Claudio Panzera

Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d'asilo

1. OBLIO DI UNA NORMA COSTITUZIONALE?

Fra le norme *dimenticate* della Costituzione una recente raccolta di studi ha incluso anche quella che riconosce allo straniero il diritto di asilo nel territorio della Repubblica (art. 10, comma 3). Come sarebbe stata l'Italia di oggi, ci si chiede nell'introduzione alla raccolta, se questa e altre «visionarie» promesse della Carta fossero state mantenute? E, soprattutto, il parziale tradimento del disegno costituente implica che le norme rimaste inattuate siano pure divenute *inattuali*, superate, «obsolete»? (Cassese 2021, 3 s. e 7).

Domande del genere non sono nuove nel panorama degli studi sulla Carta costituzionale, ricorrendo praticamente in ogni fase della sua evoluzione. Per quanto concerne la norma sul diritto d'asilo, il primo dei due interrogativi sottende la tesi che questa sia rimasta inattuata sul piano legislativo (Tuccillo 2021, 125). Ora, poiché in materia vige una disciplina piuttosto elaborata, risultante dalla sovrapposizione e dall'intreccio di fonti di origine e grado differenti, occorre anzitutto chiedersi se la normativa esistente integri una forma di attuazione, ancorché parziale e imperfetta, del precetto costituzionale ovvero ne costituisca un tradimento sostanziale; solo in seguito ci si potrà interrogare sull'eventuale obsolescenza del medesimo.

Le questioni poste ne richiamano a catena altre.

La disciplina infra-costituzionale fa riferimento a forme di protezione comunemente qualificate come «asilo» ma segnate da marcate differenze sul piano sostanziale. Appare dunque preliminare cogliere, all'interno del medesimo *genus*, la differenza specifica tra tali figure e l'istituto costituzionale; ciò presuppone, evidentemente, che questo abbia un contenuto normativo proprio, autonomo e distinto da quelle, individuabile con sufficiente chiarezza. Come e in quali limiti tale contenuto si integri con quello degli altri istituti previsti rappresenta un secondo problema, ampiamente dibattuto, che solleva ulteriori questioni di carattere formale e sostanziale, attinenti al rapporto tra le fonti di disciplina e alla plausibile sovrapposizione dei rispettivi contenuti normativi e mezzi di tutela. Ai due problemi richiamati se ne aggiunge un terzo, legato alla natura precettiva che una consolidata giurisprudenza e una pressoché unanime dottrina da lungo tempo riconoscono alla norma in esame (*contra*, oggi, Olivetti 2020, 113): al tema dell'(in)attuazione legislativa, così, si affianca in parallelo quello dell'applicazione giudiziaria e delle sue virtualità rispetto alla soluzione di controversie interpretative generate dalla coesistenza di figure giuridiche *affini* ma non coincidenti. L'incrocio tra formante giurisprudenziale e formante legislativo, questo è il punto, adempie in modo soddisfacente il mandato costituzionale o contribuisce piuttosto all'incertezza derivante da una stratificazione non coordinata degli strumenti di tutela, avallando così l'impressione che l'art. 10, comma 3, Cost. sia da riformare secondo lo spirito del tempo presente?

2. IL «DUPLICE VOLTO» DEL DIRITTO DI ASILO

Il termine «asilo» designa, in senso lato, la protezione accordata in un determinato luogo ad un individuo ad opera di un'autorità (Mastromartino 2012, 2). Questa definizione convenzionale abbraccia una molteplicità di figure, ma resta inevitabilmente generica: tipo di protezione, beneficiario, luogo e autorità mutano nel corso della storia, seguendo le linee evolutive delle forme politiche che si sono succedute da quando l'asilo – che ha origini antichissime – ha fatto la sua comparsa (Reale 1938, 473 ss.).

Sul piano dell'evoluzione storica, possono individuarsi almeno sette diverse accezioni in ragione della causa legittimante la protezione: 1) segno della misericordia divina nel racconto biblico dell'esilio del fratricida Caino; 2) effetto riflesso della sacralità del luogo presso i greci e in altre civiltà antiche; 3) attributo connesso all'inviolabilità dell'abitazione (il ciceroniano *domus, commune perfugium*) e poi all'istituto dell'esilio nel diritto romano; 4) strumento della *salus animarum* amministrata dalla Chiesa, affiancata e nei fatti sostituita dalla prerogativa dell'*immunitas Ecclesiae* agli esordi dell'età media; 5) corollario della statualità in epoca moderna, quale riflesso della sovranità territoriale dello stato; 6) garanzia individuale finalizzata al sostegno della lotta in favore della libertà dei popoli dall'oppressione di regimi tirannici nella transizione dall'assolutismo verso lo stato liberale di diritto; 7) da ultimo, strumento di protezione della persona e dei suoi diritti inviolabili nel quadro dei princìpi posti alla base della convivenza tra le nazioni dopo il secondo conflitto mondiale.

Di queste varie declinazioni, solo le ultime tre mantengono una concreta rilevanza per l'attuale configurazione giuridica dell'istituto, che non a caso riflette la natura composita, e contraddittoria, del peculiare *milieu* nel quale è stato forgiato.

Ambigua appare, anzitutto, la qualificazione normativa dell'asilo: «diritto dell'individuo» in alcuni ordinamenti, «diritto (prerogativa) dello stato» in altri. Se la Costituzione italiana offre un fulgido esempio dell'opzione in favore della prima alternativa, altre Costituzioni – come quella francese – si sono invece orientate per la seconda, nel senso di far dipendere la concessione dell'asilo da un apprezzamento discrezionale dell'autorità. L'ambiguità aumenta se si considera l'ordinamento internazionale, ove la solenne enunciazione del diritto dell'individuo «di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni» (art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) si staglia su uno sfondo ancora dominato dalla tradizionale concezione dell'asilo come beneficio che i singoli stati concedono discrezionalmente: una sorta di *Reflexrecht* derivante dalla loro sovranità territoriale. A metà strada fra le due opzioni si colloca la disciplina dell'Unione europea.

Quel diritto dell'individuo di godere di un rifugio dalle persecuzioni, dunque, si stempera nella previsione in capo agli stati di doveri di protezione variamente modulati, finanche di limiti all'esercizio dei loro poteri di allontanamento ed espulsione dal territorio o di respingimento alla frontiera, ma non assicura ciò che più di ogni altra cosa garantirebbe l'effettività dell'asilo, ossia il *diritto all'ingresso* nel territorio dello stato. Neppure la *Magna Charta* del sistema di protezione internazionale – la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951 – giunge a tanto: alla previsione del divieto di respingimento gravante sugli stati aderenti (l'*hard core* del sistema stesso) non corrisponde, difatti, l'affermazione di un correlativo diritto del rifugiato di accedere al territorio, né un simile riconoscimento trova appigli nel diritto internazionale generale.

3. TENSIONI DI CONFINE

Si può presumere che la connotazione anfibologica dell'istituto – diritto-prerogativa statale *versus* diritto-pretesa individuale – sia destinata a durare a lungo, non solo per il diverso approccio seguito dagli stati o per la faticosa e contraddittoria marcia del diritto internazionale umanitario in un contesto di relazioni globali post-westfaliano ma non certo de-statualizzato. Quell'ambivalenza cela sotto traccia una questione più profonda, che tocca da vicino due tensioni essenziali del costituzionalismo contemporaneo o, meglio, la diversa «velocità» alla quale esse procedono: la tensione verso l'universalizzazione dei diritti umani e quella verso la democratizzazione del potere politico. La prima tende continuamente a superare il paradigma statale, la seconda ne è in larghissima parte vincolata; questa si alimenta della separazione tra chi è «dentro» la comunità politica (i cittadini) e chi ne resta «fuori» (stranieri e apolidi), quella invece ne prescinde e, anzi, pone una sfida permanente a simili distinzioni; e si potrebbe continuare.

Il punto qui rilevante è che l'invocazione dell'asilo «spezza la circolarità del rapporto fra garanzia dei diritti e obbligazione politica su cui da quattro secoli si fonda la dogmatica dello stato moderno»

(Panzera 2020, 13); in quanto diritto esclusivo del *non* cittadino, deve precisarsi, lo fa in modo paradigmatico rispetto ad altri diritti fondamentali dell'uomo. La pretesa soggettiva che l'accompagna, infatti, postula l'obbligo per lo stato ricevente di proteggere anche chi è formalmente estraneo alla comunità dei *cives*, ammettendolo e autorizzandolo a rimanere per il tempo necessario sul territorio, con tutto quel che ne consegue in termini di tutela giuridica e inclusione sociale. In tal senso, l'asilo pone una sfida continua alla sovranità territoriale di *qualunque* (tipo di) stato, per l'ineluttabile pretesa di incidere sull'esercizio di quei «poteri di confine» tramite cui sono regolati e amministrati gli interessi della comunità governata (Oliveri 2020, 109 ss.). Tuttavia, quel duplice passaggio – di apertura e accoglienza prima, di integrazione poi – è in grado, almeno negli ordinamenti liberaldemocratici, di generare processi virtuosi di consolidamento del legame civico tra i vecchi e nuovi consociati e, conseguentemente, di allargamento anche della cittadinanza formale.

4. LA TUTELA MULTILIVELLO DEL DIRITTO ALL'ASILO COME PROBLEMA

La duplicità del diritto di (all') asilo si riverbera dal piano teorico e definitorio su quello pratico nel momento di individuare la norma applicabile al caso concreto, per via della caotica stratificazione di discipline di diversa origine. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, come si sa, accanto al modello di «asilo-diritto» stabilito dalla Costituzione del 1948, vige dal 1954 (l. n. 722) il modello di «asilo-prerogativa» delineato dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati. Su quel medesimo tronco si innesta un terzo ramo, *ibrido*, con l'elaborazione mezzo secolo più tardi del sistema comune di asilo dell'Ue, sviluppato a partire dal regime convenzionale di protezione dei rifugiati.

A tali fonti esterne – più che al precetto costituzionale – ha essenzialmente guardato il legislatore ordinario nell'apprestare una disciplina in tema, del tutto carente fino alla c.d. legge Martelli del 1990 (n. 39) e, anche in seguito, frammentata in una serie di leggi e atti aventi valore di legge, regolamenti, circolari, ordinanze di protezione civile, tabelle di marcia ministeriali, prassi amministrative diversificate. È mancata, nonostante la sua evidente necessità (Bonetti 2004a, 17 s.; Benvenuti 2011, 76), una normazione *organica* di settore – un «codice del diritto di asilo» – che raccogliesse, ordinandoli in sistema, i molteplici interventi in materia (di competenza statale esclusiva: art. 117, comma 2, lett. *a*), Cost.), a completamento dell'altro fondamentale pilastro della disciplina generale sull'immigrazione, il testo unico del 1998 (d.lgs. n. 286).

