

Asilo costituzionale e profili processuali

Marco Ferrero, Professore a contratto di diritto dell'Immigrazione,
Università Ca' Foscari Venezia - Avvocato del Foro di Padova

Venezia Mestre - Venerdì 8 marzo 2019



CAIT

Camera degli Avvocati Immigrazionisti del Triveneto

Il dibattito nell'Assemblea Costituente (1)

*“Lo straniero **perseguitato** a causa della sua azione a favore della libertà, ha diritto di asilo nel territorio italiano”*

(gruppi di sinistra della Commissione dei 75)

Il dibattito nell'Assemblea Costituente (2)

*“Lo straniero cui vengono **negati** nel proprio paese **i diritti e libertà** sanciti dalla presente Costituzione ha diritto di asilo nel territorio italiano”*

(relatori La Pira e Basso)

Il dibattito nell'Assemblea Costituente (3)

*"se anche i diritti di libertà reclamati dal richiedente fossero stati incorporati nella Carta costituzionale del paese di provenienza si doveva procedere alla verifica della **effettività** del loro concreto esercizio"*

(On. P. Treves, seduta del 11.4.1947)

La nozione di asilante dell'art. 10 c. 3 Cost

“Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le disposizioni stabilite dalla legge”

La nozione di rifugio della Convenzione di Ginevra

*“chi temendo a ragione di essere **perseguitato** per motivi di **razza religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale** o per le sue **opinioni politiche**, si trova fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore avvalersi della **protezione** di questo paese”*

Il rapporto tra asilo e rifugio nella dottrina

- B. Nascimbene, 1988: **maggiore ampiezza** della nozione di asilo.
- F. Lenzerini, 2009: l'asilo è istituto disciplinato dal **diritto internazionale generale**, il rifugio si fonda sul diritto convenzionale.
- F. Salerno, 2011: l'asilo ha **natura costitutiva**, il rifugio ha natura dichiarativa.

Il rapporto tra asilo e rifugio in giurisprudenza

- TAR Lazio, sez. 1[^], 15.5.1985, n. 659 e TAR FVG, 19.2.1992, n. 91: **immediata** applicazione art. 10.
- Cass. SS.UU. 26.5.1997, n. 4674: l'art. 10 c. 3 attribuisce un vero e proprio **diritto soggettivo perfetto** anche in mancanza di una legge, che è devoluto al **Giudice Ordinario**.
- Trib. Roma, sent. 1.10.1999, Ocalan c. Gov. italiano: al G.O. compete l'accertamento dei presupposti dell'art. 10 -> diritto di soggiorno -> divieto di allontanamento.

Il rapporto tra asilo e rifugio in giurisprudenza (2)

- TAR FVG, 18.12.1991, n. 531 e 23.1.1992, n. 15: l'asilo richiede l'oggettiva **mancaza di libertà democratiche**.
- Cass. 9.4.2002, n. 5055: rifugio presuppone il fondato timore di **essere perseguitato**.
- TAR Veneto, Sez. 3[^], 31.7.2001, n. 2354: la persecuzione in atto o temuta deve essere **personale e diretta**

Il rapporto tra asilo e rifugio nel diritto europeo

- CGE, 9.11.2010 Germania c. B e D, Cause riunite C-57/09, C-101/09: applicazione del principio di sussidiarietà, ex art. 3 Direttiva 2004/83/CE (e 2011/95/UE), gli stati membri possono riconoscere un diritto d'asilo in base alle **norme nazionali più favorevoli** a persona esclusa dal rifugio ai sensi dell'art. 12, par 2, purché non comporti confusione tra gli *status*.
- C. Favilli, 2011: il diritto di **asilo europeo coincide** con la protezione dei rifugiati ed esclude un asilo di portata più ampia.

Il rapporto tra asilo e rifugio nel diritto europeo (2)

- F. Lenzerini, 2009: la disciplina del rifugio si è sostituita a quella dell'asilo, inglobandola nel proprio ambito applicativo.
- C. Favilli, 2011: il diritto di **asilo europeo coincide** con la protezione dei rifugiati ed esclude un asilo di portata più ampia.
- G. Pizzolante, 2012: dopo la nuova direttiva, **tendenza ad unificare le misure di p.i.:** non si ritengono più consentite le differenze di *status*.

