situazione politica e militare dell'epoca si veda, fra gli altri, G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO, *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 453 ss. Per quanto riguarda nello specifico il contesto storico relativo genesi della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951 occorre osservare che nel 1947 la Commissione sui diritti umani delle Nazioni Unite adottò una risoluzione che ribadiva la necessità di disciplinare lo *status* dei rifugiati, a cui seguì, su richiesta del Consiglio economico e sociale al Segretario generale ONU, uno studio sull'apolidia. Lo studio concordò per l'adozione di una apposita Convenzione in materia. A tal fine, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite convocò i plenipotenziari a Ginevra per l'adozione e firma della Convenzione. Sul punto si veda F. GALLO, *Asilo, Protezione internazionale: disposizioni generali (artt. 1 -2 d.lgs. n. 251/2007)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 524 ss.

³⁸ Cfr. S. MARCHISIO, *Articolo 10.3 (Costituzione)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 7. In tal senso pure P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 151 ss. in cui si pone in luce che, gli Stati, così statuendo, evitavano due problemi: da un lato, che trovassero ingresso in Europa cittadini extraeuropei; dall'altro, che la disciplina della Convenzione potesse trovare una applicazione indefinita, anche per fatti che, se pur rientranti nei motivi della persecuzione, si fossero verificati in futuro.

³⁹ Per una disamina approfondita dei numerosi atti internazionali adottati in materia si veda S. MARCHISIO, *Art. 10.3...*, cit, pp. 5-7. In tema, si permetta di rimandare anche, fra gli altri, a V. TELARO, *La disciplina multilivello del diritto d'asilo: tra norma astratta e tutela concreta*, Tesi di Dottorato in Scienze economiche, aziendali e giuridiche (s.s.d. IUS/21), discussa il 25.03.2019 all'Università degli Studi di Enna "Kore" e reperibile presso la Biblioteca nazionale centrale di

Al riconoscimento a livello internazionale si è, inoltre, affiancato quello nei singoli ordinamenti nazionali, ove oggi il diritto d'asilo è divenuto in alcuni Paesi, come ad esempio in Italia, un precetto di natura costituzionale.

5. Il diritto d'asilo come diritto costituzionale dai lavori dell'Assemblea Costituente all'articolo 10, comma 3, della Costituzione

Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana del 1948 è annoverato tra i *Principi fondamentali*, all'art. 10, comma 3.

Rappresenta quel “*diritto per avere diritti*”⁴⁰, tant'è che la dottrina, come abbiamo visto, è stata indotta ad affermare che il diritto d'asilo costituisca il più antico diritto umano della storia, dal quale derivano tutti gli altri⁴¹.

Nella Costituzione italiana, infatti, diviene una delle concretizzazioni di quei diritti inviolabili dell'uomo ove si svolge la sua personalità riconosciuti dalla Repubblica all'art. 2 Cost. e, dunque, «rispecchia l'idea del riconoscimento e della tutela della piena capacità espansiva dell'uomo»⁴².

In seno all'Assemblea Costituente, dei lavori preparatori che portarono all'approvazione dell'odierno art. 10, comma 3, della nostra Costituzione, se ne occupò la I Sottocommissione, trattante, appunto, i lavori riguardanti i *Diritti e doveri dei cittadini*⁴³.

Roma; V. TELARO, *La tutela del rifugiato ambientale nel diritto internazionale*, in S. SPARACIA E F. A. CIMINO (a cura di), *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema ambientale*, Wki, Padova, 2019, p. 173 ss. In tale sede, tra gli atti internazionali in materia di asilo territoriale, appare opportuno ricordare: l'art. 14 della Dichiarazione dei diritti umani del 1948; la dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale del 1967; l'art. XXVII della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo del 1948; l'art. 22 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969; la Dichiarazione di Cartagena de Las Indias sulla protezione dei rifugiati in Centro America del 1984. In ambito europeo, inoltre, come vedremo meglio in seguito, assumono particolare rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Una particolare forma di asilo è, altresì, riconosciuta dai Paesi del Sud America, ossia il c.d. asilo diplomatico, con il quale si permette ai perseguitati di trovare rifugio in una sede diplomatica straniera e ottenere un salvacondotto per lasciare il Paese. L'asilo diplomatico, tuttavia, se pur riconosciuto da alcuni atti internazionali, come dalla Convenzione di Caracas del 1954, non rappresenta una consuetudine internazionale, così come statuito dal Corte internazionale di giustizia (I.C.J., 20 novembre 1950, *Colombian e Peruvian, asylum case*, in *Reports*, 1950, p. 266 ss.). Come sottolineato in dottrina, S. MARCHISO, *Art. 10. 3... cit.*, p. 6, può, però, rappresentare una consuetudine regionale vincolante soltanto per alcuni territori.

⁴⁰ Per maggiori approfondimenti su tale espressione, anche a carattere filosofico, si rimanda a P. BELLOLI, *Fenomenologia del diritto d'asilo Hannah Arendt e il diritto ad avere diritti*, in M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006, p. 125 ss.

⁴¹ A tal proposito A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 532 afferma che «è nell'art. [...] [10] 3° comma che viene alla luce la “filosofia” generale del nostro costituente sui diritti della persona umana».

⁴² Così A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà: il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, p. 105.

⁴³ Nella sua prima seduta avvenuta in data 20 luglio 1946 la Commissione, dopo aver eletto il suo Presidente, i vicepresidenti e i segretari, procedette nei lavori suddividendosi in tre Sottocommissioni: alla I Sottocommissione fu dato l'incarico di occuparsi dei «Diritti e doveri dei cittadini», alla II Sottocommissione, divisa in due Sezioni, di occuparsi rispettivamente dell'«Ordinamento costituzionale della Repubblica» e del «Potere giudiziario», alla III Sottocommissione dei «Diritti e doveri economico-sociali». L'Assemblea tenne 347 sedute che durarono fino al 22 dicembre 1947. Per

L'articolo in questione fu approvato dopo un ampio dibattito e vari emendamenti, dibattito talvolta causato anche dall'assenteismo che caratterizzava la preparazione dei lavori da parte dei membri dell'allora Assemblea Costituente, così come dimostrato, tra l'altro, pure dall'intervento dell'On. Andreotti, nella seduta dell'11 aprile 1947, il quale, in occasione dell'approvazione di uno dei vari emendamenti al testo concernente il diritto d'asilo nella Costituzione italiana, chiese e ottenne di procedere alla votazione per appello nominale⁴⁴.

I lavori furono caratterizzati, come affermato in dottrina, «da quella tensione irrisolta [...] tra la dimensione statale-nazionale della redigenda Carta costituzionale repubblicana [...] e un'evidente sensibilità universalistico-umanitaria»⁴⁵. Da un lato, infatti, furono proposti emendamenti legati a ragioni nazionali politiche o comunque di ordine pubblico; dall'altro, vi era chi proponeva, invece, un ampio riconoscimento del diritto d'asilo alla luce delle difficoltà a cui erano andati incontro i cittadini italiani costretti a chiedere protezione ad altri Paesi durante l'epoca fascista, talvolta vissute in prima persona dagli stessi membri dell'Assemblea Costituente⁴⁶.

In particolare, il testo originario riguardante il diritto d'asilo nel Progetto di Costituzione recitava: «Lo straniero al quale siano negate nel proprio paese le libertà garantite dalla Costituzione italiana ha diritto d' asilo nel territorio italiano».

maggiori dettagli sul punto si veda V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, p. 9 ss.

⁴⁴ In S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. I, Roma, 1970, p. 805 si legge, infatti, che l'On. ANDREOTTI nella seduta dell'11 aprile 1947 riferiva in Assemblea che «Questa mattina ho presentato una richiesta di votazione per appello nominale sull'emendamento dell'onorevole Treves. Analoga richiesta presento ora per la votazione nell'emendamento Ravagnan [...] perché mi pare che sia veramente deplorabile il fatto che numerosi nostri colleghi non sono presenti alle sedute dell'Assemblea. D'altra parte, non mi sembra serio votare articoli della Costituzione, che sono tutti importanti, con la presenza nell'Aula di non più di un quinto dei membri dell'Assemblea Costituente»

⁴⁵ Così M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, p. 11.

⁴⁶ A tal proposito, come riportato da S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione...*, cit., p. 794 ss. nella seduta dell'11 aprile 1947 l'On. TONELLO, in risposta ad un emendamento dell'On. RAVAGNAN che prevedeva l'inserimento di limitazioni con riguardo al riconoscimento del diritto d'asilo in Costituzione, affermava: «Io ebbi la sventura di sopportare oltre venti anni di amaro esilio e so come la libertà concessa agli stranieri nel campo del pensiero non sia che una menzogna, anche se stampata nella Carta costituzionale di un Paese libero. E nella Svizzera, che i miei amici repubblicani hanno il torto di dipingere come la terra promessa della libertà, nella Svizzera questo diritto di asilo non è che una ipocrisia borghese e capitalistica. Erano favoriti tutti i commendatori ladri, tutti gli affaristi, tutti i banchieri falliti; ma i galantuomini, quelli che hanno lottato e che lottano e che soffrono per una idea, erano continuamente tormentati, come continuamente tormentato fu colui che vi parla. Ricordo di essere stato espulso dalla Svizzera per una poesia scritta prima dell'assassinio di Dolfuss e riguardante il passato Pontefice. Dissero che avevo offeso dei capi di Stato, cosicché doveti fare il mio fardello e continuare il mio calvario in altra terra. Mi recai in Francia, e vidi che anche lì era problematico il diritto di asilo, benché il trinomio di libertà, fratellanza ed eguaglianza fosse sulla bocca di tutti. La verità è che quando un povero operaio, un cittadino straniero, capitava sotto le grinfie della polizia era perseguitato senza pietà. Ed allora, dobbiamo proprio noi mettere delle limitazioni a questo riguardo nella nostra Costituzione? Dobbiamo noi proprio inserire nella Costituzione queste restrizioni di libertà al diritto di asilo? Io credo di no. Io non mi sento di approvarle».

Con riferimento a tale enunciato furono avanzate diverse preoccupazioni da parte della compagine assembleare, espresse in particolar modo: dall'On. Mastrojanni, nella seduta del 5 marzo 1947, il quale chiese che fosse previsto il dovere dello straniero di conformazione «agli ordinamenti dello Stato italiano», in quanto «Ciò non avrebbe menomamente diminuito la larghezza della nostra incondizionata ospitalità, ma ci avrebbe consentito di garantirci da interferenze o da situazioni che potrebbero risolversi in dannose conseguenze per la compagine della comunità italiana»⁴⁷; dall'On. Tieri, nella seduta del 26 marzo 1947, il quale sottolineò l'intrinseca contraddittorietà dell'intero testo del Progetto di Costituzione, dimostrata anche in merito al diritto d'asilo, poiché si proteggeva più lo straniero rispetto al cittadino italiano⁴⁸; e, infine, dall'On. Cavallari e dall'On. Nobile, nella seduta del 27 marzo 1947, i quali, rispettivamente, espressero preoccupazioni in ordine al pericolo che si riconoscesse, così come formulato il testo, il diritto d'asilo anche ai franchisti spagnoli e alla possibilità dell'Italia, Paese economicamente disagiato, di garantire l'asilo in modo così ampio. Chiesero, di conseguenza, la sottoposizione alle quote massime di ingresso previste dalle leggi sull'immigrazione⁴⁹.

Non mancarono, però, posizioni di favore, come già detto, ove sostanzialmente si affermava che in tale modo l'Italia si sarebbe contraddistinta nella lista dei Paesi liberi e civili⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. S. M. CICONETTI, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione*, cit., p. 186.

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 666 ss. ove nello specifico con riguardo all'intervento dell'On. TIERI si legge «Signor Presidente, onorevoli colleghi, ciascun articolo di questo primo titolo della prima parte del progetto di Costituzione ha in comune con quasi tutte le altre parti del progetto il pregio di incominciare bene e il difetto di terminare male: *desinit in piscem*. [...] con le limitazioni, contraddizioni e incongruenze che si trovano in ogni articolo e fra articolo e articolo del titolo primo, si prepara non già il Governo del popolo, cioè la democrazia, sibbene il Governo contro il popolo, vale a dire un Governo che nemmeno l'arbitraria terminologia del visconte di Cormenin, inventore dello strano vocabolo «governocrazia», riuscirebbe in qualche modo a battezzare. Sull'articolo [...], che riguarda la condizione giuridica dello straniero, il suo diritto d'asilo nel territorio italiano, la inammissibilità della sua estrazione per reati politici, si potrebbe, in linea di massima, essere tutti d'accordo. Peggio, moralmente parlando, peggio per quei paesi che non accordassero una completa reciprocità. Oltre tutto, l'ospite è sacro, anche quando si tratti di ospite volontario, non sollecitato dalla nostra ospitalità. Ma pensate per un momento agli innumerevoli e singolari privilegi che sono conferiti generalmente a un uomo per il solo fatto di esser egli uno straniero. Si direbbe che la qualità di straniero sia cosa tanto alta da permettere a chi la possiede, per il solo fatto che la possiede, anche quello che non è consentito ai più probi, ai più meritevoli, ai più illustri nati nel paese. Non basta, dunque, la enorme facilità con cui si distribuiscono fra stranieri quelle stesse onorificenze che spesso e crudelmente si negano a tanti ingenui, seppure avidi, connazionali? Osservazioni non dissimili da quelle accennate per i primi articoli del titolo in discussione si possono fare per gli articoli 12 e 13, quelli, cioè, dedicati al diritto di riunione e di associazione. La facoltà del potere esecutivo di limitarlo o contestarlo non ha nemmeno, nella espressione adottata, il corrispettivo di una qualsiasi facoltà del cittadino di reclamare contro gli eventuali capricci o abusi delle autorità costituite, e soprattutto di reclamare rapidamente e di rapidamente ottenere giustizia. In un tempo come il nostro, in cui l'attivismo politico è esercitato in larga misura e per varie ragioni anche da esponenti e agenti del potere esecutivo, non si vede come il cittadino possa essere protetto contro il pericolo, tutt'altro che improbabile, delle prepotenze e delle soperchierie di parte».

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 707 ss. con riguardo all'On. CAVALLARI e p. 716 ss. con riguardo all'intervento dell'On. NOBILE.

⁵⁰ In tal senso si vedano le posizioni riportate sempre in S. M. CICONETTI, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione...*, cit., dell'On. CARBONE nella seduta del 26 marzo 1947 a p. 680, degli On. DI GLORIA e LEONE nella seduta del 27 marzo 1947 rispettivamente a p. 697 e 700 e, infine, dell'On. MASTINO nella seduta del 27 marzo in risposta dell'intervento di sfavore dell'On. CAVALLARI a p. 712.

I vari emendamenti furono poi discussi specificamente nella seduta dell'11 aprile 1947, giorno in cui fu approvato definitivamente il testo relativo al riconoscimento del diritto d'asilo previsto nella vigente Costituzione italiana.