Quel che più conta è che la ricezione dei vincoli pattizi e sovranazionali in tema di asilo ha determinato l'ovvia importazione a livello legislativo dei rispettivi modelli, *in assenza però di un loro coordinamento con il modello previsto nella Carta*, al contrario di quanto avvenuto in altri Paesi europei[1].

L'esigenza di un allineamento dei modelli di asilo esistenti non è però venuta meno. La soluzione si è cercata sul piano giurisprudenziale, attraverso la prospettazione di due letture alternative del precetto costituzionale. Per la prima, questo sarebbe interamente assorbito – nel senso di attuato – dall'insieme delle fattispecie regolate dalla legislazione vigente, abbiano esse origine esterna (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) o interna (ex protezione umanitaria), senza alcun margine residuo di applicazione[2]. La funzione dell'istituto sarebbe dunque analoga a quella di un *contenitore* o un'*etichetta*. Per la seconda, la disciplina costituzionale configurerebbe una situazione giuridica prodromica e strumentale per l'accesso alla protezione internazionale, un *diritto-mezzo* volto «a ottenere il

[1] Francia e Germania, ad esempio, hanno optato per la modifica – a onore del vero, di segno restrittivo – delle clausole costituzionali in materia: v. l'art. 53-I Cost. fr. e l'art. 16a *GG*, nel testo risultante dalle revisioni del 1993.

[2] Cass. civ., sez. VI, ord. n. 10686/2012; orientamento poi seguito in modo costante dal giudice di legittimità (cui corrisponde un rifiuto di applicazione «autonoma» dell'art. 10, comma 3: fra le ultime, v. Cass. civ., sez. I, n. 26089/2022), e richiamato anche dalla Corte costituzionale in un passaggio della sent. n. 194/2019 (da cui non sembra tuttavia dedursi alcuna acquiescenza all'interpretazione citata: Panzera 2020, 150 s.; Rossi 2020, 169 s.).

rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello *status* di rifugiato»[3].

Si tratta di approcci preoccupanti e fortemente discutibili (Benvenuti 2018, 19 ss.), in quanto, pur muovendo da premesse diverse, finiscono entrambi per svuotare di sostanza la garanzia costituzionale del diritto all'asilo, diluendone l'efficacia in strumenti di protezione guidati – come si vedrà – da logiche meno esigenti nei riguardi delle condotte statali ed ascrivibili ad un diverso equilibrio tra il bisogno di protezione dello straniero ed il perseguimento degli interessi della collettività funzionalmente presidiati dal controllo delle frontiere, compito «ineludibile» dello stato (così la sent. cost. n. 353/1997).

In tale quadro, riemerge con forza la domanda circa l'inattualità del «dimenticato» terzo comma dell'art. 10. Fra le due alternative ne esiste però una terza, diretta a preservare – anche in assenza di intermediazione legislativa – uno spazio di applicazione del precetto costituzionale *parallelo* a e *integrativo* dell'articolato regime vigente. Una lettura, questa, che poggia sull'indiscussa natura di diritto soggettivo perfetto della situazione giuridica protetta (spec. Benvenuti 2007, 31 ss.), sulla convinzione che la norma in esame descriva una fattispecie sufficientemente completa insieme ad «una precisa delimitazione dei poteri della legge» (Esposito 1958, 224) e, infine, sul *favor* di un consolidato orientamento giurisprudenziale per l'immediata esigibilità del diritto in parola[4].

Il *coordinamento senza reciproco svuotamento* dei livelli di tutela qui proposto non colma, forse, tutte le incoerenze e ambiguità di una legislazione caotica e affastellata priva di una cornice di riferimento unitaria, né appiana ogni divergenza interpretativa fra le corti su portata ed effetti della tutela multilivello dei diritti, che, nell'ambito dell'asilo, sembra al momento offrire più problemi che soluzioni. Ma su ciò si tornerà più avanti, in seguito al confronto tra le fattispecie di cui si sta discorrendo[5].

5. IL MODELLO COSTITUZIONALE DI ASILO E GLI ALTRI MODELLI

Rispetto ad altri testi coevi, la Costituzione italiana offre al richiedente asilo una protezione senza dubbio originale e all'avanguardia. Prendendo le distanze dall'influente tradizione rivoluzionaria e poi liberale di matrice francese, che lega la *concessione* dell'asilo ad un giudizio di «meritevolezza» del beneficiario (implicito nel costante riferimento al prototipo dell'esule politico, paladino della libertà), i Costituenti optarono per una formulazione più ampia nei presupposti e netta nel qualificare la pretesa dello straniero come *diritto*, in aderenza allo spirito personalista che pervade la Carta.

«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», recita il terzo comma dell'art. 10. La disposizione si innesta, anzitutto, sul tronco dell'art. 2 Cost. *nella sua interezza*: l'asilo, infatti, rientra fra i diritti inviolabili dell'uomo e, al contempo, esprime al massimo grado il valore della solidarietà, elevato al di sopra del legame fra con-cittadini per abbracciare tutti i membri della famiglia umana. Si nota anche una certa assonanza tra la formulazione dell'art. 10, comma 3, e quella dell'art. 3, comma 2, soprattutto per il riferimento alla *condizione di impedimento effettivo* nell'esercizio di diritti fondamentali e all'*obbligo della Repubblica di agire*, se non per rimuoverla (obiettivo cui potrebbe dare un contributo soltanto indiretto, tramite idonea pressione sul paese di provenienza dello straniero nelle sedi internazionali e sovranazionali), almeno per mitigarne gli effetti[6].

---

[3] Cass. civ., sez. I, sent. n. 25028/2005. Benché si tratti di un approccio abbandonato dalla giurisprudenza di legittimità (già nella citata sent. 10686/2012), la sua logica riaffiora in alcune recenti pronunce di merito di cui si dirà al § 9.

[4] Sulla scorta dell'antesignana decisione del 27.11.1964 della Corte d'Appello di Milano, v. Cass. civ., sez. un., sent. n. 4674/1997.

[5] Poiché la disciplina europea sul sistema comune di asilo assorbe e amplia la tutela predisposta dal regime convenzionale sui rifugiati, è ad essa che si farà prevalente riferimento nel prosieguo del lavoro.

[6] Sull'accostamento proposto, e i suoi limiti, si rinvia per brevità alle osservazioni formulate in altra sede (Panzera 2020, 98 s.).

Per illustrare meglio le caratteristiche della garanzia costituzionale, e ciò che la distingue dalle altre forme di protezione esistenti, si prenderanno in esame quattro profili: la titolarità, la causa legittimante, la natura giuridica, il riferimento al territorio.

6. IL TITOLARE DEL DIRITTO ALL'ASILO E LA NOZIONE DI «STRANIERO»

Non sembrerebbe porre particolari problemi l'identificazione del titolare della situazione giuridica in esame: non si parla certo di diritto-*prerogativa* dello stato bensì di diritto-*pretesa* dello straniero secondo l'accezione più lata del termine, comprendente il cittadino di altro stato e l'apolide. Ora, poiché la legislazione in tema di immigrazione, recependo l'evoluzione istituzionale e normativa dell'Ue, non considera tali i *cittadini europei* (art.1, commi 1 e 2, t.u.i.), ci si deve chiedere se – per quest'ultima categoria – la clausola costituzionale sia da ritenere ormai del tutto inoperante, in linea con quanto prescrive il Protocollo n. 24 allegato al Trattato di Lisbona[7].

Il punto è delicato, perché la previsione costituzionale sul diritto all'asilo fa parte dei princìpi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e una limitazione della sua efficacia, stando alla ricostruzione che pare preferibile, può ricadere sotto l'«ombrello» dell'art. 11 Cost. a patto che ne derivi un *aumento* e non una diminuzione del livello di tutela concretamente disponibile[8]. Da qui una prima conclusione: l'applicazione del diritto dell'Unione non potrebbe mai legittimare (sul piano interno) un regime di asilo che avesse l'effetto di privare della tutela riconosciuta dal terzo comma dell'art. 10 un individuo – foss'anche cittadino europeo – che si trovasse *di fatto* nelle condizioni di poterne, volendolo, usufruire.

Saggiamente, l'ordinamento Ue contempla alcune vie di fuga in casi del genere. Da un lato, è lo stesso Protocollo citato a prevedere una serie di eccezioni, fra l'altro, se la concessione dell'asilo avviene per decisione unilaterale dello stato (specie se imposta dalla sua Costituzione). Dall'altro, il diritto derivato ammette – dietro l'iniziale spinta di convergenti orientamenti delle Corti europee – deroghe al trasferimento del richiedente dallo stato in cui questi si trova verso quello competente per l'esame della sua domanda qualora vi siano «fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale stato membro, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»[9]. Se si considera, infine, la recente parabola involutiva dello stato di diritto in Ungheria e Polonia, non può affatto escludersi che – al di là delle reazioni sul piano europeo *ex* art. 7 TUE e, ora, anche in base al «regolamento condizionalità» per la protezione del bilancio europeo[10] – ricorrano in concreto i presupposti indicati dal terzo comma dell'art. 10 per riconoscere, se invocato, il diritto all'asilo[11].

---

[7] «Gli stati membri dell'Unione europea, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo». Sul carattere più ideologico che realistico di tale assunto, v. Benvenuti (2011, 62).

[8] Sul principio di massimizzazione delle tutele nell'interazione fra garanzie interne ed esterne (globalmente intese) dei diritti fondamentali, v. il filone inaugurato dalle sentt. cost. nn. 348 e 349/2007.

[9] Art. 1, par. 2, reg. (Ue) n. 604/2013. La giurisprudenza successiva ha incluso fra le cause ostative al trasferimento anche la situazione di «estrema deprivazione materiale» in cui il richiedente verrebbe incolpevolmente a trovarsi a seguito della decisione: Corte giust., sentt. 19.03.2019, C-163/17 e, in pari data, C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17.

[10] Reg. (Ue, Euratom) 2020/2092. Con sentt. 16.02.2022, C-156/21 e C-157/21, la Corte di giustizia ha respinto i ricorsi per annullamento presentati da Ungheria e Polonia.

[11] Il ricordato Protocollo ammette già all'avvio dell'istruttoria, ai sensi del citato art. 7 TUE, la facoltà per gli altri stati membri di esaminare e accogliere le domande di asilo *europeo* presentate da un cittadino dello stato sotto osservazione; ciò non preclude comunque la possibilità di ricorrere all'asilo *costituzionale*, stante la diversità del presupposto legittimante (*infra*, § 7).