La protezione umanitaria/temporanea pre-CEAS (2)

- 1990 i *boat people* **albanesi**: da rifugiati a *gastarbeiter* a clandestini.
- 1991 gli sfollati **ex-jugoslavi**: 28.11.1991, circ. Min. Int. ps umanitario per 3 mesi.
- 1992 i **somali**: decreto MAE 9.9.1992, ps studio/lavoro per un anno, rinnovabile.
- 2001 i **kosovari**: DPCM 12.5.1999, ps umanitario per 6 mesi, non rinnovabile.
- 2011 i "libici" delle **primavere arabe** e l'emergenza Nord-Africa: da richiedenti p.i. a ps umanitario, convertibile.

La protezione umanitaria/temporanea pre-CEAS (3)

- principio di "*non refoulement*", limitato, in base alla Convenzione di Ginevra, ai soli rifugiati (o richiedenti asilo), è invece esteso a tutti gli stranieri, comunque presenti nel territorio, dalla CEDU e dalla L. TUI, artt. 5 C. 6 e 19 c.1
- non è possibile espellere o respingere uno straniero direttamente verso un territorio nel quale possa essere oggetto di persecuzione, ovvero verso un paese terzo nel quale possa rischiare di venire rinvitato nel paese di origine o provenienza.

La protezione umanitaria/temporanea pre-CEAS (4)

art. 5, comma 6, T.U. immigrazione (d.lgs 286/1998) così disponeva:

«6. *Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione».*

La protezione umanitaria/temporanea pre-CEAS (5)

- Art. 19 T.U.: «1. **In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento** verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di **persecuzione** per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvitato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a **tortura**. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di **violazioni sistematiche e gravi di diritti umani**».

La protezione umanitaria pre-CEAS (6)

- **Commissione** l'unico organo competente per l'esame di merito delle istanze di asilo ha assunto la **prassi di rammentare alle Questure l'esistenza delle norme del TUI** dalla cui combinato disposto si evince come sussista un obbligo di assicurare una regolare posizione di soggiorno a coloro che abbisognano di adeguata protezione.
- prassi, assunta e sancita prima a livello giurisprudenziale e poi normativizzata dalla legge Bossi-Fini 189/2002

La protezione umanitaria pre-CEAS (7)

- a seguito di raccomandazione della Commissione territoriale qualora ricorrano “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”;
- ai sensi dell’art. 19 TUI, anche in assenza di una richiesta della Commissione, qualora ricorrano gravi motivi di carattere umanitario, (TAR Lazio dell’8 ottobre 2008 n. 8831)“il Questore, prima di respingere la domanda di rilascio del permesso di soggiorno, è tenuto a svolgere la verifica sulla particolare situazione di fatto nella quale versa in richiedente, verificando l’insussistenza di elementi impeditivi all’espulsione o respingimento verso lo Stato di appartenenza.”;
- ai sensi dell’art. 20 del TUI, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all’Unione Europea;
- ex art. 18 TUI per programmi di protezione sociale in favore delle vittime di sfruttamento. In questi casi il permesso ha caratteristiche differenti.

Evoluzione del CEAS

- 1[^] Fase: armonizzazione **standard minimi**
- 2 Regolamenti e 4 **Direttive**:
 - Reg. (CE) 2735/2000 Eurodac 1 (attuaz. Conv. Dublino e Reg. (CE) 407/2002
 - Reg. (CE) 343/2003 Dublino (Reg. app. 1560/03)
 - Dir. 2001/55/CE Prot. Temporanea
 - Dir. 2003/9/CE Accoglienza
 - Dir. 2004/83/CE Qualifiche
 - Dir. 2005/85/CE Procedure

Evoluzione del CEAS (2)

- Nov. 2004 **Programma dell'Aja**:
 - impone alla Commissione Ue una valutazione del Ceas entro il 2007
 - Adozione di nuovi strumenti da sottoporre al Parlamento **entro il 2010**
- Com. 301/2007 **Libro Verde** sul futuro del Ceas
- Com. 360/2008 Piano Strategico sull'Asilo (Proposte di modifica Reg. e Dir. e Reg. 439/2010 **EASO**)
- 1/1/2009 Trattato di Lisbona: TFUE Tit. IV art. 78 (già artt. 63 e 64 TCE):
 - La Politica sull'Asilo è "comune"
 - Non refoulement e Conv. Ginevra '51 sono "vincolanti"
 - Il Ceas va ulteriormente implementato