Gli emendamenti maggiormente discussi facevano riferimento, innanzitutto, a quello avanzato dagli Onorevoli Ravagnan, Laconi e Grieco, i quali proposero di prevedere nel testo della Costituzione «Lo straniero perseguitato per aver difeso i diritti della libertà e del lavoro ha diritto d'asilo nel territorio italiano», così da dare maggiore concretezza al diritto, escludendo i perseguitati politici e fuggitivi dalle cadute o vigenti dittature europee, i quali avevano agito in contrasto con i dettami della emanante Costituzione⁵¹; nonché a quello proposto, anche sulla base del “*benelacito*” del Presidente della I Sottocommissione On. Tupini⁵², dagli Onorevoli Treves, Bulloni e Cappi, con il quale fu sostenuto il riconoscimento del diritto d'asilo allo straniero a cui fosse impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Ciò al fine di evitare che, la mera previsione negli ordinamenti degli altri Paesi di libertà simili a quelle previste nella Costituzione italiana, senza la presenza di un'effettiva possibilità di esercizio, potesse portare ad un rigetto della richiesta d'asilo⁵³.

Al termine del dibattito e delle relative votazioni prevalse quest'ultima posizione, rimandando, però, a una riserva di legge la disciplina di alcuni aspetti. Fu approvato, così, l'odierno testo dell'art. 10, comma 3, della Costituzione italiana, in cui è affermato che «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».

All'art. 10, comma 3, della Costituzione, dunque, viene riconosciuto nell'ordinamento italiano un “*diritto soggettivo*” d'asilo, con il quale colui che si trovi impedito nell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche

⁵¹ Cfr. *Ivi.*, pp. 792-793 in cui con riferimento all'intervento dell'On. RAVAGNAN si legge «Onorevoli colleghi, noi abbiamo presentato questo emendamento perché riteniamo che esso corrisponda ad una esigenza di chiarezza del testo costituzionale. Anzitutto noi pensiamo che non vi è dubbio che la Costituzione che si va elaborando sia una Costituzione antifascista. [...] Riteniamo tuttavia che questo concetto sia troppo generico, sia troppo poco concreto e la formula che proponiamo vale appunto a dare a questo concetto una concretezza e una precisione maggiore. Per dare un esempio: si usa dire oggi in Italia che noi abbiamo dei detenuti politici. Ora, i detenuti politici che abbiamo oggi in Italia sono di natura tutt'affatto opposta di quelli che esistevano prima della caduta del fascismo. E se ci si presenta alle frontiere un individuo che dice di essere perseguitato politico, e lo è della stessa natura di quelli che sono in carcere in Italia, come possiamo permettere che egli abbia diritto di asilo?».

⁵² Cfr. *Ivi.*, p. 799 in cui l'On. TUPINI, prima di esprimere il suo parere favorevole in ordine all'emendamento espresso e definito meglio poi dagli Onorevoli TRAVES, BULLONI E CAPPI, affermava con riguardo all'emendamento Onorevoli RAVAGNAN, LACONI e GRIECO che «Nel merito faccio osservare che, quando il nostro testo dice che è garantito il diritto di asilo a coloro ai quali siano negate nel proprio Paese le libertà garantite dalla Costituzione italiana in questa dizione sono comprese tutte le libertà presso di noi garantite e, quindi, anche il diritto del lavoro e della libertà sindacale. Se precisiamo in modo particolare la libertà del lavoro, corriamo il rischio che questa distinzione escluda altri diritti che non siano quelli specifici del lavoro».

⁵³ La posizione fu espressa molto chiaramente dall'On. CAPPI che dichiarò «si tratta di sostituire ad un criterio astratto un criterio concreto, perché è difficile oggi che in un Paese di una certa civiltà si neghino espressamente nella Costituzione alcune libertà civili o politiche. una Costituzione, ma purtroppo non è difficile che di fatto l'esercizio di quelle libertà sia limitato» reperibile *Ivi.*, p. 798.

garantite dalla Costituzione italiana» diviene titolare di una posizione giuridica attiva e, dunque, soggetto di diritto⁵⁴.

A differenza che negli accordi internazionali, l'individuo richiedente asilo non è, dunque, “oggetto” dei rapporti tra gli Stati, ma “soggetto” di diritto, grazie alla previsione costituzionale *de qua*⁵⁵.

Il diritto d'asilo, dunque, nella Costituzione italiana acquista un valore più ampio rispetto a quello garantito nella Convenzione di Ginevra del 1951, in quanto, oltre ad elevarsi a diritti soggettivo, tutela tutte le libertà democratiche previste dalla Costituzione e non soltanto i motivi tassativamente fissati nella predetta Convenzione⁵⁶.

L'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, infatti, riconosce protezione solo a colui il quale «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Stato»⁵⁷. Disposizione che viene poi ribadita dall'art. 33 della Convenzione che prevede il c.d. principio di *non refoulement*, espressione, come è noto, del divieto di respingere alla frontiera il richiedente protezione in

⁵⁴ In dottrina per la tesi del diritto d'asilo come diritto soggettivo perfetto cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 45 ss.; P. BONETTI, *Articolo 10*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Cedam, Padova, 2018, p. 80; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, p. 50; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, p. 222 ss.; F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 75. In tema si veda pure M. MIELE, *La protezione internazionale diretta del diritto di asilo politico dell'individuo*, in *Revista española de derecho internacional*, 1968, p. 515 ss.; G. STROZZI, *Rifugiati e asilo territoriale*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 821.

⁵⁵ Cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 15 ss. Per quanto concerne, inoltre, la titolarità soggettiva del diritto d'asilo, si ritiene che questa spetta sia agli stranieri (intesi come cittadini di un altro Stato) sia agli apolidi, sulla base della disposizione di cui all'art. 22 Cost., ai sensi della quale «Nessuno può essere privato per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome». In tal senso F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico...*, cit., p. 75. In tema pure R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Nov. Dig. It.*, Utet, Padova, 1957, p. 314 ss.

⁵⁶ In tal senso in dottrina si veda F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico...*, cit., pp. 75-76; E.A. IMPARATO, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, in *Osservatorio AIC*, novembre 2014, p. 6; C. SAGONE, *Territorio e ordinamento costituzionale. Antiche Suggestioni e nuovi scenari*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 119. In tal senso anche Corte cost. sent. n. 194, 20 giugno-24 luglio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 31, 31 luglio 2019. In giurisprudenza si veda Trib. di Roma, 13 febbraio 1997 in *Giustizia Civile Massimario*, 1998, n. 283; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 531, 18 dicembre 1991, in *Massimario redazionale Giuffrè*, 1992; Cass., Sez. I, n. 18353, 23 agosto, 2006, in *Giustizia Civile Massimario*, 2006, p. 8 ss.; Cass., Sez. I, n. 18549, 25 agosto, 2006, in *Giustizia Civile Massimario*, 2006, p. 7 ss.

⁵⁷ A tal proposito, in tema di rifugiati in base alla Convenzione di Ginevra S. MARCHISIO, *Art. 10.3...*, cit., scrive: «Una volta riconosciuto lo status di rifugiato ad una persona, questa viene a godere nello Stato territoriale di uno standard minimo di trattamento, che gli Stati contraenti sono tenuti a garantire nei rispettivi ordinamenti interni. In particolare, c'è l'obbligo di applicare la Convenzione senza discriminazioni, garantire al rifugiato taluni diritti e, nel quadro delle attività lavorative, accordargli il trattamento più favorevole concesso al cittadino straniero. È previsto inoltre che il rifugiato possa usufruire di alloggi, assistenza pubblica, e assicurazioni sociali, nonché di godere della libertà di circolazione all'interno del paese in cui ha la residenza e al di fuori di tale territorio».

assenza di un previo esame della domanda⁵⁸. In alternativa, lo Stato può inviarlo presso un Paese ritenuto sicuro⁵⁹.

A tal proposito, è bene notare che la Convenzione di Ginevra non riconosce il diritto d'asilo come diritto soggettivo dell'individuo, ma il diverso obbligo di protezione nei confronti delle persone che si trovano nelle predette situazioni, che non possono essere espulse o respinte «verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» (art. 33). Tale obbligo, inoltre, è posto a garanzia sia nei confronti di chi già si trovi nel territorio dello Stato sia di chi si trovi alla frontiera per avanzare richiesta di asilo.

Ciò non significa, però, che il diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3, della Costituzione sia applicabile al diverso problema, che sarà approfondito in seguito, degli esodi di massa di migranti che fuggono da situazioni di guerra.

La disposizione di cui all'art. 10, comma 3, Cost., infatti, è possibile applicarla soltanto a situazioni individuali per almeno due ragioni: da un lato, la disposizione, facendo leva sulla sua interpretazione letterale, si riferisce espressamente al «lo straniero», a dimostrazione della volontà del legislatore costituente di riferirsi a singole questioni individuali; dall'altro, l'intero dibattito intorno alla norma, sia in seno alla Assemblea costituente, che, come vedremo, in seguito in dottrina e in giurisprudenza, ha riguardato la protezione del singolo individuo in difficoltà.

Lo stesso sembra potersi dire per la Convenzione di Ginevra, pensata, come già detto, per fare fronte alle esigenze di protezione individuali, tenuto conto anche del contesto storico in cui viene adottata, ma la questione sarà meglio approfondita nel prosieguo della trattazione⁶⁰.

Ciò detto, è opportuno osservare che di rilievo appare nel testo dell'art. 10, comma 3, oltre ai termini «impedito» e «effettivo» - posti in luogo del «negate» previsto nel Progetto di Costituzione, e inseriti in ragione, come abbiamo sopra visto, delle considerazioni e della conseguente proposta di emendamento degli Onorevoli Treves, Bulloni e Cappi - il termine «democratiche», con il quale si è dato voce a quelle

⁵⁸ Sul punto per una disamina approfondita del principio si veda F. LENZERINI, *Asilo...*, cit., p. 336 ss. Si vedano pure F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012, p. 43 ss.; F. MORRONE, *L'asilo...*, cit., p. 31 ss.; G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo...*, cit., p. 162 ss.;

⁵⁹ A tal proposito F. CHERUBINI, *L'asilo...*, cit., p. 82 scrive «La prassi degli Stati [...] opera in tre contesti, a seconda del fine che la designazione del paese sicuro persegue; si parla del c.d. *burden sharing* quando l'individuazione dello Stato sicuro è volta a “distribuire” fra i membri di un accordo (tramite norme contenute nell'accordo stesso o in atti da esso derivati) la competenza ad esaminare la domanda di asilo, per cui il richiedente viene allontanato verso il paese individuato in base a detti criteri; si parla, invece, in senso più stretto, del c.d. *safe third country* laddove gli Stati fissano unilateralmente le condizioni di presenza delle quali il richiedente viene allontanato verso il paese con il quale egli ha collegamento più forte, sempre che detto paese gli offra una protezione analoga a quello nel quale egli ha fatto domanda; si parla, infine, del c.d. *safe country of origin* ove gli Stati predeterminano un elenco di paesi di origine nei quali il richiedente non ha timore di subire alcuna persecuzione e, dunque, verso cui egli può essere allontanato».

⁶⁰ Cfr. *infra*, § 7.

preoccupazioni sollevate nei lavori preparatori in ordine al riconoscimento di un diritto d'asilo a stranieri immeritevoli di protezione, in quanto colpevoli di gravi delitti, soprattutto di natura politica, nei Paesi di provenienza, compiuti in contrasto con i principi sanciti nella Costituzione della Repubblica italiana⁶¹.

È superata, altresì, la condizione di reciprocità al quale sono sottoposti i diritti civili allo straniero, di cui all'art. 16, *disp. prel.* al Codice civile, e che ancora oggi risulta in vigore, se pur in una forma attenuata, stante il valore di legge ordinaria della predetta disposizione preliminare. Norma che, dunque, cede, in base al criterio gerarchico, di fronte a diritti fondamentali, come nel caso del diritto d'asilo, sanciti direttamente in Costituzione e non sottoposti a reciprocità.

La condizione di reciprocità cede, inoltre, di fronte ai diritti umani riconosciuti in numerosi accordi internazionali, sia con riguardo a quelli che assumono valore di norme interposte tra la Costituzione e le leggi ed atti ad essa equiparati, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., che con riferimento a quelli garantiti nell'ambito dell'Unione europea dal primato sulle fonti nazionali *ex art.* 11 Cost.

6. Il diritto d'asilo costituzionale: l'irrisolta questione della natura precettiva o programmatica della norma

Uno dei maggiori problemi che ha riguardato e riguarda ancora oggi, seppur il dibattito sembri ridimensionato, la disposizione costituzionale sul diritto d'asilo, è quello concernente la sua qualificazione come norma precettiva o come norma programmatica, preso atto della presenza della riserva di legge prevista nel testo.

La nostra Costituzione, infatti, come è noto, così come sottolineato anche all'indomani della sua entrata in vigore dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶² e dalla Corte Costituzionale fin dalla sua prima pronuncia⁶³, presenta sia norme precettive, soggette ad immediata applicazione, che norme programmatiche, in quanto hanno per destinatario non solo i soggetti di diritto, ma anche il legislatore italiano, il quale deve intervenire per darne concreta attuazione.

⁶¹ In tema P. BONETTI, *Articolo 10...*, *cit.*, pp. 80-81; ID, *Il diritto d'asilo. Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 2007, p. 1140 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero...*, *cit.*, p. 82 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, p. 219.

⁶² Cass., S.U., n. 57, 7 febbraio 1948, in *Il Foro italiano*, II, 1948, p. 57 ss. in cui si legge «Il quesito se la Costituzione contenga, per sua natura, soltanto norme direttive va risolto negativamente. Giacché la Costituzione è un complesso di norme giuridiche, che sono principalmente precettive, ma che possono essere soltanto direttive o programmatiche, in quanto hanno per destinatario, oltre che i soggetti di diritto, anche il futuro legislatore ordinario, di fronte al quale la norma giuridica costituzionale è posta in un grado gerarchico più elevato».

⁶³ Corte Cost., sent. n. 1, 23- aprile-5 giugno 1956, in *Gazz. Uff.*, n. 146, 14 giugno 1956 in cui i Giudici della Consulta evidenziano che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche»

Il problema di cui all'art. 10, comma 3, Cost. ha riguardato soprattutto il dibattito giurisprudenziale fino ai primi anni del Duemila, preso atto dell'assenza di una normativa di attuazione del disposto costituzionale.

Il contrasto che era scaturito, infatti, sembrava essersi attenuato in seguito all'entrata in vigore del d. lgs. 27 novembre 2007, n. 251⁶⁴, emanato sulla spinta del diritto europeo, grazie al quale la giurisprudenza ha riconosciuto la compiuta attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost⁶⁵.

Con tale decreto era stata prevista una tutela del bisognoso di protezione anche nel caso in cui «ricorr[essero] seri motivi [...] di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - TUI)⁶⁶.

Si trattava dei c.d. permessi umanitari, riconosciuti a chi non soddisfacesse le condizioni più stringenti richieste per altre tipologie di protezione, come quella, ad esempio, di rifugiato, identificato secondo i requisiti di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951.