7. IL PRESUPPOSTO LEGITTIMANTE: L'INCERTO CONFINE DELLE «LIBERTÀ DEMOCRATICHE»

Per avere diritto a ricevere asilo nel territorio della Repubblica, lo straniero deve attestare che gli sia impedito nel suo paese l'*esercizio effettivo* delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana e che questo – non altro – sia il motivo alla base della sua domanda di protezione. Risiede qui una delle maggiori differenze fra l'istituto costituzionale e la nozione di «rifugiato» secondo la Convenzione di Ginevra (e, di sponda, il diritto Ue), che com'è noto presuppone l'esistenza di un giustificato timore di *persecuzione* per ragioni di razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinioni politiche (art. 1A, n. 2, Conv. Ginevra). L'art. 10, comma 3, prescinde invece da questo elemento, che dunque è irrilevante ai fini della sua applicazione: il tenore della disposizione è, sul punto, inequivoco ed anche i lavori preparatori confermano questa lettura (Cassese 1975, 531). A ridurre l'eccessiva indeterminatezza di quell'espressione, e parare il rischio di abusi (specie da parte di chi avesse tenuto in spregio i valori di libertà e democrazia: il pensiero andava, all'epoca, ai franchisti spagnoli), fu ritenuto sufficiente circoscrivere il novero delle libertà in parola a quelle «garantite» dalla Costituzione repubblicana, così contestualizzandone l'interpretazione[12].

Sta qui il nodo cruciale nella verifica della *autonomia* dell'asilo costituzionale rispetto agli strumenti di protezione esistenti, come pure della sua perdurante vitalità oggi. Atteso che non è necessario che il richiedente abbia subito o tema di subire un'*ingiusta* persecuzione[13], né che si sia attivamente speso nel proprio paese per la causa della libertà, si è ancora lontani dall'aver riempito di contenuti il sintagma «libertà democratiche». Vi fanno parte, ad esempio, le sole libertà coessenziali all'esistenza e al funzionamento di *ogni* regime democratico (D'Orazio 1992, 83 e 91), oppure anche quei diritti che *una* Costituzione democratica reputi fondamentale proteggere (come dire, per il loro valore «intrinseco» rispetto al modello di società delineato)?

A seguire fino in fondo l'orientamento più restrittivo, si giunge alla conclusione che la norma si riferisca essenzialmente ai *diritti politici* e, al limite, a quei soli diritti civili che qualificano il «contesto» per il legittimo esercizio dei primi e sempre che la lesione di questi ridondi in violazione di quelli (Cavasino 2010, 308 s. e 321 ss.). Secondo tale prospettiva, l'asilo costituzionale sarebbe volto a salvaguardare la «partecipazione [dello straniero] in modo eguale agli altri membri della comunità politica all'esercizio del potere sovrano, cioè il potere di determinare i caratteri dell'ordinamento giuridico cui è sottoposto» (*ivi*, 323). Questa tesi, però, non convince. Da un lato, focalizzandosi sulla compressione della *partecipazione* democratica, corre il rischio di circoscrivere la situazione in cui versa il richiedente asilo a quella dell'esule politico, in contrasto con la portata più ampia che il Costituente ha voluto riconoscere all'istituto. Dall'altro, assumendo esplicitamente un'accezione *procedurale* di democrazia, finisce per allontanarsi dal modello prefigurato dalla Carta, che opta per un sistema di «regole del gioco» delimitato sul piano sostanziale dai valori posti a fondamento dell'ordinamento (democrazia *costituzionale*: cfr. Spadaro 1994, 112 s.), di cui fanno certamente parte anche le libertà civili e non solo queste[14].

Per non accontentarsi di una soluzione meramente astratta del problema, è necessario valorizzare l'ancoraggio delle libertà democratiche alle specifiche garanzie offerte dalla Carta costituzionale, come si diceva «con-testualizzarle». Rimane questo, infatti, *il punto di vista determinante* nell'interpretazione della formula impiegata.

---

[12] Riferendosi ad una situazione oggettiva di «invivibilità» democratica (Barile 1984, 34), la norma costituzionale postula che il richiedente asilo non abbia negato con la parola o i comportamenti l'altissimo valore di quelle libertà democratiche il cui mancato esercizio lamenta (D'Orazio 1992, 70 ss.; Bonetti 2004b, 1142; Benvenuti 2007, 91).

[13] V. il regime di esclusioni dallo *status* di rifugiato dettato dall'art. 1F della Convenzione e, in senso ancor più restrittivo, dall'art. 12, par. 2, lett. *b*), e par. 3, dir. 2011/95/Ue (dir. qualifiche).

[14] Per un opportuno richiamo alla dimensione sostanziale, oltre che procedurale, del principio democratico in tema di asilo, v. Rossi (2020, 159 s.).

Su tale base, è possibile affermare che la nozione di «libertà democratiche» comprenda, oltre alle elementari libertà politiche del cittadino (l'elettorato attivo e passivo in condizioni di eguaglianza formale e l'associazionismo partitico), le classiche libertà civili (dall'*habeas corpus* all'inviolabilità del domicilio, alle libertà di circolazione e soggiorno, riunione e associazione, di coscienza e religione, di manifestazione del pensiero, di azione e difesa in giudizio, cui possono aggiungersi le libertà di scienza e di insegnamento), ma anche diritti della sfera economico-sociale, quali la libertà di scelta del lavoro (antidoto al lavoro forzato e alla riduzione in schiavitù), di organizzazione sindacale e di sciopero (presidio avverso gli squilibri nel conflitto sociale). Si reputano, invece, generalmente esclusi dal novero delle libertà in parola *altri* diritti sociali, non certo perché di minor rilevanza per la piena realizzazione del principio democratico o perché «costosi»; tale conclusione si giustifica, piuttosto, per la maggiore discrezionalità di cui gode il legislatore nel garantirne l'attuazione e la necessaria gradualità – imposta anche da ragioni finanziarie – che ne accompagna il concreto soddisfacimento tramite prestazioni e interventi attivi dei pubblici poteri. Ciò non toglie che questi diritti potranno, anzi *dovranno* essere garantiti anche al titolare dell'asilo, nel rispetto dei princìpi di eguaglianza e ragionevolezza, secondo la linea tracciata dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo allo straniero in generale (ricostruita, in ultimo, da Longo 2022, 205 ss.): scindere il beneficio dell'uno dal godimento degli altri equivarrebbe, difatti, ad un «tradimento del dettato costituzionale» (Silvestri 2018, § 1).

Sembra utile precisare, anche se non ce ne sarebbe bisogno, che l'individuazione del complesso di diritti e doveri da riconoscere allo straniero *dopo* l'ottenimento dell'asilo – ovvero della sua specifica «condizione giuridica»: artt. 10, comma 2, e 117, comma 2, lett. *a*), Cost. – è questione affatto distinta e autonoma rispetto alla determinazione delle libertà democratiche sottese all'invocazione della protezione medesima (Benvenuti 2007, 184 nt. 7). Sebbene possa apparire incoerente, sul piano logico-teorico, negare il godimento di quei diritti la cui compromissione è all'origine della richiesta di protezione, dal punto di vista dogmatico-positivo non si dà una corrispondenza biunivoca fra l'una e l'altra classe. Ad esempio, una volta ricevuto il permesso di soggiorno per asilo, lo straniero dovrebbe poter svolgere un'attività lavorativa e beneficiare delle protezioni sociali garantite ai soggetti vulnerabili, ma non potrà ottenere l'asilo invocando come ragione principale la mancanza di lavoro o lo stato di indigenza nel proprio paese; analogamente, il fatto che la richiesta di protezione si legittimi per la violazione dei suoi diritti politici in patria non implica che questi gli debbano essere automaticamente riconosciuti pure in Italia[15].

Volendo scendere dal piano della riflessione teorica a quello della osservazione pratica, si è costretti a prendere atto della scarsità di pronunce giudiziali su una questione così dirimente come l'interpretazione della nozione di «libertà democratiche», segno della marginale attenzione che l'istituto costituzionale ha ricevuto finora ed effetto collaterale della centralità acquisita nel tempo dalle forme di protezione esterne[16]. Dalle poche pronunce emesse non si ricava più di quanto era già possibile inferire da una lettura minimale dell'art. 10, comma 3, ossia che al *centro* della nozione di libertà democratiche si collocano sicuramente i diritti di partecipazione politica e i diritti della sfera pubblica (manifestazione del pensiero, riunione e associazione, organizzazione in partiti), ma resta in ombra ciò che sta ai suoi *margini*, i cui confini risultano ancora largamente indeterminati.

---

[15] Al più, si potrebbe ragionare di un'aspettativa del titolare dell'asilo ad un percorso facilitato verso la naturalizzazione (v. infatti il combinato disposto degli artt. 9, comma 1, lett. *e*) e 16, comma 2, l. n. 91/1992). Per altri versi, secondo un diffuso orientamento dottrinale, il fatto che la Costituzione riservi al cittadino il godimento dei diritti politici non esclude che il legislatore ordinario possa estenderlo secondo ragionevolezza anche agli stranieri residenti sul territorio.

[16] Nella generale afonia delle corti sul punto, si segnalano solo due decisioni di rilievo: la sent. cost. n. 11/1968, in tema di esercizio della professione giornalistica ed iscrizione obbligatoria al relativo albo (ove, tra l'altro, si afferma che i titolari del diritto all'asilo «devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*») e la sent. 1.10.1999 del Tribunale di Roma sulla domanda di asilo del dissidente turco Öcalan (con una rassegna delle «libertà democratiche» conculcate nel caso specifico: integrità fisica, libertà personale e domiciliare, diritto ad un processo equo e pubblico, libertà di parola e di stampa, diritto di associazione, anche politica, diritto a non essere discriminati in base alla propria etnia).

Ad esempio, nel dibattito internazionale si pone in modo sempre più insistente la questione dei migranti o *rifugiati ambientali*, una categoria ibrida in relazione alla quale salta la distinzione tra migrazioni forzate e migrazioni volontarie su cui tuttora si regge l'applicabilità del regime di protezione vigente (Berhman e Kent (a cura di) 2018). Potrebbero tali soggetti rientrare tra i destinatari dell'art. 10, comma 3, in base ad una lettura aggiornata (estensiva) del presupposto legittimante? Ancora, le eterogenee cause che fino a qualche tempo fa consentivano di rilasciare un permesso di soggiorno per *protezione umanitaria* – e, oggi, i permessi di soggiorno specifici che, a seguito del d.l. n. 113/2018 (come modificato dal successivo d.l. n. 130/2020), ne hanno preso il posto – rientrano nel perimetro delle libertà democratiche o ne costituiscono semmai un ampliamento legislativo del tutto legittimo ma pur sempre discrezionale?

Prima di tentare di rispondere a tali domande, è necessario procedere al confronto del presupposto in esame con i requisiti alla base delle forme di protezione di origine esterna, misurandone l'eventuale grado di «coestensione». Infatti, se davvero l'asilo costituzionale si risolve nelle forme di protezione esistenti, come afferma una consolidata giurisprudenza, v'è ancora una reale differenza fra le condizioni per il riconoscimento dell'uno e delle altre?