Evoluzione del CEAS (3)

- 2[^] Fase: costruzione di un sistema **uniforme**
- 2 Regolamenti e 4 Direttive:
 - Reg. (CE) 603/2013 Eurodac 2
 - Reg. (CE) 604/2013 Dublino 3 (gen. 2014)
 - Dir. 2011/51/CE Estensione lungosoggiornanti (mag. 2013)
 - Dir. 2011/95/CE Qualifiche New -> D. Lgs. n. 251/2007, modificato dal D. Lgs. 18/2014 (lug. 2014)
 - Dir. 2013/32/CE Procedure New -> D. Lgs. n. 25/2008, modificato dal D. Lgs. n. 140/2005 e D.P.R. 21/2015 (lug. 2015)
 - Dir. 2013/33/CE Accoglienza New -> D. Lgs. n. 140/2005 (lug. 2015)

La protezione umanitaria post-CEAS

Introduzione della nuova qualifica della **protezione sussidiaria**, elementi:

- rischio effettivo di subire un **danno grave**, ovvero :
 - pena di morte
 - tortura o trattamenti inumani o degradanti
 - violenza indiscriminata relativa ad un conflitto armato interno o internazionale

La protezione umanitaria post-CEAS

- introdotta all'**art. 32, comma 3, d.lgs 25/2008** (di attuazione della Direttiva Procedure).
- *"Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere **gravi motivi di carattere umanitario**, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286."*

La protezione umanitaria post-D.L. Sicurezza 113/2018, come convertito dalla l. 132/2018

In dottrina è stato riconosciuto **rango costituzionale al diritto al permesso di soggiorno umanitario**: esso è stato considerato, in primo luogo, manifestazione del diritto di asilo di cui all'art. 10 c. 3, Cost.

(P. Bonetti, *Art. 10*, in F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna 2018, pp. 77 ss.)

La protezione umanitaria post-D.L. Sicurezza 113/2018 (2)

In giurisprudenza è stato riconosciuto **rango costituzionale al diritto al permesso di soggiorno umanitario**:

Cass. civile, sez. I, n. 4455/2018: «La protezione umanitaria costituisce una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale (art. 10 Cost., comma 3), secondo il costante orientamento di questa Corte (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il **carattere aperto e non integralmente tipizzabile** delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia **del diritto d'asilo costituzionale**, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche, ovvero ad una formula dai contorni non agevolmente definiti e tutt'ora oggetto di ampio dibattito».

La protezione umanitaria post-D.L. Sicurezza 113/2018 (3)

C. Padula, 2018: L'art. 10, terzo comma, Cost. va dunque letto in collegamento con l'art. 3, secondo comma, Cost. e con l'art. 2, comma 1, del testo unico -> le **libertà democratiche** garantite dalla Costituzione italiana» sono:

- **non solo** quelle che precludono l'esercizio dei diritti che più direttamente attengono alla democrazia (libertà di espressione, di associazione etc.)
- **ma tutte quelle che incidono sui diritti fondamentali** e sulle condizioni minime di una vita sicura e dignitosa (i diritti alla vita, alla salute, all'istruzione etc. che ne sono il presupposto.

La protezione umanitaria post-D.L. Sicurezza 113/2018 (4)

- dall'**art. 5, comma 6, T.U.**, ha **eliminato interamente la previsione del permesso umanitario** "generico", compreso quello fondato sugli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano.
- dall'**art. 32, comma 3, d.lgs 25/2008**, Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura "protezione speciale", salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga.
 - Il permesso di soggiorno di cui al presente comma è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro».

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? **1^ ipotesi**

- muove dalla lettura del DL 113/2018, come se disponesse che non è ammesso il rilascio del permesso umanitario al di fuori dei casi espressamente previsti.
- Qualora il DL 113/2018 escludesse il rilascio del permesso di soggiorno per motivi «risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», la sua **incostituzionalità** parrebbe risultante *per tabulas*.