Il dibattito, tuttavia, è divenuto nuovamente attuale, in seguito all'emanazione del decreto legge 04 ottobre 2018, n. 113⁶⁷ che ha eliminato tali permessi umanitari⁶⁸.

Occorre osservare, però, che di recente sul punto è intervenuto il legislatore, il quale nell'intenzione di attenuare la portata della predetta modifica, con il decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130⁶⁹, ha fatto salvi «il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (nuovo art. 5, comma 6, TUI).

⁶⁴ D. lgs. 27 novembre 2007, n. 251, *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in *Gazz. Uff.*, n. 3, 04 gennaio 2018.

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, n. 10686, 26 giugno 2012, in *Giustizia Civile Massimario*, 2012, p. 848 ss; Cass., S.U., n. 32044, 09 ottobre 2018, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 12 dicembre. Nello stesso senso sempre con riguardo alla giurisprudenza di legittimità Cass., Sez. VI, n. 16362, 4 agosto 2016, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016 in cui si afferma «Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, ed all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, cosicché non v'è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3, Cost.». Con riguardo alla giurisprudenza di merito, si vedano Corte d'App. di Milano, n. 3479, 24 luglio 2017; Tribunale di Lecce, 24 aprile 2018 e Tribunale di Genova 11 luglio 2016.

⁶⁶ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello Straniero*, in *Gazz. Uff.*, n. 191 del 18 agosto 1998.

⁶⁷ D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con l. del 1° dicembre 2018, n. 132, recante: «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*», in *Gazz. Uff.* n. 281 del 3 dicembre 2018.

⁶⁸ In tema si veda M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze a carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, p. 1 ss.; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. 'decreto sicurezza')*, in *Federalismi*, 22, 21 novembre 2018.

⁶⁹ D.l. 21 ottobre 2020, n. 130 convertito con mod. con l. 18 dicembre 2020, n. 173, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in *Gazz. Uff.*, n. 314, 19 dicembre 2020.

Ciò posto, entrando nel merito della questione, in dottrina e giurisprudenza si rinviene: da un lato, chi ha sostenuto la natura meramente programmatica della norma, in quanto il legislatore costituente aveva voluto prevedere una riserva di legge in materia che specificasse i motivi per garantire l'asilo e i contenuti; dall'altro, chi ha sostenuto la natura precettiva della disposizione, interpretando la previsione della riserva di legge come la *voluntas* dei membri dell'Assemblea Costituente di disciplinare soltanto le procedure di riconoscimento di un diritto già perfetto nei suoi contenuti⁷⁰.

Accanto a questi due orientamenti, si colloca, inoltre, una posizione intermedia della giurisprudenza che ha accolto la tesi della parziale natura precettiva dell'art. 10, comma 3. Cost., poiché in tale norma ha riconosciuto la base legale che permette l'accesso dello straniero nel territorio della Repubblica, affinché possa successivamente essere esaminata la domanda d'asilo alla luce del diritto internazionale. In assenza di una legge di attuazione, però, non risulta possibile l'applicazione del disposto costituzionale che, come abbiamo già visto, è più ampio rispetto a quanto previsto nel diritto internazionale.

La natura programmatica della norma è stata sostenuta soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa, da quella più risalente fino ai primi anni del Duemila⁷¹, e da una parte della dottrina⁷². Hanno osservato,

⁷⁰ Sul dibattito in ordine al contenuto della legge che dovrebbe emanarsi sulla base della riserva *ex* art. 10, comma 3, Cost. si veda più approfonditamente M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 135 ss., il quale a p. 138 ss. scrive «essendo il diritto di asilo costituzionalmente in ordine alle qualità soggettive e oggettive richieste agli stranieri che intendono beneficiarne, l'eventuale pretesa del legislatore di stabilirne di ulteriori condurrebbe, dunque, in pratica, ad inficiare quanto stabilito nella disposizione costituzionale in esame. In tal senso pure P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 116 ss.

⁷¹ Cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 208, 27 febbraio 1952, in *Il Foro italiano*, III, 1952, p. 107 ss.; TAR Lazio, Sez. I, n. 442, 15 marzo 1993, in *I tribunali amministrativi regionali*, 1992, I, p. 1738 ss.; TAR Lazio, Sez. I, n. 1620, 27 ottobre 1997, *Ivi*, 1997, I, p. 3852 ss.; TAR Piemonte Sez. II, n. 109, 25 gennaio 2003, in *Ivi*, 2003, I, p. 1105 ss. Tra le più recenti in tal senso si veda Cons. St., Sez. IV, n. 5919, 29 ottobre 2002, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 2002, p. 2390 ss. in cui si afferma «Il comma 3 dell'art. 10 cost., nel prevedere il diritto d'asilo per lo straniero al quale sia impedito, nel suo paese, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione, ha fatto esplicito rinvio alle condizioni stabilite dalla legge. È quindi attraverso le norme della legge ordinaria che vanno considerate le situazioni soggettive degli interessati, disciplinate nell'ordinamento italiano con l. 28 febbraio 1990 n. 39 e questa, nell'accordare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, lo ha esplicitamente subordinato a precise condizioni, la cui ricorrenza va di volta in volta accertata attraverso indagini che implicano indubbiamente valutazioni di natura discrezionale. Deve perciò escludersi che lo straniero possa vantare, nel nostro ordinamento, situazioni soggettive di diritto che gli derivino direttamente dalla Costituzione» e Cons. St., Sez. IV, n. 3864, 11 luglio 2002, *Ivi*, 2002, p. 1651 ss. ove, in risposta a quanto sostenuto dall'amministrazione del Ministero dell'Interno circa la natura programmatica della disposizione costituzionale, i Giudici di Palazzo Spada affermano che «Siffatta interpretazione non può ritenersi in contrasto con i principi di cui all'art. 10, terzo comma, della Costituzione, atteso che la sua natura programmatica (che non può validamente essere contestata, né lo è stata) consente al legislatore nazionale di dettare le condizioni ed i limiti del riconoscimento del diritto di asilo che, comunque, deve essere temperato con interessi di indiscusso rilievo costituzionale come quelli dell'ordine pubblico della sicurezza nazionale ed altri». Nello stesso senso anche Cons. St., Sez. IV, n. 2366, 24 giugno 2002, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 955 ss.

⁷² In dottrina in tal senso P. BISCARETTI DI RUFFA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1989, p. 838; G. BISCOTTINI, *Rifugiati*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 900 ss.; M. GRAMOLA, *La tutela giurisdizionale del diritto d'asilo e il riconoscimento dello status di rifugiato*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, p. 257; M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 32 ss.; A. MARESCA, *Immigrazione*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1962, p. 186; B. LIMA, *I diritti umani. Asilo e rifugio*, Controcorrente, Napoli, 2000, p. 173; ID, *Normativa italiana e internazionale in tema d'asilo e rifugio*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, IV, 2000, p. 96 ss.; A. SINAGRA, *Nota alla sentenza Oçalan c. Presidenza del*

infatti, che, in mancanza di una legge di attuazione dell'art. 10, comma 3 e insistendo sulla previsione nel testo della norma della locuzione «secondo le condizioni stabilite dalla legge», non è possibile riconoscere un diritto d'asilo come una situazione giuridica soggettiva direttamente discendente dalla Costituzione.

Il diritto d'asilo, quindi, in assenza di una legge che individuasse in modo puntuale le libertà democratiche il cui impedimento avrebbe permesso il suo riconoscimento, andava garantito soltanto così come tutelato a livello internazionale e, in particolare, dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

Di diverso avviso, invece, fin dalla remota Sentenza della Corte di Appello di Milano del 27 novembre del 1964⁷³, è stata la giurisprudenza ordinaria maggioritaria sia di legittimità che di merito, che ha affermato la natura precettiva della norma⁷⁴ - o, comunque, ha assunto quella posizione intermedia sopra esposta⁷⁵ - in quanto il ritardo del legislatore nel dare attuazione alla norma non può costituire un ostacolo al riconoscimento del diritto d'asilo costituzionalmente garantito e che costituisce un diritto soggettivo dell'individuo con una tutela più ampia rispetto a quella internazionalmente prevista *in primis* dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Interno, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 3, 1999, p. 187; R. SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 100 ss.; G. TAMBURRO, *Il «diritto d'asilo» nel nuovo diritto pubblico*, in *Rivista di Polizia*, 1950, p. 262 ss.; P. VIRGA, *Il diritto di soggiorno degli stranieri*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema della Cassazione. Sezioni civili*, II, 1952, p. 1606.

⁷³ Corte d'App. di Milano, 27 novembre 1964, in *Il Foro italiano*, II, 1965, p. 129 ss.

⁷⁴ Cass., S.U., n. 4674, 26 maggio 1997; Cass., S.U., n. 907, del 17 dicembre 1999; Cass., n. 1714 Sez. I, 7 febbraio 2001; Cass., Sez. I, n. 8067, 4 giugno 2002; Cass., Sez. I, n. 8423, del 4 maggio 2004; Cass., Sez. I, n. 11441, 18 giugno 2004; Trib. di Roma, 1° ottobre 1999, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, I, p. 203 ss.; Trib. di Roma, 3 giugno 2003, *ivi*, 2003, II, 2065; Cass, n. 4674, 13 gennaio 1997, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 843 ss.; Cass, n. 5055, 9 aprile 2002, *Ivi*, 2002, p. 797 ss.; Trib. di Catania, 15 dicembre 2004, in *Il Foro italiano*, 2005, I, p. 1119 ss.; Trib. di Potenza, 6 giugno 2016, in *Redazione Giuffrè*, 2016. In senso contrario: Trib. di Roma, 13 febbraio 1997, in *Il Foro italiano*, 1997, I, 1257; Corte d'App. di Firenze, 13 aprile 2004, in *Il Foro italiano*, 2005, I, 244.

⁷⁵ In tal senso si vedano Corte d'App. di Roma, Sez. I, n. 964, 7 marzo 2001; Cass. Sez. I, n. 18549, 25 agosto 2006, in *Giustizia Civile Massimario* 2006, p. 7 ss. e per tutte Cass. Sez. I, n. 8940, 1° settembre 2006, in *Giustizia Civile Massimario*, 2007, p. 619 ss. ove si legge «Non si dubita, né da parte della dottrina, né da parte della giurisprudenza che la norma costituzionale attribuisce allo straniero direttamente il diritto soggettivo all'asilo, ed ha carattere precettivo operando perciò in via immediata, dal momento che, seppur necessiti della norma di attuazione, contiene tuttavia disciplina completa e precisa circa la delimitazione dei poteri della legge siccome ne individua con precisione il presupposto, lo delinea nel suo contenuto che determina nella pretesa all'ingresso ed al soggiorno nel nostro territorio, da intendersi però solo a titolo provvisorio, nella more dell'accertamento circa le condizioni per il suo riconoscimento. Il riferimento alla legge di attuazione configura la volontà del costituente di affidare solo al legislatore ordinario la disciplina attuativa, evitando così una delega al potere discrezionale di altra autorità, tesa a specificare requisiti e modalità del godimento del diritto e dei criteri di accertamento entro una latitudine che non può circoscriverne la sfera costituzionale. Questa legge non è stata emanata, e per l'effetto il diritto di asilo è esercitabile ma nell'ambito del quadro normativo esistente che è rappresentato dalla legislazione sui rifugiati che opera come punto di riferimento, in armonia col quadro internazionale che, come si è rilevato accomuna le nozioni di asilante e di rifugiato, a cominciare dalle condizioni di ammissione alla frontiera, alla procedura per il visto d'ingresso e di soggiorno, e per il rilascio del permesso provvisorio in attesa che si accertino i requisiti per il riconoscimento del relativo status, ed al divieto di espulsione nelle more. Se ne deduce per logico corollario che il diritto di asilo, la cui connotazione di diritto soggettivo non è assolutamente posta in discussione [...] deve intendersi come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato».

Tale orientamento è stato, altresì, accolto dalla dottrina maggioritaria, che, nel riconoscere il nuovo spirito di garanzia dei diritti umani espresso nella Costituzione italiana, ha optato per la natura precettiva, almeno per alcuni aspetti, del disposto costituzionale⁷⁶.

I sostenitori del suddetto orientamento, infatti, hanno talvolta criticato la giurisprudenza amministrativa più risalente che ha sostenuto la natura programmatica della norma, poiché nelle pronunce al riguardo sembra intravedersi quella «prospettiva storico-costituzionale [...] di un'alta magistratura cresciuta secondo dettami di un autoritarismo tardoliberalo, inidoneo a dar vita e voce al nuovo assetto democratico e repubblicano»⁷⁷.

Di recente, tuttavia, anche la giurisprudenza amministrativa ha mutato orientamento, sposando le considerazioni espresse da tempo dalla giurisprudenza ordinaria maggioritaria e riconoscendo, dunque, la natura precettiva della norma, nonché la giurisdizione del giudice ordinario⁷⁸.

6.1. Le nuove possibili soluzioni nella prospettiva multilivello dell'integrazione tra le fonti

Dopo aver esaminato i termini del dibattito in ordine alla natura precettiva o programmatica della norma di cui all'art. 10, comma 3, Cost., occorre osservare come la questione sembri trovare nuove possibilità di soluzione rivolgendo l'attenzione al sistema multilivello di integrazione tra le fonti nazionali e sovranazionali.

⁷⁶ Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1966, p. 116 ss.; ID, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, p. 58 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 35 ss.; ID, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, p. 3 ss.; E. BERNARDI, *Asilo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet giuridica, Torino, 1987, Vol. I, p. 427 ss.; A. CALIGIURI, *Art. 10, comma 3*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet giuridica, Torino, 2006, p. 254; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 99; F. CARRONE, *L'espulsione dello straniero tra normativa internazionale e progetti di riforma*, in *Studi senesi*, 1987, p. 457; A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 534; L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto d'asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2004, p. 25 ss.; C. CONETTI, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati e apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1975, p. 983; V. CRISAFULLI, *Il tema di incolato dell'apolide*, in *Il Foro amministrativo*, 1957, p. 10 ss.; O. DOMINIONI, *Immunità, extraterritorialità e asilo nel diritto penale internazionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 413 ss.; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 224; F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico...*, cit., p. 75; A. C. JEMOLO, *L'espulsione dello straniero*, in *Foro italiano*, III, 1952, p. 108 ss.; F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo...*, cit., p. 177 ss.; B. NASCIMBENE, *Cittadinanza, apolidia e condizione giuridica dello straniero*, in *Comunicazioni e studi*, 1980, p. 482 ss.; ID, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Rivista AIC*, 16 ottobre 2009, p. 1 ss.; M. PIRANGELINI, *L'asilo politico*, in *Affari sociali internazionali*, 1986, n. 3, p. 88 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, in *Politica del diritto*, XXXV, 1, 2004, p. 158 ss.; M. UDINA, *L'asilo politico territoriale nel diritto internazionale e secondo la Costituzione italiana*, in *Diritto internazionale*, 1967, I, p. 269 ss.; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 100 ss.