7.1. *I presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, sussidiaria e temporanea*

Lo *status di rifugiato* presuppone, come visto, l'esistenza di un fondato timore dello straniero di essere perseguitato per alcune precise ragioni (oltre al fatto di trovarsi fuori del suo paese di origine e di non potere/volere avvalersi della protezione di questo). Mentre l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, cui si riferisce il terzo comma dell'art. 10, non postula l'esistenza di alcuna persecuzione in capo al richiedente (ché, altrimenti, si introdurrebbe in via interpretativa un requisito aggiuntivo non previsto dalla Costituzione), si deve presumere che il rifugiato non possa, *a causa della persecuzione* subita o fondatamente temuta, esercitare nel proprio paese le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Il rapporto di implicazione è qui molto stretto e porta a ritenere che il fattore «persecuzione» agisca sul piano delle *cause* della situazione di fatto presupposta per l'attivazione della garanzia costituzionale.

Analoga conclusione può trarsi per la tutela supplementare introdotta dal diritto Ue, la protezione *sussidiaria*, in favore dello straniero che non rientri nella nozione di rifugiato ma nei cui confronti «sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno» e, per tale ragione, non può o non vuole «avvalersi della protezione di detto paese» (art. 2, lett. *f*), dir. qualifiche). Il successivo art. 15 della direttiva precisa cosa intendere per «grave danno», tipizzando alcune ipotesi – pena di morte, tortura o altro trattamento inumano o degradante, minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato – già coperte dalle garanzie stabilite dalla Cedu e in altre convenzioni internazionali. Tali fattispecie ricadono nel raggio di applicazione del divieto di *refoulement* e sono lambite anche dalla clausola costituzionale. La sovrapposizione fra le due fattispecie rimane comunque parziale, dal momento che l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche può nascere anche *aliunde* senza incrociare la strada della protezione sussidiaria.

Atipica, anche rispetto al sistema europeo comune di asilo, è la protezione *temporanea*, terza forma di assistenza (ma prima «pietra» del sistema di asilo europeo ad essere posata: dir. 2001/55/Ce) rivolta a facilitare un'accoglienza immediata al di fuori dei canali ordinari delle procedure di asilo «nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio» di profughi. La normativa offre agli stati membri uno strumento duttile e specifico – attivabile dal Consiglio a maggioranza qualificata – per situazioni critiche dal punto di vista *quantitativo*, che determinerebbero la concentrazione verso uno o alcuni di essi di un ingente numero di domande di protezione in un ristrettissimo arco di tempo. Pur essendo la più risalente forma di tutela europea di fronte a eventi traumatici che generano uno spostamento forzoso di grande entità (esemplificati nell'art. 2, lett. *c*) dir. cit.), è emblematico del suo carattere *politico-discrezionale* il fatto che, fino alla recente aggressione militare russa ai

danni dell'Ucraina, mai il Consiglio avesse ritenuto sussistere i presupposti per il suo riconoscimento, nonostante i flussi generati dalle primavere arabe nel 2011 e dalla crisi siriana nel 2015 rendessero prevedibile che il ricorso alle ordinarie forme di protezione avrebbe mandato in *tilt* il sistema di asilo europeo, come di fatto avvenuto[17]. Anche in relazione alla decisione di esecuzione 2022/382 del 4 marzo scorso, con la quale il Consiglio ha disposto l'attivazione della protezione temporanea in favore dei profughi ucraini, va ricordato che: *a*) essa rimane un atto discrezionale dell'autorità politica competente, cui non corrisponde alcun diritto individuale alla sua adozione; *b*) la misura non equivale a riconoscere uno degli *status* di protezione «maggiori», ma permette solo l'immediata tutela di un elevato numero di profughi individuati in modo automatico sulla base di criteri oggettivi[18]; *b*) lo strumento appartiene alla prima fase di costruzione del sistema comune di asilo, connotata da un basso grado di armonizzazione normativa che lascia ai singoli stati ampio margine di adattamento e differenziazione applicativa[19].

Per tornare al confronto con l'asilo «costituzionale», situazioni come quelle da ultimo esaminate portano immancabilmente ad una compressione delle libertà democratiche degli stranieri nella loro patria. È però sul piano empirico che sorgono dubbi sulla concreta utilizzabilità – ma, di riflesso, anche sull'astratta idoneità – dell'istituto in parola in contesti del genere, stante il carattere immancabilmente *collettivo* della protezione temporanea rispetto alla natura individuale della garanzia apprestata dall'art. 10, comma 3. Come si vedrà al § 8, uno dei punti da sempre più controversi nell'interpretazione della clausola costituzionale riguarda infatti la possibilità di fissare con legge limiti *quantitativi* al suo impiego.

7.2. *I presupposti per il riconoscimento della (ex) protezione umanitaria e dei nuovi permessi introdotti a seguito della sua abrogazione*

Il riferimento nel titolo di questo paragrafo ad un istituto non più in vigore si deve alla diffusa convinzione che esso abbia rappresentato quanto di più vicino vi sia all'auspicata attuazione dell'asilo

---

[17] Ciò ha dato però l'abbrivio ad un processo di riforma, ancora *in itinere*: dopo il fallito tentativo della Commissione Juncker del 2016, v. il *New Pact on Migration and Asylum* presentato dalla Commissione Von der Leyen nel settembre 2020.

[18] Nello specifico, la decisione del Consiglio (art. 2) istituisce un regime di protezione temporanea «a geometria variabile», con distinte classi di beneficiari: *obbligatoria* per cittadini ucraini, titolari di protezione internazionale o altra tutela interna equivalente e loro familiari (purché tutti residenti in Ucraina al 24.02.2022); *alternativa* per stranieri e apolidi residenti in modo permanente in Ucraina prima di quella data che non possano rientrare in sicurezza nel proprio paese (cui gli stati possono riconoscere altra protezione nazionale «adeguata», non necessariamente equivalente, a quella temporanea); meramente *eventuale*, a totale discrezione dei singoli stati, per tutti gli altri sfollati (stranieri e apolidi residenti in via solo temporanea, irregolari, cittadini ucraini fuoriusciti prima dell'inizio delle ostilità; a questi ultimi, peraltro, potrebbero godere della protezione sussidiaria: cfr. Trib. Milano, decr. 3.03.2022, Trib. Firenze, decr. 16.03.2022, Trib. Genova, decr. 22.04.2022). Tale scelta, pur rispondendo a criteri in sé non arbitrari (la possibilità di un rientro sicuro nel proprio paese è un motivo astrattamente legittimo per escludere la protezione), rischia però di generare fenomeni di discriminazione indiretta ai danni dei soggetti più vulnerabili, specie se accompagnate da prassi nazionali di selezione degli ingressi su base etnico-nazionale. Uno degli aspetti invece più innovativi – e indubbiamente positivi – della decisione concerne la facoltà per i (soli) cittadini ucraini, già esentati dall'obbligo di visto, di *scegliere* in quale paese Ue recarsi per ottenere la protezione.

[19] La decisione del Consiglio è stata recepita, in Italia, con il d.p.c.m. 28.03.2022, anticipata da alcune misure emergenziali adottate sotto forma di dichiarazioni dello stato di emergenza (delib. Consiglio dei Ministri del 25 e 28 febbraio), decreti-legge (nn. 14, 16 e 21/2022, conv. – tranne il secondo, poi abrogato – in ll. nn. 28 e 50/2022) e varie ordinanze di protezione civile. A queste ultime è stata sostanzialmente delegata la disciplina dell'organizzazione dell'assistenza dei profughi giunti in Italia, sviluppata in concreto secondo due direttrici: da un lato, l'accoglienza diffusa sul territorio, con il coinvolgimento di enti del terzo settore e del c.d. «privato sociale» e la sperimentazione di formule nuove come la coabitazione familiare (ad integrazione delle capacità di assorbimento, invero già limitate, delle strutture ordinarie e straordinarie di prima e seconda accoglienza per richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale all'uopo attivate); dall'altro un contributo di sostentamento, limitato nel tempo e nel numero massimo di percettori, per chi abbia trovato un'autonoma sistemazione. Quanto alla scelta dei beneficiari, poi, il d.p.c.m. ha optato per un'attuazione *minimale* della decisione del Consiglio, limitando il riconoscimento della protezione ai soli titolari «necessari».

costituzionale. Attuazione per di più «autoctona», frutto di una scelta discrezionale esercitata dal legislatore italiano in occasione dell'adesione al sistema Schengen (art. 14, comma 3, l. n. 388/1993).

I «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali», che legittima(va)no il rilascio del permesso di soggiorno allo straniero privo dei requisiti per risiedere regolarmente sul territorio (art. 5, comma 6, t.u.i.), o per beneficiare di altro *status* di protezione (art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008), hanno acquisito centralità nelle procedure di asilo, divenendo dopo il 2003 la causa più frequente di protezione riconosciuta in Italia. La connotazione principale dell'istituto era la sua *atipicità*: uno strumento versatile e adattabile, idoneo a coprire plurime «situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico» derivanti dal rimpatrio dello straniero e qualificate dall'esigenza di tutelare «diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale o internazionale»[20]. Da questo primo carattere discendeva anche il secondo, la *residualità*, essendo tale strumento destinato ad operare lì dove non giungevano, per limiti intrinseci, le altre tutele esistenti; in tal modo, la protezione umanitaria fungeva anche da presidio ultimo per l'effettivo rispetto, in ogni circostanza, del principio di *non refoulement* (art. 19 t.u.i.). Per la giurisprudenza, non v'era dubbio che la situazione giuridica garantita assurgesse al rango di diritto inviolabile *ex* art. 2[21] e soddisfacesse, altresì, le esigenze poste a fondamento dell'asilo costituzionale, completandone l'attuazione legislativa[22].

L'attrazione della protezione umanitaria nell'orbita dell'art. 10, comma 3, si è rivelata però un'arma a doppio taglio: se, per un verso, ha dotato di un ancoraggio più solido l'istituto legislativo, portandolo al pari con le forme di protezione esterne che godono della copertura degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., per altri versi ha contribuito non poco a quella semplificazione ermeneutica che pretende di circoscrivere, ed esaurire, la portata dell'asilo costituzionale alle triade «protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria». In realtà, quale passaggio obbligato dell'interpretazione a fini applicativi della norma costituzionale, l'individuazione delle libertà democratiche rimane *per definizione* una questione «aperta». Ciò significa che, se pure il legislatore decidesse di riempire di contenuti concreti quella formula con una puntigliosa elencazione delle suddette libertà, tale specificazione *non potrebbe comunque essere tassativa*, pena il rischio di rimettere alla maggioranza politica di turno la definizione non più delle «condizioni» di esercizio del diritto all'asilo ma dello stesso presupposto legittimante. Proprio all'opposto, è tipico dei princìpi costituzionali manifestare una virtualità applicativa potenzialmente inesauribile anche in presenza di leggi di attuazione, a maggior ragione in loro assenza (sull'asilo costituzionale come «diritto senza legge», v. Salazar 2021, 343).