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? **1^ ipotesi**

- Dunque, sarebbe ipotizzabile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. *b*) dl 113/2018, nella parte in cui ha eliminato la possibilità di riconoscere il permesso di soggiorno umanitario "generico", per violazione (perlomeno) degli artt. 2 e 10, terzo comma, Cost. Infatti, la legge cui rinvia l'art. 10, terzo comma, Cost. ha il compito di precisare le condizioni del rilascio e i requisiti del richiedente, di regolare la procedura del riconoscimento e i casi di cessazione,

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? **2^ ipotesi**

- si parte dalla constatazione che l'art. 10, terzo comma, Cost. è considerato norma **direttamente applicabile**
- si perviene, in sostanza, a “sterilizzare” – almeno in parte – la modifica normativa =
- manterrebbe la possibilità di rilasciare il **permesso umanitario là dove esso sia attuativo del diritto di asilo**: cioè, nei casi di privazione dei diritti fondamentali nel Paese di provenienza.

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? **2^ ipotesi** (2)

- Secondo la Cassazione, «**il diritto di asilo è [...]** **interamente attuato** e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera della esaustiva normativa di cui al D.Lgs. n. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale» (Cass. civile, sez. VI, n. 10686/2012, confermata da Cass. civile, sez. VI, n. 16362/2016).
- Dunque, **venuta meno una delle forme** di attuazione del diritto di asilo (seppur limitatamente alle ipotesi non tipizzate dei "casi speciali"), **potrebbe "rivivere" la diretta applicabilità dell'art. 10**, terzo comma, Cost.

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? (3)

- Il tema del **contrasto con la volontà abrogativa** del Legislatore.
- collocazione sistematica delle norme sulla tutela umanitaria nel TUI:
 - art. 5 c. 6
 - art. 10 c. 4
 - art. 19, c.1
 - art. 18
 - tutela di posizioni corrispondenti a diritti soggettivi e rilascio di permesso di soggiorno "necessario"
 - art. 35, salute
 - MSNA
 - detenuti

Quali sono le conseguenze della modifica introdotta dal dl 113/2018? (4)

- art. 14 d.P.R. 394/99, rubrica “**conversione del permesso di soggiorno**”
- c. 1, lett. c) **il permesso** di soggiorno per ricongiungimento familiare o per ingresso al seguito del lavoratore, **per motivi umanitari (non i casi speciali, ma la protezione speciale?)** ovvero per integrazione minore nei confronti dei minori che si trovino nelle condizioni di cui all’art. 32, commi 1-bis e 1-ter, del testo unico e per i quali il Comitato per i minori stranieri ha espresso parere favorevole, **consente l'esercizio del lavoro** subordinato e del lavoro autonomo alle condizioni di cui alle lettere a) e b);
- c. 3: Con il rinnovo, è rilasciato un nuovo permesso di soggiorno per l’attività effettivamente svolta

Come introdurre il giudizio di accertamento dell'asilo costituzionale

- 1[^] ipotesi: **procedimento semplificato a cognizione piena** ai sensi degli art. 702*bis*, 702*ter*, 702*quater*, ex art. 19 e 34 c. 20, L. 150/2011 - ratio: semplificazione solo per procedimenti previsti da leggi speciali?
- 2[^] ipotesi: in mancanza di una espressa previsione legislativa (che c'è solo per i procedimenti in materia di protezione internazionale nella previgente versione a "sistema chiuso"): **rito ordinario di cognizione dinanzi al Tribunale in composizione collegiale** Cass. n. 7614 del 2011, in materia di apolidi (stato/capacità Cass. SS.UU. 28873 del 2008) - contraddittore necessario Min. Int, Foro di Roma

grazie dell'attenzione

Bibliografia minima

- M. Acierno, *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, judicium.it.
- C. Favilli, *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011.
- F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009.
- P. Morozzo Della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione giustizia trimestrale*, n. 2/2018.
- B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988.
- B. Nascimbene, *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*, Bari, 1995.
- C. Padula, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, asgi.it
- N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir., Imm. e Cittadinanza*, n. 1/2018.