⁷⁷ Così M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 33.

⁷⁸ Cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 149, 6 marzo 1995; Cons. St., Sez. IV, n. 405, 10 marzo 1998; Cons. St., sez. IV, n. 291, 18 marzo 1999; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 15, 23 gennaio 1992; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 91, 19 febbraio 1992; TAR Calabria, n. 276, 12 marzo 1998, in *Il Foro amministrativo Tar*, 1998, p. 3296 ss.; Cons. St., Sez. VI, n. 3835, 19 luglio 2005, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 2005, p. 2278 ss.; Cons. St., Sez. VI, n. 2593, 22 maggio 2007, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 2007, p. 1581 ss.

Ciò posto, procedendo nel merito della questione, in particolare, in dottrina è stato sostenuto che, qualunque sia la soluzione corretta da accogliere, «il generale riconoscimento di una norma internazionale di garanzia dei diritti fondamentali [...] [ossia] la tendenziale generalizzazione o universalizzazione dei diritti umani» - tant'è che alcuni di questi hanno acquistato valore di diritto internazionale generale- fa sì che il costituzionalista si chieda «se possa utilizzarsi [...] [a prescindere dall'attuazione dell'art. 10, comma 3, Cost.] il primo comma dello stesso art. 10 Cost., secondo il quale [...] l'ordinamento giuridico italiano (automaticamente) si conforma [alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute]»⁷⁹.

In altri termini, tale dottrina si è chiesta - rispondendo poi al quesito positivamente- se, anche in assenza di una legge attuativa dell'art. 10, comma 3, Cost., la tutela dei diritti umani sanciti negli accordi internazionali che abbiano acquisito col tempo valore di norme generali, possa comportare nell'ordinamento costituzionale italiano un riconoscimento del diritto d'asilo qualora sia impedito l'esercizio dei diritti fondamentali consuetudinari, sulla base del solo disposto di cui all'art. 10, comma 1, della Costituzione.

A noi pare che il suddetto orientamento dottrinale debba essere accolto.

Il diritto internazionale generale, infatti, non è solo frutto di quelle norme *ab origine* nate da un comportamento ripetuto costantemente nel tempo (c.d. *diuturnitas*), con la convinzione che sia giuridicamente obbligatorio (*opinio iuris ac necessitatis*)⁸⁰, ma anche di quelle codificate in Trattati, le cui disposizioni, in tutto o in parte, vengono ad assumere una particolare importanza per la Comunità internazionale e che iniziano ad essere osservate come norme giuridiche anche da soggetti di diritto internazionale diversi rispetto a quelli aderenti all'accordo.

Numerosi sono gli esempi in tal senso.

Si pensi al noto processo di “*trasformazione*” di alcune previsioni della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 da precetto morale a disposto consuetudinario⁸¹. Si pensi, in aggiunta, al valore consuetudinario acquisito dal principio di *non refoulement* previsto, come già detto, nella Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951⁸².

Come sottolineato in dottrina, inoltre, sono da considerarsi norme consuetudinarie – soprattutto grazie all'opera delle Nazioni Unite e di altre importanti organizzazioni internazionali- quei diritti umani il cui

⁷⁹ Così G. D'ORAZIO, *Condizione dello Straniero e “Società democratica”, (sulle Ragioni dello Stato)*, Cedam, Padova, 1994, p. 110 ss.

⁸⁰ In tema di consuetudini internazionali Cfr., fra gli altri, A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, 2019, Milano, p. 164 ss.

⁸¹ Per maggiori dettagli sul punto si veda., fra gli altri, A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni ...*, *op. cit.*, p. 595 ss.

⁸² In tal senso si veda S. MARCHISIO, *Art. 10.3...*, *cit.*, p. 9.

rispetto è volto ad evitare le *gross violations of human rights*. Tra queste norme vi rientrano, ad esempio, i divieti di genocidio, di schiavitù e di tortura⁸³.

È, infatti, il fenomeno opposto alla c.d. *codificazione di diritto internazionale*, con cui precetti consuetudinari vengono cristallizzati e meglio definiti in disposizioni di diritto pattizio⁸⁴. Si pensi, ad esempio, alle norme di *jus cogens*, nate nel diritto internazionale generale e codificate per il diritto pattizio agli artt. 53, 64 e 71 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁸⁵.

A tale processo di integrazione tra fonti internazionali a carattere generale e fonti costituzionali, a noi pare, inoltre, possa aggiungersi anche un'ulteriore tutela per quei diritti umani che non hanno acquisito valore consuetudinario, ma che sono sanciti nella CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, ha ormai riconosciuto il diritto d'asilo, ancorché questo non venga sancito in nessuna disposizione espressa della Convenzione, come manifestazione strumentale di tutela di alcuni diritti sanciti nella Carta EDU, in particolare dell'art. 3 in tema di divieto di tortura, garantendo una protezione indiretta ai richiedenti, al fine di tutelare altre situazioni giuridiche convenzionalmente protette⁸⁶.

⁸³ Cfr. U. VILLANI, *Nel settantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 4, 2018, pp. 591-592, in cui si afferma «Oltre a norme convenzionali, vincolanti per i soli Stati parti dell'accordo, l'azione delle Nazioni Unite, nonché di altre organizzazioni internazionali di portata sia universale che regionale e dei singoli Stati, ha provocato la formazione di un complesso di norme consuetudinarie che impongono a tutti gli Stati (come a ogni altro soggetto di diritto internazionale) il rispetto di diritti umani, a prescindere da una loro volontaria accettazione degli obblighi in materia. A tali norme consuetudinarie appartengono sicuramente quelle che vietano le *gross violations of human rights*, cioè le violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani fondamentali, consistenti in pratiche continuate di violazioni, quali il genocidio, l'apartheid, la schiavitù, la tortura e i trattamenti disumani, la pulizia etnica. [...] Norme consuetudinarie – pur se non dotate del rango di *ius cogens* – sono venute a formarsi a tutela di un ampio spettro di diritti umani, per esempio quelli connessi almeno ai principi essenziali della democrazia consistenti nel diritto a elezioni libere e veritiere. Anche nella formazione di norme consuetudinarie la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo svolge una funzione determinante e tende a porsi come parametro generale di verifica del rispetto dei diritti umani da parte di tutti gli Stati».

⁸⁴ *Ibid.*, p. 148 ss.

⁸⁵ La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 è stata ratificata in Italia con l. 12 febbraio 1974, n. 112, in *Gazz. Uff.*, n. 111, 30 aprile 1974.

⁸⁶ La Corte si è espressa la prima volta in tali termini nel celebre caso Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/1988, *Soering c. Regno Unito*, in *Reports ECHR*, 1989-XI, p. 439 ss, in cui la i Giudici della Corte Edu hanno ritenuto che avrebbe potuto costituire una violazione dell'art. 3 della Convenzione l'estradizione di un cittadino tedesco da parte del Regno Unito verso gli Stati Uniti d'America in cui questi avrebbe rischiato di essere condannato alla pena di morte. A tal proposito, F. CHERUBINI, *L'asilo...*, cit., p. 104 fa notare che «La pronuncia della Corte [in realtà] seguiva una nutrita serie di decisioni della Commissione europea dei diritti umani [...]; tuttavia la sentenza *Soering* ha avuto un eco di gran lunga maggiore in quanto, nei casi precedenti, la Commissione, pur enunciando in astratto il principio della protezione [...] non aveva constatato alcuna violazione. In vero, nel caso probabilmente più risalente, la Commissione non aveva utilizzato [...] [P] art. 3 CEDU, bensì l'art. 6». Ancora, G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012, p. 164 scrive «la Corte ha agganciato la responsabilità dello Stato membro al rischio di violazione dei diritti fondamentali che il soggetto possa subire nello Stato di destinazione. Conseguentemente la responsabilità dello Stato non dipenderà dalla circostanza che i maltrattamenti si siano in concreto verificati, essendo invece agganciata a due presupposti: l'allontanamento e la previsione del rischio». Si veda in tal senso anche J. PUENTE EGIDO, *El asilo en la Convención europea de los derechos del hombre y el Derecho comunitario europeo*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto d'asilo in Europa: problemi e prospettive*, ESI, Napoli, 2008, p. 17, il quale pone in luce che «Por descontado que la Convención no obliga a los terceros Estados, ni pretende exigir a los Estados de la

Ciò perché vi sono casi in cui uno Stato aderente non potrebbe garantire, ad esempio, diritti come quello alla vita o il divieto di tortura senza riconoscere il diritto d'asilo allo straniero richiedente.

In questi casi, lo straniero che non venisse tutelato con la protezione indiretta, potrebbe essere esposto ad un pericolo per la propria vita o essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti o alle altre violazioni dei diritti umani che trovano espresso riconoscimento nella CEDU e che risultano essere, nel caso concreto e secondo l'interpretazione della Corte EDU, in diretta connessione strumentale con il diritto d'asilo.

Per tale ragione, quindi, si è sviluppato l'orientamento giurisprudenziale citato poc'anzi in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo e con cui è stata riconosciuta in via interpretativa una protezione indiretta al richiedente asilo al fine di tutelare alcuni diritti – come ad esempio gli artt. 2, 3, 6, 8 e 13 - espressamente previsti nella CEDU⁸⁷.

Orbene, a tal proposito occorre osservare che il sistema CEDU, in seguito alla riforma del Titolo V, della Parte seconda, della nostra Costituzione, avvenuta con l. cost. del 18 ottobre 2001, n. 3⁸⁸, come è noto, ha acquisito valore di norma interposta tra la Costituzione e le leggi ordinarie ai sensi dell'art.117, comma 1 e, di conseguenza, sembra debba riconoscersi il diritto d'asilo almeno con riguardo ai diritti tutelati indirettamente dal riconoscimento del primo e sanciti nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU)⁸⁹.

Con tale meccanismo di integrazione, infatti, numerosi diritti e libertà sanciti nella CEDU, permetterebbero il riconoscimento dell'asilo come diritto “strumentale” per la tutela della posizione

Convención que impongan a otros sus normas. De que se trata es de esclarecer que un Estado parte en la Convención, no obstante la obligaciones que pueda tener contraídas con otros Estados terceros en materia extraditacional, no puede entregar a una persona, sin haber previamente examinado las condiciones en la que el *extraditatus* será colocado en el país de destino».

⁸⁷ Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/2009, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, in *Reports ECHR*, 2012-II, p. 1 ss., nonché G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 166 ss., il quale richiama come casi in cui la protezione è stata riconosciuta in presenza di un rischio individuale, la sentenza Corte eur. dir. uomo, 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/1987, 13164/1987 e 13165/1987, *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, in *Reports ECHR*, 1991-XIV, p. 248 ss. e come esempio dei casi in cui è stato ritenuto sufficiente il rischio di una violenza indiscriminata le Sentenze Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2006, ricorso n. 8196/2002, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* in *Reports ECHR*, 2006-IX; Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/1994, *Saadi c. Italia*, in *Reports ECHR*, 2008-II, p. 145 ss. in cui i giudici di Strasburgo hanno chiarito che l'ordine di espulsione sarebbe in violazione dell'art. 3 anche allorché lo Stato interessato avesse fondato il relativo provvedimento giustificandolo sulla circostanza che il soggetto da tutelare sarebbe in realtà un terrorista internazionale.

⁸⁸ L. cost. del 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Gazz. Uff.*, n. 248, 24 ottobre 2001.

⁸⁹ La CEDU è entrata in vigore il 3 settembre 1953 ed è stato ratificato in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848, in *Gazz. Uff.*, n. 221, 24 settembre 1955. Sul rapporto tra ordinamento italiano e sistema CEDU si vedano le note Corte cost., sent. n. 348, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007; Corte cost., sent. n. 349, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007.

giuridica espressamente prevista, soprattutto nel caso in cui l'interpretazione della Corte EDU affermata per alcuni diritti dovesse estendersi ad altri.

Occorre osservare, inoltre, che, anche in assenza dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, i diritti CEDU sarebbero garantiti alla luce degli art. 52, par. 3 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (CDFUE)⁹⁰.

In particolare, all'art. 52, par. 3 si legge che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione [tuttavia] non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

All'art. 53, invece, è affermato che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Tali articoli della CDFUE, infatti, impongono una interpretazione dei diritti ivi sanciti almeno pari a quelli corrispondenti previsti nel sistema CEDU, nonché l'applicazione della norma internazionale, europea o nazionale più garantista nel caso concreto⁹¹.

Nella CDFUE, quindi, si prende atto del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali tra fonti nazionali ed europee e si garantisce l'applicazione di quello considerato con una portata più elevata.

È opportuno avvertire, però, che la norma più garantista da applicare trova un limite: quello del primato del diritto dell'Unione europea, così come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2013⁹².

⁹⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata pubblicata in *Gazz. Uff. delle Comunità europee*, C. 364/1, 18 dicembre 2000, e ha acquisito valore giuridico con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009 e ratificato in Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130, in *Gazz. Uff.*, n. 185, 8 agosto 2008.

⁹¹ Sul sistema di integrazione multilivello tra diritti CEDU, CDFUE e ordinamenti nazionali, fra gli altri, Cfr. R. CONTI, *Cedu e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, III, 2020, p. 578 ss.; F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Art. 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1062 ss.; M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Art. 53. Livello di protezione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1086 ss.

⁹² I giudici di Lussemburgo si sono espressi in tal senso nella nota Sentenza CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal (Spagna)*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2013:107, in cui è affermato, nel punto n. 60, che: «è vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti».

Orbene, chiarito quanto sopra, pare che si possa affermare che, alla luce del primato del diritto europeo sull'ordinamento italiano, riconosciuto sulla base dell'art. 11 Cost., anche a voler considerare l'art. 10, comma 3, Cost. come norma programmatica, sarebbe permesso, comunque, il riconoscimento del diritto d'asilo in Italia con una tutela almeno pari a quella dovuta dal sistema CEDU sulla base di quanto prescritto dal diritto dell'Unione europea.

Sebbene, dunque, la CEDU non trovi formalmente immediata e diretta applicazione *ex art. 11 Cost.*, tale Convenzione di fatto può essere applicata in virtù delle corrispondenti norme della CDFUE, soggette, invece, alla suddetta disposizione costituzionale.

In altri termini, quindi, se la tutela di un diritto CEDU necessita del riconoscimento in via indiretta dell'asilo e tale diritto trova un suo corrispondente nella CDFUE, quest'ultimi andranno interpretati allo stesso modo in virtù di quanto sancito dal sopracitato articolo 52. Di conseguenza, qualora la CEDU preveda una tutela più ampia rispetto a quella nazionale ed europea, i diritti ivi sanciti troveranno applicazione in Italia ai sensi degli artt. 52 e 53 della CDFUE e dell'art. 11 della Costituzione.

Medesime considerazioni possono, altresì, essere avanzate anche in relazione al diritto d'asilo così come disciplinato nell'Unione europea.

Prima di procedere, pare opportuno effettuare una breve disamina dell'asilo in ambito UE.

La materia dell'asilo, in particolare, non è stata per un lungo periodo oggetto dei Trattati.