Per quanto concerne la (ex) protezione umanitaria, ulteriori dubbi derivano dal fatto che questa, garantendo un titolo di soggiorno per ragioni di solidarietà umana agli stranieri irregolari ma a vario titolo inespellibili, rischiava di appiattire l'istituto costituzionale sul divieto di *refoulement*, restringendone l'ambito di applicazione a quanti fossero *già* presenti sul territorio, con discutibile esclusione di chi, trovandosene fuori, avrebbe avuto titolo per accedervi in base all'art. 10, comma 3.

La questione poteva forse essere risolta in origine, sulla base di una diversa interpretazione della disposizione in esame. Potendo i «seri motivi» riferirsi ad esigenze di carattere umanitario «o» risultare da obblighi costituzionali/internazionali, si apriva la strada per un diverso inquadramento funzionale del correlato permesso di soggiorno, rientrando certamente fra gli obblighi costituzionali anche quello di riconoscere l'asilo allo straniero che, avendone i requisiti, ne avesse fatto richiesta. I seri motivi umanitari avrebbero così *aggiunto* alla fattispecie costituzionale nuove ipotesi di tutela, evitando pleonastiche ripetizioni di quanto già prescritto dal terzo comma dell'art. 10 e l'eterogenesi degli effetti di cui s'è appena detto.

Nel tentare di mitigare alcuni degli aspetti più discutibili del precedente d.l. n. 113/2018, il d.l. n. 130/2020 – com'è noto – ha rispristinato *solo in parte* l'originaria formulazione dell'art. 5, comma 6,

[20] Così, riassuntivamente, Cass. civ., sez. I, sent. n. 4455/2018. Un'esemplificazione non tassativa delle ipotesi più ricorrenti è nella circolare n. 3716/2015 della Commissione Nazionale per il diritto di Asilo (CNA).

[21] Cass. civ., sez. un., ord. n. 19393/2009.

[22] Cass. civ., sent. n. 4455/2018, cit.

t.u.i., reintroducendo formalmente il limite del rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali ma non pure quello dei seri motivi di carattere umanitario, il cui regime resta dunque frammentato nei permessi di nuovo conio.

Ora, per quanto lo si voglia «stiracchiare», non pare che il concetto di impedimento delle libertà democratiche – come qui ricostruito – possa includere *tutte* le ipotesi previste dalla nuova disciplina. La protezione per «casi speciali»[23] risponde a situazioni di subordinazione, dominazione e sfruttamento dello straniero che avvengono sul territorio italiano e nulla hanno a che fare con impedimenti *nel suo paese* all'esercizio di libertà democratiche. Il permesso per atti «di particolare valore civile»[24] è caratterizzato da una logica premiale del tutto estranea all'asilo costituzionale; non a caso viene rilasciato su autorizzazione del Ministero dell'Interno. Maggiore attenzione meritano le ulteriori fattispecie di permesso per «cure mediche»[25], «calamità»[26] e «protezione speciale»[27], che presuppongono un giudizio prognostico basato sulla comparazione fra la situazione in cui attualmente si trova lo straniero presente sul territorio e quella in cui si troverebbe a seguito di rimpatrio.

La prima ipotesi (*cure mediche*), sembra trovare una più appropriata giustificazione nell'art. 32 Cost., che proclama la salute come fondamentale diritto dell'*individuo*, dunque anche dello straniero che versi nelle condizioni descritte dalla norma, senza necessità di attingere alla nozione di libertà democratiche, come già detto di problematica applicazione ai diritti sociali. La seconda ipotesi (*calamità*) possiede un'estensione semantica ampia, idonea a garantire una tutela minima all'incerta categoria dei migranti/rifugiati climatici, che la Cassazione ha recentemente incluso tra le situazioni di vulnerabilità garantite sotto il precedente regime di protezione umanitaria, quando la condizione di degrado ambientale, cambiamento climatico o sviluppo insostenibile in cui il richiedente si troverebbe in caso di rimpatrio esponga i suoi diritti «alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione» ad un concreto «rischio di azzeramento o di riduzione» al di sotto della soglia minima, individuata nel «nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale»[28]. Invero, la previsione normativa pone un requisito meno stringente, riferendosi ad una situazione tale da non consentire allo straniero il rientro e la permanenza nel suo paese «in condizioni di sicurezza». Ora, il terzo comma dell'art. 10 tace sulle *cause* dell'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche, tradizionalmente riconducibili a fattori di natura «politica» (attinenti al regime politico di uno stato) oppure «bellica» (legati a un conflitto armato, in corso o imminente). Un'interpretazione molto estensiva e attualizzata della norma potrebbe però, come anticipato, giungere ad includere anche situazioni di invivibilità «ambientale» o «climatica», specie se di origine antropica (si pensi alla distruzione di ecosistemi vitali per la comunità stanziata su un certo territorio), di pari passo con l'evoluzione della tutela internazionale in materia, indispensabile per il carattere globale della sfida posta dalle migrazioni forzate per cause ambientali e finora carente. L'estensione in detti casi del raggio di applicazione del principio di *non refoulement*, infatti, offre una risposta minima ma pur sempre parziale al problema. Non bisogna poi trascurare che, sul piano costituzionale, la protezione dei diritti dei migranti/rifugiati climatici in quanto tali può trovare, volendo, riconoscimento anche in altre disposizioni, in particolare nell'art. 2 e forse, indirettamente, nella nuova formulazione dell'art. 9.

L'ultima fattispecie dettata dalla normativa (*protezione speciale*), che ricalca le cause di non respingimento previste dall'art. 19 t.u.i., funge da clausola residuale nei casi di inespellibilità dello straniero che non acceda (o non acceda ancora) ad alcuna forma di protezione. Lo scopo dell'asilo sarebbe certamente frustrato se il divieto in parola non facesse parte del suo contenuto indefettibile, ma – s'è già notato – anche quanti non hanno titolo al riconoscimento dell'asilo possono beneficiare

[23] Artt. 18, 18-*bis* e 22, comma 12-*quater*, t.u.i.

[24] Art. 42-*bis* t.u.i.

[25] Art. 19, c. 2, lett. *d-bis*), t.u.i., da non confondere con la richiesta di ingresso e soggiorno per motivi sanitari di cui al successivo art. 36.

[26] Art. 20-*bis* t.u.i.

[27] Art. 19 t.u.i. e art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008.

[28] Cass. civ., sez. II, ord. n. 5022/2021.

del principio di non respingimento. Non tutte le ipotesi contemplate dall'art. 19 (come modificato dal d.l. n. 130/2020) sembrano però sussumibili sotto la fattispecie costituzionale. Nessun dubbio sussiste per quella che richiama il rispetto degli obblighi costituzionali (con espresso rinvio all'art. 5, comma 6, t.u.i.); vi ricadono anche, per le ragioni sopra esposte, i casi di persecuzione e di rischio di sottoposizione a tortura o trattamenti inumani e degradanti nello stato di destinazione (per il cui accertamento «si tiene conto anche dell'esistenza, in tale stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani»). Qualche riserva si pone, invece, per la fattispecie relativa alla compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dello straniero da espellere. Quest'ultima codifica un orientamento giurisprudenziale consolidato, di matrice europea (Cedu), volto a riconoscere la protezione umanitaria allorché dalla comparazione tra la situazione personale attuale dello straniero e quella in cui verrebbe probabilmente a trovarsi a seguito di rimpatrio «risulti un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa»[29]. Va osservato che la tutela apprestata si rivolge, in generale, a *tutti* gli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, imponendo un bilanciamento «ineguale» (per riprendere una felice espressione di Luciani 1990, 378) tra il rispetto degli interessi sottesi alle norme su ingresso e soggiorno e il diritto alla stabilità della vita privata e dei legami familiari dello straniero[30]. Tale protezione non sembra però sufficiente, da sola, a comprovare l'esistenza di quell'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche che giustificherebbe il riconoscimento in casi del genere del diritto costituzionale all'asilo, rispetto al quale offre semmai una garanzia *ulteriore* dotata di diverso fondamento (artt. 2 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu)[31]. La sovrapposizione tra i due istituti è frutto di quel riduzionismo ermeneutico già criticato, che rende la previsione dell'art. 10, comma 3, una clausola in bianco da riempire con ogni contenuto, per quanto labile sia il nesso con l'esercizio delle libertà democratiche.

8. LA NATURA GIURIDICA

La formulazione dell'art. 10, comma 3, consente di qualificare la situazione giuridica protetta come *diritto fondamentale* non degradabile rispetto ai contrapposti interessi dell'amministrazione e devoluto alla cognizione del giudice ordinario[32]. Questo riconoscimento si accompagna alla ricordata affermazione del carattere precettivo della norma, in virtù del quale l'inerzia legislativa nel definire le «condizioni» di attuazione non ne impedisce la diretta applicabilità in sede giudiziaria, anche in via cautelare, con effetti dichiarativi.

Nessun diritto – dunque, neppure quello all'asilo – può tuttavia sottrarsi alle ordinarie operazioni di bilanciamento e ragionevole integrazione con altri diritti o beni costituzionalmente rilevanti, compiute dal legislatore sotto il controllo del giudice delle leggi (e delle corti europee). L'art. 10, comma 3, non fissa esplicitamente alcuna limitazione, come accade invece per altri diritti costituzionali, rimettendo questo aspetto alla disciplina legislativa delle «condizioni» per godere dell'asilo nel territorio della Repubblica. La prevalente dottrina ritiene, in modo condivisibile, che tale intervento non possa spingersi fino a intaccare il presupposto legittimante o altri aspetti indefettibili della clausola costituzionale (ad esempio, aggravando i requisiti soggettivi o oggettivi di accesso), ma possa e debba

[29] Cass. civ., sez. I, sent. n. 13079/2019 e sez. un., sentt. nn. 29459, 29460 e 29461/2019. Il d.l. n. 130 cit. ha poi normato alcuni criteri usati dalle corti nel giudizio comparativo sulla condizione di vulnerabilità cui verrebbe esposto il richiedente; comparazione che – secondo la giurisprudenza più recente – dovrebbe comunque essere «attenuata»: quanto maggiore è il grado di integrazione in Italia dello straniero tanto minore deve essere il peso attribuito alla sua situazione personale nel paese di origine (Cass. civ., sez. un., sent. n. 24413/2021).

[30] Limitatamente all'ipotesi in questione, l'art. 19, comma 1.1., consente comunque il respingimento o l'espulsione dello straniero «per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute».

[31] Per durata e contenuti, poi, il permesso per protezione speciale finisce per porre il titolare dell'asilo costituzionale in una posizione precaria e meno garantita rispetto ai beneficiari delle altre forme di protezione.

[32] Cass. civ., sent. n. 4674/1997, cit.

occuparsi degli aspetti organizzativi e procedimentali, di garanzia e di contenuto dello *status* che ne consegue per permettere al richiedente asilo di godere in pieno del diritto che la Costituzione gli attribuisce[33]. In quella sede, dunque, potrà anche proporsi un (primo) contemperamento dell'esercizio del diritto d'asilo alla luce di altri valori costituzionali da realizzare, fermo restando che «le condizioni esterne non [dovrebbero incidere] sul contenuto dei diritti, ma solo sul grado di possibile attuazione pratica degli stessi» (Silvestri 2018, § 1).

Una questione particolare concerne la facoltà del legislatore di introdurre, a seguito di bilanciamento, limiti *quantitativi* agli ingressi per ragioni di asilo, come già avviene con la regolamentazione dell'immigrazione economica. Il tema va affrontato in modo evidentemente diverso nel caso dell'asilo, non rilevando qui problemi di fabbisogno del mercato nazionale del lavoro ma, semmai, di sostenibilità generale dell'accoglienza[34]. La dottrina che si è occupata del tema, pur con varietà di accenti, ha in gran parte dato una risposta positiva al problema, richiamandosi alla più generale esigenza di cooperazione internazionale in caso di esodi forzati di massa (fra i primi, Esposito 1958, 225; per una diversa soluzione, v. tuttavia Benvenuti 2007, 142 ss.). Va anche osservato che, per quanto «schermata» dietro l'oggettività del dato numerico, la fissazione di un tetto massimo alle richieste di asilo da riconoscere non è mai una scelta politicamente neutrale o asettica, tale da sfuggire allo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità che sempre accompagna le limitazioni nell'accesso ai diritti fondamentali. La decisione del legislatore, peraltro, potrebbe servire a nascondere sistematiche inefficienze nell'erogazione del servizio o gravi carenze delle strutture destinate all'accoglienza di cui altri – non certo il richiedente asilo – portano la responsabilità; senza ignorare l'eventualità, molto concreta, che la misura non trovi riscontro in oggettive difficoltà di tenuta del sistema di fronte ad afflussi consistenti di profughi, ma si giustifichi unicamente come parte di una battaglia *ideologica* contro l'immigrazione condotta da alcune forze politiche. Si tenga pure presente che una limitazione quantitativa delle richieste di protezione è implicita nel funzionamento del sistema di asilo europeo, in virtù del meccanismo di distribuzione delle domande in base ai c.d. criteri di Dublino di cui al cit. reg. (Ue) n. 604/2013[35].

Una legge espressamente diretta ad adempiere il mandato dell'art. 10, comma 3, come detto non è mai stata varata dal Parlamento italiano; i richiami, sparsi e frammentati, all'«asilo politico» presenti nella normativa vigente sono dovuti più ad un uso promiscuo e non sorvegliato del linguaggio legislativo che ad un chiaro progetto di attuazione del dettato costituzionale. Si spiega anche così l'equivoca assunzione, in giurisprudenza come in parte della dottrina, della normativa che recepisce il diritto Ue come forma – per quanto *sui generis* – di attuazione dell'art. 10, comma 3. Se questo avesse significato solo estendere in via suppletiva la procedura per l'accertamento degli *status* di protezione europei anche all'asilo costituzionale[36], il parallelo sarebbe stato del tutto condivisibile. Piuttosto, dalla fungibilità delle procedure si è presto passati all'assorbimento sostanziale delle garanzie attraverso quel duplice indirizzo giurisprudenziale criticato (asilo come «diritto-mezzo» per accedere alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, ovvero come «contenitore/etichetta» delle tutele vigenti), con l'effetto di smarrire la *specificità* dell'istituto costituzionale nell'ambito di fattispecie connotate da una diversa estensione semantica e concettuale.

Si è già anticipato che il recepimento della disciplina europea ha introiettato all'interno dell'ordinamento un modello di asilo caratterizzato da logiche di funzionamento e obiettivi generali non interamente sovrapponibili al modello costituzionale. Anzitutto, per la diversa «caratura» del diritto protetto. Nel sistema comune europeo, il termine «asilo» designa infatti tre cose diverse: l'oggetto di

[33] Fra gli altri: Esposito (1958, 224 e 226), Cassese (1975, 533), Barile (1984, 34), D'Orazio (1992, 39, 48 e 90), Bonetti (2004b, 1148 s.) e Benvenuti (2007, 136 ss.). Analogamente, in giurisprudenza, v. le citate sentt. nn. 29459, 29460 e 29461/2019 delle Sezioni Unite.

[34] Preoccupazione non estranea al dibattito costituente: v. gli interventi dell'on. Nobile nelle sedute del 27 marzo e 11 aprile 1947.

[35] In base ai dati Eurostat, nel 2021 l'Italia ha ricevuto l'8,4% delle circa 648.000 domande di asilo presentate, collocandosi al quarto posto dietro Germania (30%), Francia (19,1%) e Spagna (10,4%).

[36] Così, in un primo momento, Cass. civ., sez. I, sent. n. 8423/2004.

una *politica* attribuita alla competenza concorrente dell'Unione (una «materia» strettamente legata alla gestione dei controlli alle frontiere esterne e dell'immigrazione in genere); la *maggiore* fra le tutele previste dal sistema stesso (lo *status* di rifugiato o protezione internazionale); una *situazione giuridica fondamentale* riconosciuta dall'art. 18 Carta Ue ma dai contorni indefiniti. Un diritto ancora troppo «amorfo» (Nicolosi 2013, 116) e, soprattutto, intrappolato in limiti e strettoie procedurali rivolte all'efficientamento di quella macchina amministrativa dal cui corretto funzionamento dipende l'obiettivo principale delle politiche di asilo (e immigrazione) dell'Ue, ovvero *la gestione efficace delle frontiere esterne e del loro attraversamento*. Quest'ultimo rappresenta un tassello indispensabile per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia privo di frontiere interne che nella libera circolazione intraeuropea ha il proprio vessillo: senza controlli efficaci ai valichi esterni dell'Unione non vi può essere effettiva libertà di movimento al suo interno.

Gli ingranaggi del sistema di asilo europeo sono regolati di conseguenza: dalla fissazione dei criteri automatici per la presentazione delle domande in un determinato stato (che il richiedente non può scegliere), alla regola della proponibilità di una sola domanda su cui l'interessato si gioca il tutto per tutto (*one chance rule*); dall'obbligo di identificazione e fotosegnalamento nelle primissime fasi del soccorso, preordinato ad impedire i movimenti secondari ma con l'effetto di anticipare la «scrematura» degli accessi alla procedura di asilo, alla istituzionalizzazione degli *hotspot* e della relativa «filosofia»; dalle procedure accelerate e semplificate, anche di frontiera, alla nozione di «paese sicuro» e al più complesso regime di presunzioni applicabili per dichiarare inammissibile la domanda; dalla riduzione delle garanzie procedimentali e processuali alla «normalizzazione» del trattenimento amministrativo del richiedente; dalla eterogeneità delle condizioni materiali di accoglienza nei vari stati membri alla quasi totale indisponibilità degli stessi ad una ripartizione equa e solidale degli oneri, pure richiesta dall'art. 80 TFUE.

È agevole rendersi conto di come il paradigma dell'*Integrated Border Management* abbia finito per «fagocitare», relegandolo in posizione ancillare, l'*acquis* europeo in tema di diritti fondamentali e lo stesso diritto internazionale dei rifugiati, che pure si pongono logicamente alla base del sistema comune di asilo (Moreno-Lax 2007). Altrettando intuibile è il riflesso sul piano interno di questa tendenza, con un generale abbassamento del livello di garanzie che la Costituzione appresta a tutti e, nello specifico, agli stranieri in cerca di asilo (per l'esperienza italiana, v. l'accurato studio di Famiglietti 2021).

9. ACCESSO AL TERRITORIO ED EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ALL'ASILO

La divaricazione tra i modelli di asilo oggetto di confronto diventa massima in relazione al tema dell'accesso al territorio statale, ambito nel quale si gioca in ultima istanza l'effettività del diritto all'asilo.

Come anticipato, la normativa internazionale riserva agli stati la facoltà di ammettere rifugiati e richiedenti asilo sul proprio territorio. Il principio di non respingimento tempera in una certa misura la discrezionalità statale, ma non la converte in un *obbligo di accoglienza*: «there is no *necessary* connection between *non-refoulement* and admission or asylum» (Goodwin-Gill e McAdam 2007, 415; c.vi testuali). Nel sistema regionale europeo di tutela dei diritti, il divieto di respingimento non solo ha acquisito un carattere di assolutezza e inderogabilità che non possiede nel diritto internazionale, ma si è arricchito di garanzie procedurali che rafforzano la posizione dell'individuo rispetto ai poteri di ammissione dei singoli stati (Savino e Vitiello 2020, 481 ss.). L'interpretazione evolutiva di alcuni concetti chiave della Cedu (giurisdizione funzionale, tortura, trattamenti inumani e degradanti, rimedio effettivo, espulsioni collettive), per quanto cruciale nell'estendere il controllo della Corte europea sui tentativi degli stati di alleggerire il divieto di respingimento, non permette comunque di enucleare dalla Convenzione la garanzia giurisdizionale di un diritto dello straniero all'asilo o al

rilascio di un titolo di soggiorno nello stato convenuto[37]. Di recente, poi, la Corte di Strasburgo ha virato verso un approccio più deferente nei riguardi dei respingimenti statali quando la mancanza di un esame individuale della posizione del ricorrente sia imputabile alla condotta colposa di questi, nella specie al tentativo di ingresso illegale nel territorio[38]. In tal modo, però, l'accesso alle procedure di asilo viene surrettiziamente gravato di un requisito non previsto nella normativa internazionale, la *regolarità dell'ingresso*, che è anche la leva giuridica di più facile e immediato utilizzo per strozzare i canali di accesso alla protezione e assimilare la condizione di rifugiati e richiedenti asilo a quella di qualunque altro migrante (Vitiello 2022, 4 ss.).