In Europa, quindi, continuava ad essere applicata la sola disciplina dettata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, quella risultante dall'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, nonché quella prevista dalle singole Costituzioni nazionali.

Con l'Accordo di Schengen del 1985, tuttavia, poi attuato con la successiva Convenzione Dublino del 1990⁹³, alcuni Stati europei avviarono una “cooperazione rafforzata”⁹⁴ volta alla graduale eliminazione delle frontiere interne tra i Paesi aderenti e a una politica comune in materia d'asilo, oltre che finalizzata a dettare norme in materia di estradizione e cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁹⁵.

fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

⁹³ L'Accordo di Schengen, tramutato poi nella Convenzione di Dublino del 1990, fu originariamente stipulato da Francia, Germania, Lussemburgo, Belgio e Paesi Bassi e successivamente firmato da Italia, Spagna, Portogallo, Grecia e Austria.

⁹⁴ La “cooperazione rafforzata”, attualmente disciplinata dall'art. 20 del Trattato sull'Unione europea e dal Titolo III del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, può essere richiesta da almeno nove Stati membri al fine di attuare una integrazione più avanzata per alcune materie, quando non vi siano le condizioni affinché si intervenga con l'intera Unione europea. Per maggiori approfondimenti si veda, per tutti, A.L. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 31 ss.

⁹⁵ In tema, fra gli altri, E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 101 ss. M. DI FILIPPO, *Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale*, in in A. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, p. 127 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 532; S. LIPPARINI, *Il diritto d'asilo nel diritto comunitario: l'evoluzione dal 1958 sino alla comunitarizzazione dell'acquis di Schengen e le prospettive future*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2001, p. 47 ss.; L.

Come vedremo a breve, però, ulteriori evoluzioni in ambito europeo si avranno in materia, fino a divenire una competenza concorrente dell'UE, pur rimanendo, tuttavia, sostanzialmente immutata nei suoi aspetti principali la disciplina della Convenzione di Dublino del 1990, che è stata a sua volta sostituita, dapprima dal Regolamento di Dublino II⁹⁶, e, successivamente, dal Regolamento di Dublino III⁹⁷.

Nella Convenzione, in particolare, era effettuato un esplicito rinvio alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al relativo Protocollo di New York del 1967, richiamandone così, anche in ambito europeo, sia la nozione di rifugiato, che il c.d. principio di *non refoulement* previsti a Ginevra e che si è avuto modo di vedere meglio in precedenza.

In termini simili ci si esprime anche nei Regolamenti di Dublino II e III, con cui si è provveduto, tuttavia, ad estendere gradualmente le previsioni di fondo della Convenzione all'intero sistema di protezione internazionale dell'UE. In particolare, con il Regolamento di Dublino III è stata prevista una procedura unica di domanda di protezione internazionale che comprende sia lo *status* di rifugiato, sia la c.d. protezione sussidiaria di cui si parlerà a breve⁹⁸.

Nel sistema Dublino, tuttavia, è stabilito che questa ad *un solo Paese* membro esaminare la domanda, secondo criteri normativamente stabiliti (criterio del legame familiare, possesso di un permesso di soggiorno, luogo di presentazione della domanda etc.). È la c.d. regola dello Stato di primo ingresso⁹⁹.

SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 161 ss.

⁹⁶ Regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*, in GUCE L 050 del 25 febbraio 2003.

⁹⁷ Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2013, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un Cittadino di un Paese terzo o da un apolide*, in GUUE L 180, 29 giugno 2013. Sul punto, tuttavia, si noti che la materia dell'asilo in Europa ha subito una battuta d'arresto a causa dell'emergenza da Covid-19, il cui impatto è ben evidenziato in V. FAGGIANI, *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e Covid-19*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 334 ss. In tema si veda anche M. BORRACETTI, *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, p. 433-436.

⁹⁸ Si noti, tuttavia, che ciò ha avuto completa attuazione soltanto con il Regolamento di Dublino III. Sotto la vigenza del Regolamento di Dublino II, infatti, si prevedeva all'art. 2, comma 1, lett. c) che per «domanda di asilo», doveva intendersi «la domanda presentata da un cittadino di un paese terzo che può considerarsi una richiesta di protezione internazionale da parte di uno Stato membro, a norma della convenzione di Ginevra. Tutte le domande di protezione internazionale sono considerate domande di asilo, salvo che il cittadino di un paese terzo solleciti esplicitamente un distinto tipo di protezione, che può essere richiesto con domanda separata». In tema si veda T. M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande di asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime Dublino*, in *Federalismi.it*, 5, 2018, p.2 ss.; Si veda anche l'interessante contributo di D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo regolamento*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 811 ss. In tema si veda anche M. BALSAMO, *Asilo, Procedure di riconoscimento e di revoca dello status di rifugiato: disposizioni generali (artt. 1-5 d.lgs. n. 25/2008)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 669 ss.

⁹⁹ Sul punto si rimanda, fra gli altri, a E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 129 ss.

Non sarà, dunque, possibile per un richiedente protezione internazionale - che abbia già presentato domanda e che la sua richiesta sia stata esaminata da uno Stato aderente ritenuto competente - ripresentare la richiesta in un altro Paese aderente allorché questa sia stata rigettata dal primo Stato.

A tal fine, con Regolamento (CE) 2725/2000¹⁰⁰, è stato istituito il c.d. *Eurodac*, con cui si permette agli Stati, attraverso la raccolta di impronte digitali, di verificare se un richiedente abbia già presentato domanda in un altro Paese membro.

La *ratio* della regola dello Stato di primo ingresso è quella di evitare il problema dei c.d. rifugiati in orbita, ossia coloro i quali venivano “respinti” da un Paese all’altro, senza che nessuno di questi procedesse ad esaminare la domanda d’asilo, nonché il fenomeno delle c.d. domande multiple, ossia quelle presentate in più Stati e viste con sfavore da parte dei Paesi costituenti lo *Spazio Schengen*.

La previsione, però, sembra contrastare con gli obblighi assunti a Ginevra; in dottrina in merito, infatti, è stato osservato che «nella normativa internazionale non è dato rinvenire alcuna prescrizione che imponga al richiedente asilo di presentare domanda di un determinato Paese e unicamente in quello», restringendo in ambito UE, così, la tutela predisposta con la Convenzione di Ginevra del 1951¹⁰¹.

Ciò posto, come già detto, le previsioni in materia di asilo esaminate furono inizialmente previste al di fuori dell’ambito comunitario, attraverso l’avvio di una “cooperazione rafforzata”. Le politiche sull’asilo, però, vennero prese in considerazione dai Trattati dell’UE pochi anni dopo e, in particolare, in occasione della firma del Trattato di Maastricht del 1992.

Nel Trattato di Maastricht, però, la disciplina del diritto d’asilo era ancora rimessa essenzialmente al dominio degli Stati, poiché inserita nel Titolo VI del Trattato, concernente le «Disposizione relative alla Cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari interni»¹⁰², ossia nel c.d. Terzo pilastro dell’Unione europea in cui, dunque, si interveniva con i tipici strumenti di diritto internazionale, il c.d. “metodo intergovernativo”. In particolare, all’art. K.1, par. 1, n. 1, si disponeva che «la politica d’asilo» doveva essere considerata dagli Stati di interesse comune. In tale articolo, dunque, la disciplina dell’asilo rientrava tra le materie a cui l’Unione europea iniziava ad interessarsi, pur rimanendo essenzialmente in mano agli Stati, i quali non agivano più in modo del tutto discrezionale, ma considerando «l’interesse comune».

¹⁰⁰ Regolamento (CE) 2725/2000 del Consiglio del 11 dicembre 2000, *che istituisce l’«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione della convenzione di Dublino*, in *GUCE* L 316, 15 dicembre 2000.

¹⁰¹ Così A.L. VALVO, *Lineamenti di diritti dell’Unione europea. L’integrazione europea oltre Lisbona*, Amon, Padova, 2011, p. 398. Nei medesimi termini M. SPATTI, *L’allontanamento dei richiedenti asilo verso Paesi sicuri: la disciplina comunitaria a confronto con il diritto internazionale a tutela dei rifugiati e con i diritti fondamentali dell’individuo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 238 ss.

¹⁰² Il Titolo VI era la parte del Trattato di Maastricht che prevedeva le materie e gli strumenti che gli Stati potevano essere adoperare per realizzare lo sviluppo di «una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni» (art. B, del Titolo I, del Trattato).

Le basi affinché la disciplina del diritto d'asilo nell'Unione Europea passasse dal Terzo al Primo pilastro, sarebbero state poste, infatti, soltanto con il Trattato di Amsterdam del 1999, con conseguente *comunitarizzazione* del settore, con cui è divenuta una materia di competenza concorrente. In particolare, è stata inserita nella Titolo IV, Parte Terza, del Trattato che istituisce la Comunità europea, rubricato «Visto, Asilo e Immigrazione e altre politiche connesse con la Libera circolazione delle persone», in funzione della realizzazione di uno *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*¹⁰³.

In occasione della stipula del Trattato di Amsterdam è stato *comunitarizzato* nello specifico il *sistema Schengen*, per effetto del Protocollo n. 2 allegato al Trattato del '99, che sarà poi sostituito dal Protocollo n. 19 sull'*acquis Schengen* allegato al Trattato di Lisbona del 2009¹⁰⁴.

Negli stessi anni, di conseguenza, sono stati convocati diversi Consigli europei sul tema; in particolare è opportuno qui ricordare il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999, dalle cui conclusioni si evinceva la necessità di avviare un *Sistema europeo comune di asilo*¹⁰⁵, necessità che sarà ribadita

¹⁰³ La realizzazione di uno «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» tra gli Stati membri dell'Unione europea è volta alla creazione di area comune in cui sia garantita una più sicura libera circolazione delle persone. La creazione di tale spazio ha dato luogo all'avvio di un sistema comune europeo di asilo, a una politica comune in tema di immigrazione e controllo delle frontiere esterne, ad una più ampia cooperazione tra le forze di polizia e gli organi giurisdizionali. Tra le principali misure adottate in tale ambito occorre ricordare la creazione di organi come Europol, Eurojust, Frontex, l'adesione al *sistema Schengen*, l'adozione della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e l'istituzione di una Procura Europea. Per una breve disamina generale sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e la sua evoluzione dal Trattato di Amsterdam del 1999 al Trattato di Lisbona del 2009 si veda, *ex multis*, D. G. RINOLDI., *L'assetto dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» dopo il Trattato di Lisbona: elementi di continuità e di discontinuità*, in M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, N. PARISI, A. SANTINI, D. G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 627 ss. Per quanto riguarda specificatamente, invece, EUROPOL ed EUROJUST si veda E. M. BUSUIOC, M. GROENLEER., *Beyond design: the evolution of Europol and Eurojust*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 3, 2013, p. 285 ss.; sull'adesione dell'Unione europea al *sistema Schengen* Cfr., fra gli altri, G. HUYBREGHTS, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, in *ERA Forum*, 3, 2015, p. 379 ss.; per quanto concerne, invece, l'adozione della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e su Frontex si permetta di rimandare rispettivamente, fra gli altri, a V. TELARO, *Mandato d'arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*, La Moderna, Enna, 2015, inclusa bibliografia ivi citata e V. TELARO., *Il controllo*, *cit.*; con riferimento, infine, all'istituzione di una Procura europea si veda V. RANALDI., *L'istituzione della Procura europea: la Proposta di Regolamento COM(2013) 304 e la sua dubbia conformità al principio di sussidiarietà*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 46, 2014, p. 98 ss.

¹⁰⁴ Sul passaggio dal Trattato di Maastricht al Trattato di Amsterdam in tema di asilo Cfr. E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo...*, *cit.*, p. 141 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo...*, *cit.*, p. 143 ss.; C. GORTÀZAR ROTAECHE, *El derecho de asilo en la Casa Comùn Europea (Hacia donde vamos, de donde venimos)*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, ESI, Napoli, 2008, p. 187 ss.; K. POLLET, *The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: a Legal Analysis*, in *Revue des affaires européennes*, 2003, p. 57 ss.; A. WEBER, *Possibilità e limiti dell'armonizzazione europea del diritto d'asilo prima e dopo Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 1998, p. 1003 ss.

¹⁰⁵ Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, *Conclusioni della Presidenza*, in [Parlamento europeo](#) in cui si legge «L'Unione europea ha già posto in atto per i suoi cittadini i principali elementi di uno spazio comune di prosperità e pace: un mercato unico, un'unione economica e monetaria e la capacità di raccogliere le sfide politiche ed economiche mondiali. La sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che tale libertà, che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti. Si tratta di un progetto che risponde alle preoccupazioni frequentemente espresse dai cittadini e che ha ripercussioni dirette sulla loro vita quotidiana. Tale libertà non dovrebbe, tuttavia, essere considerata appannaggio esclusivo dei cittadini dell'Unione. La sua stessa esistenza serve da richiamo per molti altri che nel mondo non possono godere della libertà che i cittadini dell'Unione danno per scontata. Sarebbe contrario alle tradizioni europee negare tale libertà a coloro che

anche nei successivi Consigli europei di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002¹⁰⁶ e in quello di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003¹⁰⁷.

Con il Trattato di Lisbona del 2009, la disciplina del diritto d'asilo è stata inserita agli artt. 77-80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)¹⁰⁸.

Sulla base delle suddette disposizioni è in fase di sviluppo il *Sistema europeo comune di asilo*, con il quale è riconosciuta una tutela internazionale sia ai c.d. rifugiati, sia ai soggetti che non possono essere qualificati tali, ma che necessitano della protezione sussidiaria o della protezione temporanea da parte dei Paesi membri dell'Unione europea¹⁰⁹.

La definizione di rifugiato e di protezione sussidiaria, in particolare, ci è data dalla Direttiva qualifiche del 2011¹¹⁰.

sono stati legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio. Ciò richiede a sua volta che l'Unione elabori politiche comuni in materia di asilo e immigrazione, considerando nel contempo l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano commettendo i reati internazionali ad essa collegati. Queste politiche comuni devono basarsi su principi che siano chiari per i nostri cittadini e offrano allo stesso tempo garanzie per coloro che cercano protezione o accesso nell'Unione europea. L'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà. Deve altresì essere messo a punto un approccio comune per garantire l'integrazione nella nostra società dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente nell'Unione».

¹⁰⁶ Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, *Conclusioni della Presidenza*, reperibile sul sito del [Parlamento europeo](#).

¹⁰⁷ Consiglio europeo di Salonicco del 19-20 giugno 2003, *Conclusioni della Presidenza*, reperibile sul sito del [Parlamento europeo](#).

¹⁰⁸ Sul punto, fra gli altri, E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 174 ss.; C. BERTOLINO, *Le politiche europee in tema di controlli delle frontiere, asilo e immigrazione, a dieci anni dal Trattato di Lisbona*, in *Federalismi.it*, 19, 2020 p. 364 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo...*, cit., p. 170 ss.; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 365.; ID, *La 'nuova' solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi.it*, 35, 2020, p. 16 ss.

¹⁰⁹ Sul punto si vedano anche le considerazioni di G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo...*, cit., p. 32 ss. la quale scrive «Nel corso del primo step di intervento (1999-2005), l'obiettivo del sistema europeo di asilo è stato appunto quello di armonizzare i quadri giuridici degli Stati membri [...]. Dopo aver valutato gli strumenti e le iniziative della prima fase, gli obiettivi stabiliti per la seconda sono sia raggiungere un più alto standard comune e maggiore uguaglianza nella protezione all'interno dell'Europa, sia un livello maggiore di solidarietà degli Stati membri». Per ulteriori approfondimenti sul sistema europeo comune di asilo si vedano G. CELLAMARE, *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 986 ss.; E.M. MAFROLLA, *L'impatto del regime comune europeo nei paesi dell'Europa centrale*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, p. 68 ss.; G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2013, p. 23 ss.; P. TROIANELLO, *Il diritto d'asilo nell'Unione europea*, in M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, p. 81 ss. Si veda anche, con riferimento all'impatto del sistema europeo nell'ordinamento costituzionale italiano, E. CALVASINO, *Le dimensioni costituzionali del diritto d'asilo nel processo di integrazione europea*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 905 ss.

¹¹⁰ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011, *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, in *GUUE* L 337/9 del 20 dicembre 2011.

Tale Direttiva richiama la nozione di rifugiato stabilita ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 e, in aggiunta, riconosce una protezione sussidiaria a chi, ancorché non soddisfa i requisiti per essere considerato rifugiato, «correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...] e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione [...] [del Paese di provenienza]» (art. 1, lett. f)¹¹¹.

Per quanto riguarda la protezione temporanea, invece, ai sensi della Direttiva 2001/55/CE¹¹², è prevista «nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate» (art. 2, par. 1, lett. a).

Il diritto d'asilo, inoltre, trova espresso riconoscimento agli artt. 18 e 19 della CDFUE.

All'art. 18, in particolare, è sancito che «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»¹¹³.

L'art. 19, invece, come si vedrà meglio nel prosieguo, tratta del tema delle espulsioni collettive e di protezione in caso di allontanamento, espulsione e di estradizione.¹¹⁴

Orbene, premesso ciò, si possono effettuare le medesime considerazioni perché sia quanto dettato in generale nel diritto dell'UE sia quanto sancito nella CDFUE - che, ai sensi dell'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE), risulta avere lo stesso valore giuridico dei Trattati - va rispettato *ex art. 11 Cost.*¹¹⁵.

¹¹¹ All'Art. 15 della Direttiva qualifiche del 2011, è sancito: «Sono considerati danni gravi: a) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o 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».

¹¹² Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, recante norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in GUCE. L 212/12 del 7 agosto 2001.

¹¹³ In tema P. DI PASQUALE, *Art. 18. Diritto di asilo*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 349 ss.;

¹¹⁴ Sul punto B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Art. 19. Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione*, R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1062 ss.;

¹¹⁵ Sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo, oltre a qualsiasi Manuale di diritto internazionale o diritto dell'Unione europea o di diritto costituzionale, si rimanda a F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012.

Alle fonti dell'Unione europea, infatti, si applica il principio del primato sugli ordinamenti nazionali, salvo, come è noto, l'applicazione dei controlimiti costituzionali, così come statuito fin dalla celeberrima Sentenza *Frontini* della Corte costituzionale del 1973¹¹⁶.

In conclusione, dunque, un contenuto minimo del diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, *più ampio di quello riconosciuto a livello internazionale* e, in particolare, nella Convenzione di Ginevra del 1951, deve in ogni caso essere riconosciuto in relazione ai diritti umani sanciti nelle Carte sovranazionali in materia e ciò anche nell'ipotesi in cui si accolga la tesi che vede nell'art. 10, comma 3, Cost. una norma programmatica e in assenza di una legge ordinaria sul punto che individui le libertà democratiche richiamate dalla disposizione.

Tali diritti umani, infatti, qualora abbiano un valore consuetudinario, permetteranno il riconoscimento del diritto d'asilo per la loro protezione *ex art. 10, comma 1, Cost.*

Se, invece, presentino un valore pattizio, con riferimento a quelli sanciti in ambito CEDU per cui risulta strumentale il riconoscimento dell'asilo, si applicherà l'art. 117, comma 1, Cost., e in relazione a quelli previsti nell'UE, si procederà in base all'art. 11 Cost.

Unico limite a tale ampia applicazione del diritto d'asilo potrà rinvenirsi, infatti, nell'ottica del bilanciamento, soltanto in presenza di altri valori costituzionalmente sanciti e che vanno ritenuti in prevalenza rispetto al diritto d'asilo. Si pensi, ad esempio, alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico¹¹⁷. Ciò detto, a noi pare, tuttavia, che l'art. 10, comma 3, Cost. debba essere interpretato come norma precettiva, poiché la circostanza che sia presente una riserva di legge in materia non significa che questa debba andare ad individuare concretamente le libertà democratiche della Costituzione.

Queste, infatti, è già possibile individuarle scorrendo il testo della Carta fondamentale, e quindi, al più, si ritiene che la legge attuativa possa andare a disciplinare il procedimento e il concreto *status* da attribuire al beneficiario in termini di diritti e doveri una volta ottenuto l'asilo, che nulla, però, hanno a che fare con il riconoscimento del diritto soggettivo costituzionalmente sancito a chi si trovi «impedito» nell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana». Costui, quindi, deve in ogni caso essere accolto nel territorio della Repubblica, pur in assenza di una legge che disciplini i diritti e i doveri dell'asilante¹¹⁸.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 183, 18-27 dicembre 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 2 gennaio 1974.

¹¹⁷ Sul punto Cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., p. 147; P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, in *Democrazia e diritto*, 1989, p. 314 ss.

¹¹⁸ Anche in assenza di una legge che disciplini lo *status* dell'asilante, infatti, sulla base del solo articolo 10, comma 3, Cost. che riconosce il diritto soggettivo d'asilo con una norma a carattere precettivo, è doveroso accogliere lo straniero dopo avere semplicemente appurato l'effettivo impedimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Il diritto, infatti, è già perfetto e suscettibile di applicazione senza ulteriori attuazioni. Diverso, invece, come si è detto, è il problema relativo allo *status* da attribuire allo straniero accolto in termini di diritti e doveri durante la permanenza nel territorio della Repubblica.

Sul punto si potrebbe obiettare che la riserva di legge fu inserita perché nei lavori preparatori emersero preoccupazioni, con specifico riferimento ai criminali sostenitori delle decadute o decadenti dittature dell'epoca, in ordine al riconoscimento del diritto d'asilo a chi fosse immeritevole perché colpevole di aver agito in altri Paesi in contrasto con gli stessi principi sanciti nella Costituzione italiana e, poi, per ciò perseguitato e richiedente asilo nel territorio della Repubblica.

Orbene, in realtà, tale preoccupazione era stata superata, come abbiamo già visto, in sede di emanazione della Costituzione con l'inserimento nel testo dell'art. 10, comma 3. Cost. del termine «democratiche».

In questo modo, coloro i quali fossero fuggiti dal proprio Paese di origine perché il regime sostenuto risultava ormai cessato e al fine di non subire una condanna, non potevano essere accolti in Italia e, dunque, avrebbero dovuto scontare la pena a loro inflitta nel loro Paese di provenienza, al pari degli attori protagonisti delle azioni più violente compiute in Italia sotto il regime fascista.

Si potrebbe obiettare, altresì, che la riserva di legge fu prevista proprio sulla base delle considerazioni, come quella dell'On. Nobile, di limitare gli ingressi così come si faceva con leggi sull'immigrazione per questioni di ordine pubblico.

Invero, oltre a sembrar difficile ammettere la previsione di un limite, sulla base di una riserva di legge genericamente sancita, con una legge ordinaria a un diritto costituzionalmente previsto, è da evidenziare che i limiti dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale è possibile ricavarli dalla stessa Costituzione, senza che sia necessaria una legge ordinaria sul punto¹¹⁹.

Sulla base delle siffatte considerazioni, dunque, nonostante il rapporto di integrazione tra le fonti nazionali e sovranazionali ci permetterebbe di accogliere una nozione ampia di asilo, sembra che quello sancito nella Costituzione risulta essere espressione di una norma precettiva.

La riserva di legge sancita all'art. 10, comma 3, Cost. non può, infatti, che essere interpretata se non con la volontà del legislatore costituente di disciplinare concretamente lo *status* di rifugiato e le procedure

¹¹⁹ In tal senso Cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo...*, cit., p. 147; S. PIZZORNO, *Il diritto d'asilo nella giurisprudenza italiana recente*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, p. 244 ss.; A tal proposito, occorre osservare che la Costituzione non menziona espressamente l'ordine pubblico, ma il limite si ricava da varie disposizioni costituzionali. Si pensi, ad esempio, all'art. 14 Cost in cui si fa riferimento all'incolumità pubblica oppure all'art. 16 Cost. nel quale si afferma che le limitazioni della libertà di circolazione e soggiorno possono avvenire soltanto per motivi di sanità e sicurezza. In dottrina si discute se il limite dell'ordine pubblico debba essere inteso nella sua accezione materiale, ossia come mantenimento della pace e della tranquillità pubblica, oppure nella sua accezione di ordine pubblico ideale, ricavato dai principi costituzionali e dalle norme dell'ordinamento giuridico, volto "a consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo" (Così Corte cost., sent. n. 168, 25 novembre 1970-12 gennaio 1971, in *Gazz. Uff.*, n. 22, 27 gennaio 1971). In tema, per tutti, si vedano G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1057 ss.; L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig. It.*, XII, Utet, Torino, 1965, p. 130. È possibile discutere, inoltre, di un "ordine pubblico internazionale", ricavato dai principi, il cui rispetto è richiesto per riconoscere e dare applicazione nel nostro ordinamento alla legge straniera, secondo le regole dettate dal diritto internazionale privato (artt. 16 e 64, l. 31 maggio 1995, n. 218, in *Gazz. Uff.*, n. 128, 3 gennaio 1995).

amministrative e giurisdizionali relative al beneficio e non di certo *i motivi* per il riconoscimento, che sono da individuarsi nelle libertà democratiche già previste nella Costituzione¹²⁰.

Rimane ferma, in ogni caso, qualora si ritenesse di accogliere l'opposta tesi o qualora fosse prevista a livello sovranazionale una tutela più ampia, la possibilità di applicare il sistema multilivello dell'integrazione tra fonti nazionali e fonti del diritto internazionale ed europeo, così come si è visto diffusamente nelle considerazioni che precedono.

6.2. Cenni alla procedura amministrativa e all'eventuale fase giurisdizionale per il riconoscimento della protezione in Italia quale *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3, della Costituzione

Appurato il motivo per cui il legislatore costituente abbia sentito la necessità di prevedere una riserva di legge all'art. 10, comma 3, Cost., occorre osservare che sembra ben rispondere alla *ratio* di tale riserva, il d.lgs. n. 25/2008¹²¹, con cui si disciplina la procedura per ottenere protezione in Italia e a cui si ritiene qui fare riferimento, seppur a grandi linee, per completezza espositiva¹²²

A tal proposito, appare opportuno evidenziare che la procedura risulta essere abbastanza articolata e può prevedere una fase amministrativa, accompagnata da una eventuale fase giurisdizionale.

La domanda del richiedente protezione internazionale può essere presentata sia alla frontiera che alla questura territorialmente competente. La competenza della questura va determinata in base al luogo di dimora del richiedente. Se la domanda è presentata alla frontiera, il richiedente è inviato alla questura territorialmente competente. Una volta ricevuta la domanda, la questura redige verbale su appositi modelli predisposti dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo, lo fa sottoscrivere al richiedente e ne rilascia copia.

¹²⁰ Per una ricostruzione dei rapporti tra *status* di rifugiato, libertà di circolazione e territorio nell'ordinamento italiano si veda I. A. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1995. In tema di diritti minimi da riconoscere al beneficiario dell'asilo, come il diritto di ingresso e soggiorno nel territorio, cfr. A. BALDASSARE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XI, Roma, 1989, p. 32 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo*, *cit.*, p. 173 ss.; A. CALIGIURI, *Art. 10, comma 3, cit.*, p. 254; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 725 ss.; M. UDINA, *L'asilo politico territoriale...*, *cit.*, p. 272 ss.; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, *cit.*, p. 95.

¹²¹ D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* in *Gazz. Uff.*, n. 40 del 16 febbraio 2008.

¹²² In tema, fra gli altri, M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza, Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, p. 57 ss.; R. S. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2016, p. 1 ss.

All'atto della domanda il richiedente è informato in ordine ai propri diritti e doveri, alla procedura da seguire, alle tempistiche e ai mezzi per il riconoscimento della protezione internazionale, della circostanza, se proveniente da un Paese ritenuto sicuro, che la sua richiesta potrà essere rigettata¹²³.

L'esame della domanda è svolto dalla Commissione territorialmente competente. La Commissione, se non deve dichiarare la domanda inammissibile senza esame, può procedere in due differenti modi: secondo una procedura accelerata nei tempi, quando la domanda appare a un esame prioritario palesemente fondata, oppure è stata presentata da un soggetto vulnerabile o ancora da uno straniero trattenuto nei centri governativi di accoglienza perché irregolare; oppure secondo una procedura ordinaria più approfondita nel merito.

L'esame deve essere condotto in modo individuale e obiettivo, adoperando anche informazioni sulla generale situazione del Paese di provenienza; in tale fase la Commissione può richiedere informazioni anche all'Alto commissariato per le nazioni unite per i rifugiati (UNHCR) e all'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO)¹²⁴, nonché, ove necessario, consultare esperti su aspetti particolari di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere o relativi ai minori.

Le Commissioni, ove possibile, preso atto che spesso i richiedenti si rendono irreperibili in quanto non compiutamente informati¹²⁵, convocano lo straniero, il quale ha l'obbligo di presentarsi, al fine di procedere alla sua audizione.

All'esito dell'istruttoria la Commissione territoriale potrà: accogliere la domanda; rigettarla in parte allorché lo straniero abbia chiesto il rifugio e invece la Commissione decida di accordare soltanto la protezione sussidiaria; respingerla del tutto se manifestamente infondata oppure se non sussistono i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria.

¹²³ Sui diritti e doveri del richiedente al momento della domanda si veda A. DI PASCALE, *Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo*, in *Questione Giustizia*, 08 febbraio 2021, p. 1 ss.

¹²⁴ L'UNHCR riveste un ruolo di primo piano in tema di protezione dei rifugiati e adempimenti dei relativi obblighi da parte degli Stati. Per maggiori approfondimenti sulla nascita, competenze e procedure adottate in seno all'UNHCR rimanda, fra gli altri, a A. BETTS, G. LOESCHER, J. MILNER, *UNHCR: The Politics and Practice of Refugee Protection*, Routledge, London-New York, 2011. Per quanto riguarda l'EASO, è stato istituito con Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 *che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo*, in GUUE L 132/11 del 29 maggio 2010. L'Ufficio è operativo dal 1° febbraio 2011 e sostiene gli Stati e coordina le operazioni degli stessi in materia d'asilo, favorendo lo scambio di informazioni delle buone prassi sul punto, fornendo informazioni sui paesi di origine dei richiedenti, analizzando i dati e supportando i Paesi che subiscono una pressione particolare, i quali possono richiedere anche l'invio di Squadre di sostegno per l'asilo. In tema si veda D. F. ROJO, *Eu Migration Agencies. The operation and cooperation of Frontex, Easo and Europol*, Cheltenham, Elgar, 2021,

¹²⁵ In tal senso, M. ACIERNO, *Il diritto...*, cit., p. 47. Sul punto, però, è opportuno osservare che la percentuale di irreperibili tra i richiedenti asilo, se pur ancora presente in termini considerevoli, si è abbassata negli ultimi anni. Difatti, ad esempio, se nell'anno 2002 la percentuale degli irreperibili era pari al 60%, negli anni 2003-2011 si è assestata su una media del 25,44% , per poi ulteriormente scendere negli anni 2012-2020 a una media pari al 6,44% . Per ulteriori approfondimenti si vedano i dati presenti in MINISTERO DELL'INTERNO, DIPARTIMENTO PER LE LIBERTÀ CIVILI E L'IMMIGRAZIONE, *I numeri dell'asilo*, 2020, consultabile in [Ministero dell'Interno](#).

Allorché, tuttavia, la Commissione ravvisi le condizioni al fine della concessione di un permesso di protezione speciale per categorie vulnerabili – ad esempio per chi rischia di essere sottoposto a violazioni della sua vita privata e familiare - trasmette gli atti al questore per il rilascio del relativo permesso¹²⁶.

Dopo il riconoscimento, tuttavia, lo *status* potrà cessare o essere revocato dalla Commissione nazionale¹²⁷. Se la domanda è dichiarata inammissibile o, all’esito dell’istruttoria, rigettata in tutto o in parte, oppure, se dopo il riconoscimento, su decisione della Commissione nazionale, si dispone la cessazione o revoca dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione internazionale, si può ricorrere all’autorità giudiziaria ordinaria.

Il procedimento si svolge innanzi al Tribunale in composizione monocratica secondo le disposizioni di cui agli artt. 737 ss. del codice di procedura civile, ossia con il rito sommario di cognizione, salvo che sia diversamente previsto¹²⁸.

Essendo l’asilo un diritto soggettivo, quindi, è competente il giudice ordinario, ancorché la decisione contro cui si ricorre è stata emessa da una autorità amministrativa.

Il giudice decide con decreto, avente il carattere dichiarativo e non costitutivo, impugnabile con ricorso per cassazione¹²⁹.

7. Oltre il diritto d’asilo: la questione degli esodi di massa in caso di guerra tra tutela internazionale e garanzie costituzionali

Avendo proceduto alla disamina del diritto d’asilo, pensato dal legislatore per casi individuali di persecuzione, occorre soffermarsi – se pur nei limiti del presente lavoro e pur consapevoli che il problema meriterebbe ben più ampio e apposito approfondimento- sulla contigua ma differente questione dei c.d. esodi di massa, con lo scopo di individuare la normativa applicabile in Italia.

¹²⁶ Per maggiori approfondimenti sulle possibili decisioni della Commissione *ex art.* 32, d.lgs. n. 25/2008 si veda M. BALSAMO, *Asilo, Procedure di riconoscimento e di revoca dello status di rifugiato: procedure di primo grado (artt. 26-32 d.lgs. n. 25/2008)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell’immigrazione e asilo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 780 ss.

¹²⁷ In tema di revoca dello *status*, con particolare riferimento al caso in cui è causata dalla violazione dell’ordine pubblico, si veda P. BARILE, *Il soggetto privato...*, *cit.*, p. 61; C. CONETTI, *Il V Colloquio internazionale sul diritto d’asilo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, p. 806; F. RESCIGNO, *Il diritto d’asilo...*, *cit.*, pp. 160-161;

¹²⁸ Sul procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. si rimanda a G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. III, Cacucci, Bari, 2015, p. 3 ss.

¹²⁹ In tal senso M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, *cit.*, p. 42. *Contra* G. BISCOTTINI, *L’ammissione ed il soggiorno dello straniero*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Vol. I, Cedam, Padova, 1957, p. 174. In merito, A. COSSIRI, *Art. 10*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 86 afferma che «Il diritto d’asilo si acquista all’ingresso nel territorio della Repubblica, su domanda dell’interessato; ad essa segue l’accertamento delle condizioni dell’asilo politico, durante il quale lo straniero gode del diritto di soggiorno temporaneo (il diritto costituzionale d’asilo consegue, infatti, dall’impedimento e non dal suo accertamento [...]). Il diritto si estingue al venir meno dell’impedimento che ha giustificato l’asilo».

Sono sempre più frequenti, infatti, fenomeni migratori di massa da parte di soggetti che si recano presso un Paese diverso da quello di origine, perché questo è attraversato da fenomeni pericolosi, come conflitti bellici a carattere internazionale o interno, al fine di richiedere protezione internazionale.

Prima, però, è bene osservare che, a partire dal secondo dopoguerra, la nozione di conflitto armato nella prassi della Comunità internazionale ha assunto dei contorni più ampi rispetto alla riconducibilità dell'uso della forza nella stretta dicotomia “conflitti interni” e “conflitti internazionali”. Si pensi, ad esempio, alle c.d. operazioni di *peace keeping*, alle missioni militari per garantire la sicurezza collettiva (come la seconda guerra del Golfo finalizzata ad eliminare le armi di distruzione di massa presuntivamente in possesso dell'Iraq), ai conflitti etnici a carattere persecutorio, fino ad arrivare alla interpretazione estensiva di attacco armato sviluppatasi in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 che comprende anche gli atti sporadici e intermittenti (c.d. *small-scale attacks*)¹³⁰.

Tale nozione ampia, tra l'altro, risulta essere accolta anche dalla Corte di Giustizia della Unione europea nel caso *Diakité*, in cui, ai fini dell'applicazione della protezione sussidiaria, si afferma: «si deve ammettere l'esistenza di un conflitto armato interno[...] quando le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o quando due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che sia necessario che tale conflitto possa essere qualificato come conflitto armato che non presenta un carattere internazionale ai sensi del diritto internazionale umanitario e senza che l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione»¹³¹.

La Corte di Giustizia, inoltre, nel caso *Elgafaji*, una pronuncia emessa sempre in tema di protezione sussidiaria, ha evidenziato la necessità che il conflitto armato sia caratterizzato da una violenza indiscriminata che provoca «danni contro i civili a prescindere dalla loro identità». In altri termini, dunque, una violenza che espone una persona, per il sol fatto di essere presente in un determinato ambito territoriale e indipendentemente dalla sua identità, a una minaccia grave¹³².

Tenendo presente la suddetta precisazione e considerando tale nozione “estesa” di conflitto armato, è possibile procedere oltre.

Come si è detto, la questione appare di estrema attualità in Europa in tale momento storico a causa dello scoppio del recente conflitto russo-ucraino, che sta causando la fuga del Popolo ucraino verso Paesi più sicuri e che sarà meglio approfondita nel prosieguo della trattazione.

¹³⁰ Cfr. A. VEDASCHI, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, p. 47 ss.; In tema si veda pure G. DEVERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, p. 1 ss.

¹³¹ CGUE, 30 gennaio 2014, C-285/12, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Belgio)*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2014:39

¹³² CGUE, 17 febbraio 2009, C-285/12, *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie (Paesi Bassi)*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2009:94, punto 35.

Orbene, gli esodi di massa non sembrano essere presi in considerazione dalla Convenzione di Ginevra del 1951, poiché questa è sorta, come si è visto, al fine di risolvere il problema riguardante la protezione da riconoscere ai cittadini provenienti, singolarmente o in gruppi limitati, dalla Germania dell'Est a quella dell'Ovest¹³³.

La Convenzione di Ginevra, inoltre, come si è visto in precedenza, si applica soltanto nei casi indicati tassativamente indicati dalla stessa, ossia per persecuzioni legate a motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza ad un gruppo sociale o a motivi politici e, quindi, non sembra estensibile a fenomeni bellici o similari¹³⁴.

Il problema, tuttavia, è stato preso in considerazione in altri strumenti di diritto internazionale, che dimostrano una tendenziale propensione degli Stati a risolvere la questione, tenendo conto delle sottostanti ragioni a carattere umanitario¹³⁵.

Per quanto riguarda, in particolare, il Continente europeo, se ne prenda atto nel divieto di espulsioni collettive sancito all'art. 4, Protocollo n. 4, allegato alla CEDU¹³⁶.

Secondo parte della dottrina, tra l'altro, tale divieto ha assunto valore consuetudinario o di principio di diritto internazionale *ex art.* 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia¹³⁷.

¹³³ In relazione al diverso caso, invece, delle masse migratorie che fuggono per motivi più disparati, come quelli economici, al cui interno, però, possa trovarsi un individuo richiedente asilo perché perseguitato, A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, p. 523, nota n. 88 scrivono: «Di fronte ai recenti gruppi di *migranti* che cercano di sbarcare sulle coste italiane [...] si deve notare come, probabilmente, la norma sancita dalla Convenzione di Ginevra non possa applicare al caso di specie. L'art. 1 della *Convenzione* aveva infatti riguardo ad una fattispecie diversa di quella attuale. Si occupava cioè del singolo o di pochi individui in fuga [...]».

¹³⁴ In tema si veda da ultimo R. VIVIANI, *L'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 a situazioni di conflitto armato e violenza*, in *Questione Giustizia*, 1, 2022, p. 73 ss.

¹³⁵ Si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione di Cartagena di Las Indias del 1984 in cui si è cercato di raccomandare agli Stati la necessità di prevedere l'estensione della nozione di «rifugiato» oltre che «[a]gli elementi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 [...] anche [...] alle persone fuggite dal loro paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico», preso atto degli esodi di massa sempre più frequenti nella regione centro-americana, così come si evince dalle Conclusioni-Raccomandazioni, II, punto n. 3. Sul punto si veda E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., pp. 66-67; S. MARCHISIO, *Art. 10.3...*, cit., p. 8.

¹³⁶ In tema di espulsioni collettive in ambito CEDU, fra gli altri, Cfr. G. CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2010, p. 7 ss.; J.M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, p. 41; B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Art. 19. Protezione in caso di allontanamento*, cit., pp. 372- 378; N. RONZITTI, *Il Trattato Italia- Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, Dossier Senato della Repubblica, 2009; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 258 ss. E. ZANIBONI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nel diritto internazionale convenzionale, con particolare riguardo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Gli Stranieri*, 2004, p. 615 ss.

¹³⁷ In tal senso cfr. M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale*, in A. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, p. 417 ss, il quale osserva in proposito che «La dottrina sembra orientata verso l'idea che esista una norma consuetudinaria o un principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38 Statuto della Corte internazionale di giustizia».

In base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per espulsioni collettive si intende qualsiasi misura volta ad espellere gruppi di stranieri da un Paese senza un previo ragionevole esame delle singole situazioni coinvolte¹³⁸.

Tale divieto sussiste anche in caso di respingimenti collettivi alla frontiera o in alto mare, così come affermato nel noto caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*¹³⁹ in cui alcuni cittadini stranieri in arrivo (presumibilmente) sulle coste italiane sono stati respinti in Libia senza una previa identificazione o intervista individuale¹⁴⁰.

La CEDU, quindi, pare prendere in considerazione non soltanto gli esodi di massa in caso di situazioni conflittuali o pericolose, ma anche quei casi in cui vi siano masse di migranti causate da ragioni più disparate, anche economiche, che non possono essere respinte senza procedere all'esame delle concrete situazioni individuali.

La *ratio* del divieto, infatti, è quella di evitare che in tali masse migratorie vi si possano trovare soggetti bisognosi di protezione internazionale¹⁴¹.

La norma CEDU, di conseguenza, a maggior ragione appare applicabile in caso di masse di individui che fuggono tutti da situazioni pericolose come la guerra.

Il problema, inoltre, è stato specificamente affrontato nell'ambito dell'Unione europea in altri due testi normativi: con la previsione di cui all'art. 19 della CDFUE, in cui è affermato che «1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti»¹⁴²; e con la Direttiva sulla protezione temporanea di sfollati del 2001 (Direttiva 2001/55/CE)¹⁴³.

¹³⁸ Corte eur. dir. uomo, 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/1999, *Çonka c. Belgio*, in *Reports ECHR*, 2002-I, p. 47 ss., punto n. 4 delle Conclusioni. In tema di espulsioni collettive si veda pure Corte eur. dir. uomo (Commissione), 3 ottobre 1975, ricorso n. 7011/1975, *Becker c. Danimarca*, in *ECLI:CE:ECHR:1975:1003DEC000701175*; Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 1999, ricorso n. 45917/1999, *Andric c. Svezia*, in *ECLI:CE:ECHR:1999:0223DEC004591799*; Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 1988, ricorso n. 14209/1988, *Alíkabs ed altri c. Paesi Bassi*, in *ECLI:CE:ECHR:1988:1216DEC001420988*.

¹³⁹ Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/2009, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, in *Reports ECHR*, 2012-II, p. 1 ss.

¹⁴⁰ Sul punto per maggiori approfondimenti si veda A. DEL GUERCIO, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2010, p. 73 ss., nonché M. DI FILIPPO, *L'allontanamento...*, cit., p. 418, il quale in particolare afferma sul caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia* che «La Corte [...] ha optato per un'interpretazione evolutiva del termine, giustificata principalmente con l'esigenza di evitare che gli Stati potessero aggirare le garanzie offerte del Protocollo n. 4 prevenendo l'arrivo di possibile presentazione di argomenti da parte della persona contro il provvedimento a lei sfavorevole».

¹⁴¹ Nel caso Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/2009, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, cit. infatti la Corte scrive che la necessità del divieto è quella di «to prevent states being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances».

¹⁴² In tema Cfr., per tutti, B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Art. 19. Protezione in caso di allontanamento*, cit., p. 369 ss.

¹⁴³ La Direttiva è stata recepita in Italia con D. lgs. 07 aprile 2003, n. 85, in *Gazz. Uff.*, n. 93 del 22 aprile 2003.

Tale Direttiva, in particolare, è volta a dare protezione temporanea negli Stati membri dell'UE in caso di afflusso massiccio di sfollati.

Le norme della Direttiva costituiscono un sistema minimo di tutela garantito nell'Unione europea, che può accompagnarsi a un regime di maggior favore stabilito dai singoli Stati (cfr. considerando n. 12). È finalizzata, come già detto, alla protezione temporanea di sfollati – della durata di un anno, rinnovabile di sei mesi in sei mesi fino a un totale di anni tre (art. 4) – quando non risulta applicabile il sistema dell'asilo e si applica, nello specifico, nel caso di persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica, nonché nel caso di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani (art. 2)¹⁴⁴.

Nell'ambito dell'UE risulta applicabile, altresì - sebbene in questo caso, facendo leva sul tenore letterale della norma, sembra che ci riferisca più a situazioni individuali, che a esodi di massa - la protezione sussidiaria disciplinata, come si è visto in precedenza, dalla Direttiva qualifiche del 2011 (Direttiva 2011/95/UE). La protezione sussidiaria, infatti, è riconosciuta a colui il quale «correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno» (art. 1, lett. f), tra cui vi rientra «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*» (art. 15, lett. c).

Ciò posto, alla luce dei rapporti che legano l'ordinamento italiano con quello europeo e con le previsioni dettate in ambito CEDU - ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. - sembra che la questione degli esodi di massa trovi una disciplina sufficiente a tutelare in Italia i soggetti bisognosi di protezione che non presentino i requisiti per l'asilo

Per le suesposte ragioni, il problema non sembra, dunque, sussistere in ambito europeo, grazie alla integrazione multilivello della disciplina sulla protezione internazionale.

Qualora, inoltre, si accogliesse la tesi vista prima e sostenuta in dottrina della natura consuetudinaria del divieto di cui all'art. 4, Protocollo n. 4, allegato alla CEDU, questo entrerebbe a far parte dell'ordinamento italiano anche ai sensi dell'art. 10, comma 1, della Costituzione, dovendo la Repubblica «conforma[rsi] alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute».

Pare, altresì, che l'art. 10, comma 1, Cost. si presti ad essere applicato in tali situazioni anche per altre ragioni e che, pertanto, potrebbe costituire una via aggiuntiva o, comunque, integrativa a quella europea per dare tutela alle masse di migranti che fuggono dalla guerra.

¹⁴⁴ Sul punto si veda N. ARENAS, *Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2005, p. 1275 ss.; C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Cedam, Padova, 2011, p. 119 ss.

Pur non potendo, dunque, fare riferimento per gli esodi di massa in caso di guerra al comma 3, dell'art. 10 della Costituzione, così come si è visto in precedenza, un valido ausilio sembra essere rappresentato dal comma 1 dell'art. 10 Cost¹⁴⁵.

Nelle situazioni belliche, infatti, chi decide di abbandonare il Paese in conflitto lo fa perché costretto al fine di salvaguardare la propria vita che rischia di subire in quel momento un grave danno o di sottrarsi ad un concreto pericolo di tortura generalizzata o di trattamenti inumani e degradanti.

Orbene, come sottolineato da autorevole dottrina in tema di diritti umani, il diritto alla vita rappresenta un diritto umano supremo, che si presta ad essere derogato solo in presenza di atti legittimi - ad esempio la condanna alla pena di morte emessa in un ordinario procedimento giudiziario o un atto *legittimo* di guerra – e che, secondo una frequente opinione, «riflette il diritto consuetudinario»¹⁴⁶.

La medesima dottrina, inoltre, evidenzia che il diritto alla vita di norma è inserito nei trattati internazionali nel nucleo duro di quei diritti che non si prestano ad essere derogati neanche in caso di emergenza nazionale¹⁴⁷.

A tal proposito, si pensi, ad esempio, all'art. 15, parr. 1 e 2, CEDU in cui è sancito «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7».

Si ricordi, altresì, che durante i conflitti armati, la legittimità degli atti di guerra è valutata anche alla luce del rispetto del c.d. *diritto internazionale umanitario*, con cui si disciplina la condotta degli eserciti e si dettano norme a tutela degli individui, civili e militari, facenti parte a qualsiasi titolo del conflitto¹⁴⁸.

Lo stesso accade in caso di divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti, la cui natura consuetudinaria è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza nazionale e internazionale in tema, che, talvolta, ne ha pure affermato valore di *jus cogens*, ossia di norma inderogabile¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Tuttavia, C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, cit., p. 225, sembra ammettere l'applicazione alle masse dell'art. 10, comma 3, Cost., purché intervenga una legge che disciplini il fenomeno. L'orientamento, però, non pare da condividere per le ragioni esposte *supra*, § 5, a cui qui si rimanda.

¹⁴⁶ Così C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 231. Per una disamina approfondita della tutela del diritto alla vita nel sistema dei valori di natura costituzionale si veda I. A. NICOTRA, *Vita e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997. Si veda anche I. A. NICOTRA, voce *Vita (Diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁴⁷ Ivi, pp. 231; 257-259.

¹⁴⁸ Il "diritto internazionale umanitario" è stato positivizzato in una serie di importanti Convenzioni concluse a L'Aja e a Ginevra tra il 1899 e il 1949. Per una disamina più approfondita sul punto si veda A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni...*, cit. (2009), p. 290 ss.

¹⁴⁹ Sul punto in dottrina C. FOCARELLI, *La persona...*, cit., pp. 106-107; 136- 139. In giurisprudenza Camera dei Lord, 29 marzo 2006, *Jones e altri*, in www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones.pdf, 14 marzo 2022;

Orbene, se si accoglie la tesi della natura consuetudinaria del diritto alla vita e del divieto di tortura, sembra possibile affermare che la tutela dei migranti che fuggono dalla guerra trovi nell'ordinamento italiano una sua base normativa di natura costituzionale all'art. 10, comma 1.

La natura di diritto internazionale generale di tali diritti, infatti, in presenza dei relativi presupposti, impone una loro tutela di natura costituzionale aggiuntiva/integrativa rispetto a quella già riconosciuta in ambito europeo.

Il medesimo ragionamento, di conseguenza, potrebbe applicarsi anche in altre situazioni di guerra, allorché vi sia l'effettivo rischio che si verifichino violazioni di diritti umani che abbiano valore di diritto internazionale generale.

8. Un problema nuovamente attuale anche per i popoli europei: il conflitto russo-ucraino

Dopo un periodo di tentativi di risoluzione diplomatica dei contrasti tra la Russia e l'Ucraina, causati, principalmente, dalla contrarietà della Russia a una possibile futura adesione dell'Ucraina all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord (NATO)¹⁵⁰, le truppe russe, il 24 febbraio 2022, hanno invaso il territorio ucraino.

La guerra in Europa, che fino a poco tempo fa sembrava essere una questione ormai risalente nel tempo, è divenuta così di drammatica attualità e ciò ha provocato espressioni di solidarietà provenienti soprattutto dagli altri Paesi europei e rivolte alla popolazione ucraina, che si ritrova costretta a fuggire dalle zone del conflitto¹⁵¹.

L'attualità della questione impone alcune considerazioni in ordine alla normativa applicabile e alle misure legislative all'uopo adottate.

La base normativa di riferimento per poterli accogliere, come abbiamo avuto modo di appurare nel paragrafo precedente, è da rinvenire per l'Italia nel sistema CEDU, nel diritto dell'Unione europea, nonché nel diritto costituzionale.

ICTY, 10 dicembre 1998, caso n. IT-95-17/1, *Furundzija*, in *Int. Law. Rep.*, vol. 121, 2002, par. 30; Corte eur. dir. uomo, 21 novembre 2001, ricorso n. 35763/97, *Al-Adsani c. Regno Unito*, in *Reports ECHR*, 2001-XI, p. 79 ss. La valenza di *jus cogens* del divieto di tortura è stata anche riconosciuta dalla Commissione di diritto internazionale nel suo studio *Fragmentation of International Law* del 13 aprile 2006, pp. 158-159.

¹⁵⁰ La NATO, organizzazione sorta tra Stati Uniti, Canada e alcuni Paesi europei e volta a collaborare nel settore della difesa, è stata istituita con il Trattato dell'Atlantico del Nord, firmato a Washington nel 1949, la cui autorizzazione alla ratifica ed esecuzione è avvenuta in Italia con l. 1° agosto 1949, n. 465 in *Gazz. Uff.*, n. 177 del 4 agosto 1949.

¹⁵¹ Sulla natura del conflitto in atto in Ucraina si veda M. IOVINE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022 p. 6 ss. In tema di conflitto ucraino si veda pure M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russa-ucraina*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, p. 20 ss.

Per il problema degli sfollati ucraini, in particolare, in ambito UE è stata adottata la Decisione di esecuzione UE 2002/382¹⁵² nella quale è stata prevista l'applicazione della protezione temporanea di cui alla Direttiva 2001/55/CE ai cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022; ai cittadini di Stati terzi o apolidi che beneficiavano di protezione internazionale o equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio del 2022; ai familiari delle suddette categorie di persone. La protezione temporanea, inoltre, può essere estesa dai singoli Stati membri – in alternativa di una protezione equivalente - ai cittadini di Stati terzi o apolidi che prima del 24 febbraio 2022 godevano di un permesso di soggiorno permanente in Ucraina. È, infine, facoltà degli Stati di fornire medesima protezione ai soggiornanti non permanenti qualora non riescano a ritornare in condizioni sicure nel proprio Paese di origine.

Per quanto riguarda il diritto costituzionale, come si è detto, a tal proposito sembra prestarsi a tal fine sia con riferimento alle norme attraverso le quali l'Italia regola il fenomeno di adattamento alla Convenzione EDU e al diritto dell'Unione europea – ossia gli articoli 11 e 117, comma 1, Cost. - che con riferimento, sussistendone i presupposti, all'art. 10, comma 1, Cost. di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generale.

All'indomani dello scoppio del conflitto, numerosi Paesi europei, spesso in azioni coordinate con l'Unione europea, hanno proceduto a varare provvedimenti normativi di dettaglio per l'accoglimento dei soggetti in fuga.

Ciò è avvenuto anche in Italia. In particolare, è stata data attuazione alla sopracitata Decisione di esecuzione UE con il DPCM del 28 marzo 2022¹⁵³, ma soprattutto è stato emanato il d.l. 28 febbraio 2022, n. 16¹⁵⁴, riguardante nello specifico l'accoglimento dei cittadini ucraini e che ha seguito il d.l. 25 febbraio 2022, n. 14¹⁵⁵, concernente sempre la crisi ucraina, ma nel quale sono sancite soltanto disposizioni a carattere militare.

¹⁵² Decisione di esecuzione UE 2002/382 del Consiglio del 04 marzo 2002, *che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della Direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea*, in GUUE L 71/1 del 04 marzo 2002.

¹⁵³ DPCM 28 marzo 2022, *Misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso*, in *Gazz. Uff.*, n. 89 del 15 aprile 2022. Sul punto, tuttavia, è stato osservato in M. FLAMINI, *Il sistema di protezione internazionale per i cittadini ucraini anche alla luce dei nuovi interventi normativi*, pubblicato a cura dell' Ufficio del massimario e del ruolo Corte suprema di cassazione, Rel. n. 36, 12 aprile 2022, p. 7 che il DPCM in questione non prevede l'applicazione della protezione temporanea per tutte le categorie di persone previste dalla Decisione di esecuzione UE a cui dà attuazione, in quanto esclude i cittadini di stato terzo o gli apolidi regolarmente soggiornanti con un permesso di soggiorno non permanente; i soggiornanti irregolari richiedenti protezione internazionale in Ucraina; le persone fuggite dall'Ucraina anche qualche tempo prima del 24 febbraio 2022. Ciò, quindi, «si traduce in un forma di protezione selettiva che lascerà prive di tutela un rilevante numero di persone». In tema si veda anche C. SCISSA, *La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in UE e in Italia; alcuni profili critici*, in *Questione Giustizia*, 1, 2022, p. 79 ss..

¹⁵⁴ D.l. 28 febbraio 2022, n. 16, in *Gazz. Uff.*, n. 49 del 28 febbraio 2022.

¹⁵⁵ D.l. 25 febbraio 2022, n. 14, in *Gazz. Uff.*, n. 47 del 25 febbraio 2022.

Nel decreto legge n. 16/2022, all'art. 3, è previsto l'incremento di 3000 unità del sistema di accoglienza ed integrazione (SAI), ossia il sistema che prevede il coordinamento e la collaborazione tra diversi livelli di governo, attraverso la realizzazione di appositi progetti, finalizzati all'accoglienza e all'integrazione¹⁵⁶.

È previsto, inoltre, che i cittadini ucraini possano essere accolti, oltre che nell'ambito del SAI, nei centri governativi di prima accoglienza o, su disposizione del Prefetto, in apposite strutture temporanee¹⁵⁷.

Ciò che più colpisce, però, a dimostrazione della particolarità della situazione e delle sensibilità che sta inevitabilmente suscitando il problema, a cui sicuramente contribuisce la vicinanza geografica del conflitto agli altri Paesi europei, è quanto sancito all'art. 3, comma 5, del decreto oggetto d'esame, nel quale è affermato che l'accoglienza nei suddetti centri può avvenire «anche se non in possesso della qualità di richiedente protezione internazionale o degli altri titoli di accesso previsti dalla normativa vigente».

Il legislatore, dunque, condivisibilmente, ha voluto applicare il sistema di accoglienza riservato ai richiedenti protezione internazionale anche ai cittadini ucraini che non presentino specifiche situazioni tali da giustificare la richiesta.

La *ratio* della norma, quindi, sembra essere quella di garantire la più ampia accoglienza ed integrazione possibile, estendendo, per quanto possibile, disposizioni legislative e prassi consolidate al problema dei degli ucraini¹⁵⁸.

La disposizione, inoltre, sembra trovare una ulteriore ragione nell'evitare che il sistema di accoglienza riservato agli ucraini possa riscontrare delle difficoltà di applicazione o lacune normative, stante la novità della questione.

In tal modo, dunque, il legislatore ha eliminato, per quanto possibile, cavilli burocratici capaci di arrestare il processo di accoglienza e la risoluzione della situazione emergenziale.

All'art. 4 del decreto legge, infine, sono previste misure a sostegno a carattere finanziario per gli studenti, i dottorandi, i ricercatori e i docenti ucraini che svolgono attività di studio e ricerca presso istituti italiani o in collaborazione con essi nell'ambito di appositi programmi di mobilità internazionale.

¹⁵⁶ Il SAI è stato previsto dall'art. 4, d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 in *Gazz. Uff.*, n. 261 del 21 ottobre 2020, che ha sostituito il SIPROIMI previsto dal d.l. n. 113/2018 e che, a sua volta, aveva sostituito il sistema SPRAR di cui al d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, in *Gazz. Uff.*, n. 214 del 15 settembre 2015.

¹⁵⁷ Si tratta delle strutture di cui agli artt. 9-11, d.lgs. n. 142/2015.

¹⁵⁸ In tale direzione, di conseguenza, sono state emanate le linee guida del Ministero dell'Interno, nelle quali si rinvencono, tra l'altro, istruzioni pratiche al fine di regolarizzare la permanenza in Italia e le prescrizioni in tema di Covid-19, reperibili in [Ministero dell'Interno](#), 14 marzo 2022, nonché la circolare del Ministero dell'Interno del 2 marzo 2022, prot. 0006378, reperibile in [Ministero dell'Interno](#), 14 marzo 2022, in cui si invita, in particolare, a tenere conto della situazione specifica dei cittadini ucraini, perlopiù donne e bambini.