A questa torsione difensiva non è estranea l'Ue. Il modo in cui è stata gestita la crisi dei rifugiati siriani del 2015-16 ha lasciato due strascichi importanti sul sistema comune di asilo. Da un lato, ha polarizzato ancor di più le divisioni fra gli stati membri – che vivono realtà migratorie molto diverse tra loro – in ordine alla necessità di accrescere la condivisione degli oneri dell'accoglienza dei richiedenti asilo e di riformare l'attuale sistema. Dall'altro, ha indotto stati e istituzioni europee a diradare la cooperazione con i paesi di origine dei migranti volta a mitigare i fattori politici, economici e sociali che spingono alla fuga, in favore di una politica di «esternalizzazione» del controllo dei flussi di profughi in arrivo, delegando a paesi terzi il compito di trattenere (e riprendere) sul proprio territorio quanti cerchino (o riescano) a varcare in modo illegale la frontiera europea. L'affidamento a paesi terzi del compito di *gatekeepers* degli accessi all'Europa[39], però, pone seri problemi sotto il profilo del rispetto del divieto di respingimento, che potrebbe essere obliquamente violato (*push-back by proxy*), e finisce per elevare la «deterrenza» delle partenze a metodo operazionale con cui recidere quel *jurisditional link* che, in base al diritto internazionale e Ue, comporterebbe per il migrante la possibilità di presentare domanda di asilo e per lo stato l'obbligo di prenderla in esame (Giuffré e Moreno-Lax 2019, 84 s.). Non si tratta di episodi isolati, ma di un complesso di azioni messe in campo da molti stati occidentali, europei ed extraeuropei, che si risolvono in un'artificiale manipolazione delle frontiere – respingimenti differiti o in acque internazionali, utilizzo di *transit zones* negli aeroporti internazionali o presso i valichi di frontiera anche ai fini del trattenimento dei richiedenti, delocalizzazione degli *hotspot* fuori dai confini nazionali, ecc. – con l'effetto di sottrarre i migranti che si trovino in quegli spazi de-territorializzati all'applicazione degli standard internazionali o nazionali in tema di diritti e garanzie individuali. Confini che diventano flessibili, mobili, malleabili (Shachar 2007, 165 ss.) e finiscono per far prevalere, tramite la potenza ordinante e mistificatoria delle finzioni giuridiche, l'arbitrio statale sulla legalità internazionale e costituzionale. La conseguenza ultima di tali condotte, infatti, è che persino quel minimo riconoscimento universale del diritto individuale di *cercare* asilo dalle persecuzioni viene ad essere conculcato.

Ma v'è anche un'altra perniciosa conseguenza dell'esternalizzazione dei controlli di frontiera, determinante per i futuri equilibri intra- ed extra-europei. Quella di offrire ai paesi terzi confinanti un'arma di ricatto geopolitico che viene immancabilmente esercitata: oltre ai precedenti di Turchia e Libia, si pensi alla più recente minaccia «ibrida» messa in campo dalla Bielorussia, con l'uso strumentale di migliaia di profughi siriani, afghani e iracheni, fatti giungere sul proprio territorio e sospinti verso i confini polacchi, lituani e lettoni nell'illusoria promessa di un facile ingresso in Europa. Nonostante tale ultimo evento abbia avuto proporzioni contenute, le conseguenze di sistema sono state rilevanti: sul piano nazionale, i tre paesi europei di frontiera hanno modificato in senso fortemente restrittivo le proprie normative di asilo; sul piano europeo, si ipotizzano risposte ispirate ad

[37] Principio costantemente affermato a partire da Corte Edu, sent. 30.10.1991, *Vilvarajah et al./Regno Unito*.

[38] Il nuovo corso ha inizio con la sent. (GC) 13.02.2020, *N.D. e N.T./Spagna*, ma v. pure la più recente sent. 4.04.2022, *A.A. et al./Macedonia del Nord*.

[39] Si ricordano la Dichiarazione Ue-Turchia del 2016, gli accordi informali fra Italia e Libia del 2008 e del 2017 e, da ultimo, il *Memorandum of Understanding* tra Gran Bretagna e Rwanda (la cui esecuzione è stata sospesa in via cautelare dalla Corte europea il 14.06.2022).

una logica derogatoria del regime comune di asilo e ad un abbassamento del livello di garanzie individuali[40], congiunte ad un rafforzamento dei poteri di sorveglianza delle frontiere[41].

Se l'approccio descritto verrà seguito fino in fondo, quel che si profila all'orizzonte è la graduale trasformazione della disciplina comune di asilo europeo in una diversa *normativa speciale dell'emergenza*, contrassegnata da regole e princìpi distinti da quelli applicabili in via generale – in una ricorsiva logica da «doppio binario», purtroppo tipica del diritto dell'immigrazione – e il cui fuoco è dato dal preminente interesse alla difesa dei confini esterni, ultima e irrinunciabile garanzia per la libertà intraeuropea. La diversa prospettiva aperta dalla risposta, immediata e solidale, alla tragedia del popolo ucraino evidenzia che non si tratta di una strada obbligata e che non mancano all'Unione e ai suoi stati membri risorse e capacità politica per affrontare e risolvere i difetti e le carenze dell'attuale sistema comune di asilo. Peraltro, il peculiare *background* geopolitico del conflitto russo-ucraino, le sue implicazioni strategiche per l'alleanza atlantica e molti altri fattori rendono eccezionale la situazione che si è venuta a creare, inducendo a valutare con scetticismo la ripetibilità di quella risposta in scenari internazionali diversi.

Ritornando alla disciplina costituzionale, il riferimento al «territorio» diventa centrale nella comprensione del *plus* di tutela che l'art. 10, comma 3, può offrire agli stranieri in cerca di asilo rispetto alla normativa internazionale ed europea. Sebbene generalmente ricostruita come fattispecie di asilo «territoriale» (Esposito 1958, 223; D'Orazio 1992, 38 s.), la norma in esame *non* prevede il raggiungimento della frontiera o la permanenza sul territorio come una precondizione giuridica per l'esercizio del diritto riconosciuto; si tratta al più di elementi di ordine fattuale, che ricorrono cioè nella normalità delle richieste di asilo secondo l'*id quod plerumque accidit*. Il punto è se la presenza sul territorio possa figurare tra le «condizioni» che spetta al legislatore dettare in attuazione dell'art. 10, comma 3; nel qual caso, il recepimento della disciplina europea (quale regime di protezione esclusivamente territoriale)[42] soddisferebbe già tale esigenza.

Ora, secondo un'interpretazione rigorosa del testo in esame (Benvenuti 2007, 127), qui condivisa, è dubbio che un'opzione del genere si mantenga nel solco dell'«attuazione» del disposto costituzionale, poiché verrebbe surrettiziamente a convertire il *contenuto* del diritto all'asilo – nel suo nucleo minimo-essenziale di diritto all'ingresso nel territorio della Repubblica – in un *prerequisito* aggiuntivo e ulteriore rispetto al presupposto legittimante ritenuto necessario e sufficiente per attivare la protezione accordata. Il senso della garanzia riconosciuta allo straniero dal terzo comma dell'art. 10, infatti, dovrebbe coerentemente estendersi dall'obbligo negativo per lo stato di astenersi da ogni azione finalizzata al *refoulement* del richiedente all'obbligo positivo di agevolare l'arrivo sul territorio dello straniero che abbia titolo per il riconoscimento della protezione (*ibidem*). Con questa premessa, la questione del previo raggiungimento del territorio può forse essere impostata in modo diverso.

La massima espansione della garanzia costituzionale del diritto all'asilo reclamerebbe che, oltre a quello territoriale, il legislatore contemplasse fra le modalità di esercizio del diritto anche l'inoltro della domanda dall'estero, tramite rappresentanze diplomatiche previamente individuate (vari ordinamenti europei già lo prevedono). In assenza di ciò, la sola previsione dell'obbligo legislativo di presentare la domanda di protezione sul territorio o presso la frontiera, per quanto conforme alle fattispecie europee, appare fortemente restrittiva del raggio di applicazione dell'art. 10, comma 3, e

[40] Le deroghe riguardano, in particolare, l'estensione dei limiti temporali di esame delle domande e dell'uso della procedura di frontiera (con conseguente trattenimento), l'applicazione delle norme in tema di rimpatri, ma anche la riduzione delle condizioni di accoglienza dovute in base alla direttiva 2013/33/Ue alle sole prestazioni essenziali. V. anzitutto la proposta di misure temporanee *ex* art. 78, par. 3, TFUE in favore di Polonia, Lituania e Lettonia COM(2021) 752 final dell'1.12.2021 e, più in generale, la proposte di regolamento per fronteggiare le situazioni di strumentalizzazione dei migranti COM(2021) 890 final del 14.12.2021.

[41] Si propone, in concreto, l'uso di droni e altre tecnologie idonee, la riduzione del numero dei valichi e/o del loro orario di apertura: v. la proposta di modifica al codice frontiere Schengen COM(2021) 891 final del 14.12.2021.

[42] V. la giurisprudenza sui visti umanitari: Corte giust. Ue (GS), sent. 7.03.2017, C-638/16 PPU e Corte Edu (GC), sent. 5.05.2020, *M.N. et al./Belgio*.

potrebbe ritenersi non irragionevole alla duplice condizione che: *a*) essa riguardi solo il momento della presentazione della domanda e non pure quello della decisione amministrativa o giurisdizionale sulla stessa (come correttamente ritenuto dal giudice procedente nel caso Öcalan); *b*) sia contemperata dall'obbligo, giuridicamente sanzionato, di agevolare il raggiungimento della frontiera, anche mediante l'attivazione di specifici programmi di reinsediamento e altri canali di ingresso protetto, finora sporadici e largamente insufficienti.

Nell'indifferenza del legislatore, è dalla giurisprudenza di merito che emergono alcune importanti conferme sulla capacità «proattiva» dell'art. 10, comma 3, proprio in relazione a episodi di respingimento di richiedenti asilo praticati dalle autorità italiane, nei quali il profilo dell'impedimento a raggiungere il territorio *per accedere alla procedura* di riconoscimento della protezione internazionale assume un rilievo centrale nell'accertamento della violazione non solo degli obblighi internazionali e Ue in tema di non respingimento, ma altresì dell'obbligo costituzionale di garantire il diritto all'asilo sotto forma di *immediato ingresso* nel territorio della Repubblica[43]. È significativo che i giudici di merito abbiano ritenuto insufficiente a scriminare le condotte statali denunciate l'esistenza di accordi bilaterali fra l'Italia e i paesi terzi verso cui è avvenuto il respingimento, facendo correttamente prevalere i ricordati vincoli su comode scappatoie formali tese a coprire prassi illegittime. Ancor più interessante è lo strumento indicato come idoneo ai fini della reintegrazione degli attori nel loro diritto violato: il rilascio di un visto a validità territoriale limitata per motivi umanitari *ex* art. 25 reg. (Ce) n. 810/2009, codice visti (in tema, da ultimi, Morozzo della Rocca e Sossai 2022, 1 ss.).

L'innovativa applicazione dell'art. 10, comma 3, per sanzionare l'illecita frapposizione di ostacoli al raggiungimento della frontiera in spregio al diritto fondamentale di *chiedere* asilo, è destinata a divenire uno dei temi centrali nella riflessione sulla perdurante attualità della garanzia in parola. Tale orientamento, per ora solo abbozzato e già traballante[44], affronta in modo audace il problema dell'efficacia «spaziale» del diritto costituzionale all'asilo, sottendendo una concezione forte dell'impegno che la norma costituzionale impone alla Repubblica (quasi un «obbligo di risultato»). In ciò si conferma anche la distanza – e l'autonomia – dell'istituto costituzionale dalle altre garanzie internazionali/sovranazionali o legislative operanti nell'ordinamento italiano[45].

10. CONCLUSIONI

Cinque brevi notazioni conclusive.

La prima. Nella costellazione di istituti normativi dediti al soddisfacimento del bisogno antichissimo e universale dell'uomo di trovare rifugio da persecuzioni o gravi pericoli per la sua libertà e la sua stessa esistenza, il diritto costituzionale all'asilo possiede una sua irriducibile specificità. Il confronto con le forme di protezione disciplinate a livello internazionale ed europeo rivela l'esistenza di un'area di sovrapposizione più o meno estesa ma non a copertura totale; anche le ulteriori garanzie previste dalla legislazione ordinaria, nel rispetto di un'accezione ampia del principio di *non refoulement*, non esauriscono le virtualità generative del precetto costituzionale che pure contribuiscono ad attuare.

La seconda. La legislazione vigente, informata agli standard della disciplina convenzionale sui rifugiati, della Cedu e soprattutto del sistema comune di asilo europeo, è estensibile al diritto

[43] Trib. Roma, I sez. civ., sent. 28.11.2019, n. 22917, conf. da Corte d'Appello Roma, ord. 11.01.2021 (respingimento collettivo operato in acque internazionali nel 2009 dalla Marina militare italiana con successiva consegna dei migranti soccorsi alla guardia costiera libica), e Trib. Roma, sez. diritti persona e imm., sent. 18.01.2021 (riammissioni informali in Slovenia con respingimenti a catena lungo la rotta balcanica nel 2020).

[44] A partire da Trib. Roma, sez. diritti persona e imm., ord. 25.02.2022, che giunge fra l'altro a negare l'applicabilità diretta dell'art. 10, comma 3, e la facoltà del potere esecutivo e giudiziario di rilasciare, nel silenzio della legge, visti umanitari a validità territoriale limitata.

[45] Non mancano, peraltro, ombre e criticità nell'approccio proposto, che richiede un supplemento di riflessione (Panzera 2020, 135).

costituzionale all'asilo per gli aspetti organizzativi e procedurali che ne consentano il concreto esercizio. Potrebbe parlarsi di un'attuazione *de relato* dell'art. 10, comma 3, che tuttavia richiede una particolare cautela nel momento applicativo per la ricordata non coincidenza delle tutele sovranazionali e costituzionali. Appare invece inammissibilmente riduttivo dedurre dalla fungibilità procedurale delle regole in materia un completo assorbimento dell'istituto costituzionale nelle fattispecie di protezione vigenti.

La terza. Giusta quest'ultima osservazione, si deve concludere che l'attuazione dell'art. 10, comma 3, resta tuttora parziale e lacunosa: al di là degli aspetti burocratici e procedurali, manca la disciplina del «dopo», ovvero del *contenuto* della situazione protetta. Dalla norma costituzionale è possibile ricavare con certezza un duplice contenuto logico-essenziale: il diritto di presentare una domanda di asilo e il conseguente diritto di ingresso, in via provvisoria, sul territorio della Repubblica. Ma quale *status* venga ad assumere il titolare del diritto costituzionale all'asilo – durata del suo permesso di soggiorno, diritti e doveri esercitabili – rimane nell'incertezza e obbliga ad una non agevole ricerca di «frammenti» normativi utili allo scopo nell'articolata disciplina vigente in tema di trattamento degli stranieri.

La quarta. Le rilevate mancanze sotto il profilo dell'attuazione legislativa non incidono sull'autosufficienza della clausola costituzionale ai fini di una sua *immediata applicazione* in giudizio, quale canale parallelo al riconoscimento in via amministrativa della protezione internazionale a disposizione dello straniero per ottenere l'accertamento con effetti dichiarativi del suo diritto all'asilo. La *riscoperta* dell'art. 10, comma 3, si rivela particolarmente utile quando sia illegittimamente impedito al richiedente asilo di raggiungere il territorio, ma il suo impiego nella giurisprudenza di merito più recente si accompagna ad una svalutazione del contenuto della norma a diritto-mezzo per accedere alla (supposta «vera») protezione: quella internazionale.

La quinta. L'esistenza di un'articolata disciplina dell'asilo internazionale/europeo non esonera il legislatore nazionale dall'obbligo di una piena attuazione anche del diritto costituzionale all'asilo, con scelte di sistema nelle quali trovino posto i bilanciamenti e gli equilibri fra i vari diritti (dell'individuo) e interessi (della comunità) in gioco. La sede potrebbe essere quella di una codificazione organica della materia, un *testo unico sul diritto d'asilo*, nel quale dare compiuta sistemazione alle regole sostanziali sugli *status* di titolare dell'asilo costituzionale, delle forme di protezione esterne e degli istituti di tutela previsti nella legislazione ordinaria, insieme alla disciplina degli organi, delle procedure e dei mezzi di ricorso necessari a rendere operative le tutele previste. Ma questo passaggio, finora incompiuto, richiede al legislatore coraggio politico e una chiara visione delle sfide che i flussi migratori – insieme a molti altri fenomeni globali inarrestabili – pongono alle odierne società democratiche.

BIBLIOGRAFIA

Angelini, F., Benvenuti, M. e Schillaci, A. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene.

Barile, P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino.

Behrman, S. e Kent, A. (a cura di) (2018), *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse?*, Abingdon-New York, Routledge.

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

Benvenuti, M. (2011), *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in Angelini, F., Benvenuti, M. e Schillaci, A. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, pp. 59 ss.

Benvenuti, M. (2018), *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2, pp.13 ss.

Biondi Dal Monte, F. e Rossi, E. (a cura di) (2020), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, Plus.
Bonetti, P. (2004a), *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in Nascimbene, B. (a cura di) (2004), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, pp. 3 ss.
Bonetti, P. (2004b), *Il diritto d'asilo*, in Nascimbene, B. (a cura di) (2004), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, pp. 1135 ss.
Branca, G. (a cura di) (1975), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Il Foro italiano.
Caligiuri, A., Cataldi, G. e Napoletano, N. (a cura di) (2010), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, Cedam.
Cassese, A. (1975), *Art. 10*, in Branca, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Il Foro italiano, pp. 485 ss.
Cassese, S. (2021), *La Costituzione «dimenticata». Introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, pp. 3 ss.
Cavasino, E. (2010), *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in Caligiuri, A., Cataldi, G. e Napoletano, N. (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, Cedam, pp. 297 ss.
D'Orazio, G. (1992), *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam.
Esposito, C. (1958), *Asilo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, pp. 222 ss.
Famiglietti, G., (2021), *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, Giappichelli.
Giuffré, M. e Moreno-Lax, V. (2019), *The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in Juss, S.S. (a cura di), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar, pp. 82 ss.
Goodwin-Gill, G.S. e McAdam, J. (2007), *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford, OUP.
Juss, S.S. (a cura di) (2019), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar.
Longo, E. (2022), *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, pp. 205 ss.
Luciani, M: (1990), Economia nel diritto costituzionale, in Digesto delle discipline pubblicistiche, V, Torino, Utet.
Mastromartino, F. (2012), *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, Giappichelli.
Moreno-Lax, V. (2007), *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, OUP.
Morozzo della Rocca, P. e Sossai, M. (2022), *Chiedere asilo da lontano*, in *www.questionegiustizia.it*, 12.09.2022.
Nascimbene, B. (a cura di) (2004), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam.
Nicolosi, S.F. (2013), *Going Unnoticed? Diagnosing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, vol. 23, pp. 98 ss.
Olivetti, M. (2020), *Diritti costituzionali*, II ed., Torino, Giappichelli.
Oliveri, F. (2020), *I "poteri di confine" e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in Biondi Dal Monte, F. e Rossi, E. (a cura di) (2020), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, Plus, pp. 109 ss.
Panzera, C. (2020), *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica.
Panzera, C. e Rauti, A. (a cura di) (2020), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica.

Reale, E. (1938), *Le droit d'asile*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 63, pp. 469 ss.
Rossi, E. (2020), *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in Biondi Dal Monte, F. e Rossi, E. (a cura di) (2020), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, Plus, pp. 149 ss.
Salazar, C. (2021), *Lo «statuto costituzionale dello straniero» e il diritto d'asilo*, in *Consulta Online*, II, pp. 338 ss.
Savino, M. e Vitiello, D. (2020), *Non respingimento*, in Panzera, C. e Rauti, A. (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 469 ss.
Shachar, A. (2007), *The Shifting Borders of Immigration Regulation*, in *Stanford Journal of Common Rights & Common Liberties*, vol. 3, pp. 165 ss.
Silvestri, G. (2018), *Il diritto fondamentale di asilo e alla protezione internazionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 30.10.2018.
Spadaro, A. (1994), *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Tra assolutismo etico e relativismo democratico*, Milano, Giuffrè.
Tuccillo, S. (2021), *La Costituzione «dimenticata». Il diritto di asilo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, pp. 117 ss.
Vitiello, D. (2022), *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile, pp. 1 ss.

The Constitution and the right to asylum: implementation, betrayal, relaunching. The essay investigates the scope and the content of the right to asylum granted by Article 10, para. 3, of the Italian Constitution, compared to international and Eu sets of rules governing the protection of refugees and displaced persons, and also to sub-constitutional (legislative) status as the former 'humanitarian' protection. A textual and systematic reading of the respective provisions shows that constitutional, international/Eu and legislative guarantees are partially overlapping but do not coincide thoroughly (four aspects are considered: beneficiary, prerequisite, nature of the right, access to territory). On these grounds, the paper contends the assumption shared by the judiciary that the constitutional right to asylum would be fully implemented by the incorporation of the EU law into national system (refugee status and subsidiary protection) and the adoption of the humanitarian protection at legislative level (recently reformed). Despite the hyper-regulation affecting this field, there is still room for a direct application of Article 10.3, which might cover situations that fall out of the scope or the functioning of the parallel protection systems mentioned, especially as to the crucial issue of the effectivity of the right of asylum seekers to be granted access to territory.

Keywords: Right to asylum – State's sovereignty – Democratic liberties – Common European Asylum System – Direct application – Access to territory – Non refoulement

CLAUDIO PANZERA è professore di Diritto costituzionale nell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria