

Le qualifiche per la protezione internazionale (e umanitaria) dei migranti nella giurisprudenza italiana – Linee di tendenza¹

SOMMARIO: 1.- La necessaria storicizzazione del tema. 2.- Il difficile bilanciamento tra garanzia dei diritti fondamentali e sicurezza degli Stati. 3.- Il quadro normativo di riferimento. 4.- I principi affermati dalla Corte costituzionale in materia di immigrazione. 5.- Le principali linee di tendenza della giurisprudenza della Corte di cassazione-Quadro di sintesi. 6.- Le situazioni protette: in particolare l'asilo. 7.- Lo status di rifugiato. 8.- La protezione sussidiaria. 9.- I permessi per motivi umanitari. 10.- Conclusioni.

1.- La necessaria storicizzazione del tema.

Nella presente relazione ci si limiterà a tratteggiare le principali linee di tendenze della giurisprudenza nazionale, muovendo dalla prospettiva secondo cui si tratta di un tema che non può essere affrontato senza tenere conto della situazione storico-politica del momento, che è quella da cui dipende anche la relativa situazione normativa.

Infatti, se una caratteristica tipica delle decisioni giurisdizionali in qualsiasi campo è quella di essere, inevitabilmente, lo specchio del momento storico in cui vengono emesse – essendo i giudici istituzionalmente chiamati ad esprimere, con la motivazione, un giudizio di valore attraverso l'applicazione della normativa all'epoca vigente, il cui contenuto è determinato dal legislatore, UE o nazionale, in base a scelte politiche – è del tutto evidente che questo, a maggior ragione si verifica per la giurisprudenza in materia di immigrazione.

Del resto, che il commento e/o la valutazione delle sentenze non possano farsi senza tenere conto, oltre che della specifica fattispecie esaminata, anche del contesto spazio-temporale nel quale le sentenze sono emanate è del tutto coerente alla finalità propria del diritto – quale scienza da includere nel novero delle scienze sociali² – che riceve nel momento dell'esercizio della attività giurisdizionale la sua manifestazione maggiormente significativa, specialmente quando si tratta di

¹ Da una lezione tenuta il 4 aprile 2014, al Master in “Tutela internazionale dei diritti umani” della Sapienza Università di Roma, in corso di pubblicazione in www.europeanrights.eu

² L'appartenenza della scienza giuridica alle scienze sociali ha dato luogo a vivaci dibattiti. Peraltro, nel corso del tempo l'impostazione formalistica di origine kantiana – ripresa da Kelsen – secondo cui la scienza giuridica, studiando il “dover essere e non l'essere” non sarebbe una scienza sociale, ha conosciuto un graduale declino; e ad esso ha fatto riscontro la ripresa della tradizione della giurisprudenza sociologica, inaugurata all'inizio del XX secolo da Hermann Kantorowicz e da Eugen Ehrlich. Questo fenomeno viene collegato a due motivi fondamentali che trascendono l'ambito disciplinare del diritto: da un lato il mutamento sociale e il proliferare della produzione di norme, che ha reso sempre più difficile concepire l'ordinamento giuridico come un sistema coerente; dall'altro il processo di globalizzazione, che ha sempre più imposto il confronto tra norme appartenenti a ordinamenti diversi favorendo altresì l'affermarsi di ‘fonti’ normative sovranazionali. Ciò ha condotto a considerare sempre più il diritto non tanto come un sistema normativo quanto come un fenomeno sociale, spostando al tempo stesso l'accento dal ‘sistema’ giuridico alla cultura giuridica: in questa maniera la scienza giuridica si è venuta accostando alle scienze sociali, e ha adottato approcci e modelli caratteristici di quest'ultime (vedi: P. ROSSI, voce “Scienze sociali” in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1997, www.treccani.it

risolvere controversie in materia di diritti fondamentali, come sono quelle in materia di qualifiche per la protezione internazionale e umanitaria.

Sempre per definire i confini della presente trattazione, va precisato che grazie alla sensibilità dimostrata dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, nonché alle progressive modifiche del quadro normativo (interno, comunitario, internazionale) di riferimento e agli interventi della Corte costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, le controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria sono oggi devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario, pur essendo rimaste devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative alle impugnative dei provvedimenti amministrativi discrezionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, che spesso si sovrappongono e si intrecciano con quelle riguardanti la domanda di protezione.

Pertanto, in questa sede, verranno prese in considerazione principalmente le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di cassazione civile³.

2.– Il difficile bilanciamento tra garanzia dei diritti fondamentali e sicurezza degli Stati.

Le controversie in materia di protezione internazionale e umanitaria degli stranieri non sono, in genere, di facile soluzione perché presuppongono la valutazione di molti elementi non necessariamente univoci.

Infatti, va, in primo luogo, tenuto presente che – come più volte ha sottolineato anche la Corte costituzionale (vedi, per tutte: sentenza n. 148 del 2008) – la disciplina della condizione degli stranieri migranti si caratterizza per la coesistenza di ragioni di ordine pubblico e controllo delle frontiere con ragioni di tutela di diritti fondamentali, che vanno tra loro bilanciate e considerate in modo non separato, visto che le politiche riguardanti il primo aspetto hanno inevitabili ripercussioni su quelle che concernono il secondo.

La suddetta peculiarità comporta che la prospettiva dalla quale affrontare la questione non possa non essere molteplice cioè internazionale, sovranazionale e nazionale. Nei Paesi europei, inoltre, si deve tenere conto del diverso percorso che hanno seguito nella materia rispettivamente il sistema CEDU e il sistema UE.

In questa complessa operazione si deve, comunque, partire dalla duplice premessa di ordine generale che se, da un lato, gli strumenti giuridici che regolano, sia a livello internazionale (e sovranazionale) sia al livello nazionale, la condizione dello straniero sono coordinati e complementari tra loro, d'altra parte tale coordinamento va effettuato nell'idea che l'efficacia dei suddetti strumenti per la tutela dei diritti fondamentali degli interessati rappresenta, in un certo senso, il banco di prova delle democrazie contemporanee.

³ Per eventuali, ulteriori approfondimenti sulle questioni trattate nella presente relazione mi permetto di rinviare a L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi*, Milano, 2013.

Si tratta, infatti, dell'ambito in cui più di ogni altro emerge la necessità di assicurare un ragionevole bilanciamento tra libertà e sicurezza⁴ e tra i diversi diritti che ne conseguono e che comunque risultano essere compresi tra i diritti e le libertà fondamentali.

Ciò significa che, come in effetti è accaduto, un ruolo determinante per effettuare tale difficile operazione è quello che hanno svolto e svolgono i Giudici, in quanto, laddove – come accade in materia di immigrazione – vengano in considerazione problemi di bilanciamento tra diritti fondamentali collegati a questioni di unificazione-integrazione tra ordinamenti diversi – interno, UE, CEDU – il punto di interazione tra i vari ordinamenti non può, inevitabilmente, essere stabilito una volta per tutte né da questo né da quell'ordinamento, neppure dalla Costituzione e dai suoi principi fondamentali, ma è piuttosto, da configurare come un “punto mobile”, da definire, caso per caso, nelle singole situazioni, come, del resto, è da sempre connaturato alle operazioni di bilanciamento.

Questa è anche l'opinione autorevolmente espressa da Valerio Onida⁵, secondo cui “il diritto dei diritti fondamentali” oggi non è tanto di competenza del legislatore (le cui scelte sono spesso condizionate dal dare risposta ai transeunti problemi che, via via, sono sentiti come urgenti dalla volontà popolare), quanto piuttosto dei giudici, perché involge problemi di equilibrio di fondo che possono essere assicurati meglio in sede giudiziaria, a condizione che i giudici siano aperti al sopranazionale e all'internazionale e, cioè, ad instaurare un dialogo tra loro, non solo all'interno dei singoli ordinamenti di appartenenza, ma anche con le Corti sopranazionali, come la Corte EDU e la Corte di giustizia UE. In tal modo, si potrà creare un nuovo modello di produzione del diritto in senso oggettivo – una sorta di diritto comune dei diritti fondamentali – che avvicina i Paesi di *civil law* a quelli di *common law*.

Tra i giudici comuni nazionali la nostra Corte di cassazione ha contribuito in modo significativo a rendere migliore il livello di tutela degli stranieri nel nostro Paese, con decisioni di grande interesse, sintomo dell'apertura dell'istituzione all'internazionale e al sovranazionale.

Comunque, dal punto di vista istituzionale, il primo Giudice chiamato a dare un importante contributo alla suddetta difficile impresa è stata – ed è – la Corte costituzionale.

Non va dimenticato, del resto, che molti anni fa il grande Luigi Mengoni – sul finire del suo mandato di Giudice costituzionale⁶ – significativamente sottolineò che il «problema centrale della giurisprudenza costituzionale» è quello di pervenire ad un equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, avendo l'«abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista». Infatti, «non c'è nessun diritto – nemmeno i *preferred rights* o “valori supremi” – che, a partire da un determinato contesto, non possa essere limitato sulla base di un *test* comparativo con altri diritti o principi divergenti».

⁴A. PATRONI GRIFFI, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive in Europa e migranti*, Napoli, 2011, p. 3 e ss.

⁵ V. ONIDA, Relazione di sintesi del Convegno organizzato dalla sezione di Milano dell'Associazione nazionale magistrati il 21 maggio 2008 su “La viva voce della Costituzione nei suoi sessant'anni”.

⁶ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi* 1996, 95 e ss.

E, nella stessa ottica, la Corte costituzionale anche di recente – nella sentenza n. 85 del 2013 – ha ribadito l’orientamento secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012)», perché «se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

La medesima operazione è anche quella che governa – pur nella nota diversità – l’attività decisionale delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, che hanno avuto ed hanno entrambe un ruolo molto significativo non solo per l’innalzamento del livello di tutela dei diritti umani in generale, ma soprattutto per l’ampliamento dell’ambito di tutela dei diritti degli stranieri.

Alla base della suddetta operazione di bilanciamento si pone la premessa secondo cui – come da più parti affermato, a partire anche da Tommaso d’Aquino, nella sua filosofia politico-giuridica – non tutti i diritti fondamentali hanno uguale peso – pur se tutti devono essere tutelati e tutti possono formare oggetto del suddetto bilanciamento – sicché, se anche non si vuole parlare esplicitamente di una “gerarchia dei diritti fondamentali”, comunque si deve riconoscere che, fin da tempi remoti, si dà un peso diverso ai vari diritti da riconoscere alla persona umana, in quanto tale.

D’altra parte, anche al livello normativo primario, è evidente che nelle Carte fondamentali – e, quindi, nella nostra Costituzione, nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali UE – non tutti i diritti hanno lo stesso peso, pur essendo considerati tutti meritevoli di tutela.

Da quel che fin qui si è detto si desume facilmente come ai Giudici venga chiesto – specialmente quando si tratta di effettuare il suddetto bilanciamento tra diritti fondamentali in materia di immigrazione – di svolgere un lavoro molto complesso, che presuppone non solo un’adeguata preparazione tecnica, ma anche la consapevolezza dei complessivi effetti dei rispettivi provvedimenti e, quindi, un grande equilibrio.

È, infatti, proprio con l’equilibrio e con la piena cognizione della fattispecie da esaminare in tutti i suoi elementi, valutati nel contesto più ampio di riferimento, che si riesce ad affrontare in modo adeguato il momento cardine del giudizio che – in particolare nei giudizi in cui vengono in considerazione diritti umani – è, in ultima analisi, rappresentato dall’applicazione del principio di uguaglianza in modo conforme all’art. 3 Cost. e alle corrispondenti norme contenute nella Carte fondamentali internazionali ed europee.

Effettuare tale giudizio muovendo dalla premessa del peso diverso da attribuire ai differenti diritti fondamentali certamente non significa che la risposta alla relativa domanda di giustizia debba essere asservita alle logiche di mercato e data con il “metro delle compatibilità economiche”, significa soltanto che si deve trattare di una risposta consapevole dell’essenza dei regimi democratici, rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell’intero corpo sociale di appartenenza. E questo, quando sono in discussione i diritti dei migranti, può anche

contribuire a ridurre gli atteggiamenti di intolleranza e rifiuto per gli altri che si vanno sempre di più diffondendo, in tutto il continente europeo.

Del resto, proprio mostrando consapevolezza di tali problematiche, nel 2013 l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti ha scelto di dedicare il proprio Convegno annuale all'approfondimento dell'impatto della crisi economica "sulla nostra dimensione costituzionale" e che, in questo contesto, la relazione di sintesi della professoressa Licia Califano si è concentrata sulle ricadute della crisi sulla tutela dei diritti fondamentali della persona, sottolineando che è necessario riflettere sul versante dei costi dei diritti – specialmente di quelli sociali – "poiché il tema aperto è la scarsità delle risorse e la ricerca di soluzioni possibili" per assicurare la tutela dei diritti medesimi.

Nella stessa relazione è stato anche posto l'accento sul fatto che: "l'inviolabilità dei diritti sociali non si può realizzare al di fuori di qualsiasi attenzione al profilo dei costi" e che, "anzi ... la sostenibilità delle politiche sociali è funzionale essa stessa ad una prospettiva di effettività dell'inviolabilità che ha bisogno di traduzioni realistiche e sostenibili (che non significa affatto arrendevoli o indifferenti ai bisogni essenziali delle persone)", che muovano dalla consapevolezza del "nesso esistente tra disuguaglianza sociale, debito pubblico ed efficienza economica".

I diritti sociali sono cosa diversa dai diritti umani, ma è comunque evidente proprio tenendo conto anche di diversità del suddetto tipo di attenzione non si possa fare a meno quando si affrontano le complesse questioni in materia di immigrazione, visto che, come ci ha ricordato anche l'ultimo WEF (World Economic Forum) di Davos, uno dei protagonisti della economia mondiale è il crescente divario fra fasce ricche e povere della popolazione ed è evidente che tale divario è una delle cause fenomeno delle migrazioni umane, da sempre esistente nella storia dell'umanità ma destinato ad incrementarsi nel futuro, anche se non necessariamente verso l'Europa.

Ne consegue che la reale soluzione di tali problematiche, richiedendo decisioni volte a una più equa distribuzione delle ricchezze, non possa non portare ad affrontare il tema di fondo del modello di sviluppo da adottare.

Se è così, allora è chiaro che il pur importante lavoro svolto dalle Corti e dai Giudici per essere realmente efficace non soltanto nei singoli casi trattati, ma al fine di promuovere una diversa percezione del fenomeno migratorio nelle opinioni pubbliche dei diversi Paesi europei dovrebbe essere supportato da politiche più coraggiose e di ampio respiro dei diversi Governi e, quindi, da una normativa e soprattutto da prassi amministrative maggiormente aderenti al raggiungimento del suddetto obiettivo.

Infatti, non si può certamente pensare di modificare per via giudiziaria i comportamenti dei cittadini europei che, in maggioranza, vivono l'immigrazione come un problema ed ignorano che, anche nell'attuale momento di forte crisi economica, gli stranieri regolari appaiono come una risorsa per i Paesi che li accolgono – e, quindi, anche per l'Italia – e che complessivamente rendono di più (incidendo positivamente sull'equilibrio demografico e sulle nuove forze lavorative disposte ad inserirsi in tutti i settori) di quel che costano allo Stato, mentre, viceversa, hanno una pesante incidenza sui bilanci statali sia i rimpatri forzati degli irregolari sia la gestione dei Centri di identificazione ed espulsione (CIE) e il sovraffollamento delle carceri determinato dall'uso

frequente della detenzione nei confronti degli stranieri extracomunitari, Per non parlare del forte nesso tra immigrazione irregolare ed economia sommersa che incrementa l'evasione fiscale e contributiva e si traduce in forme di deprecabile sfruttamento.

Va, invece, amaramente osservato che negli ultimi anni, in conseguenza della crisi economica globale, i singoli Stati occidentali – in particolare, europei – tendono ad assumere scelte non coerenti alla suddetta necessità di coordinamento delle politiche dell'immigrazione e che appaiono andare in controtendenza anche rispetto alle dichiarazioni di consapevolezza del ruolo determinante da attribuire al rafforzamento della tutela i diritti e le libertà fondamentali al fine di sviluppare e consolidare l'azione politica di pace all'interno dello spazio europeo e al livello mondiale.

Conseguentemente, le scelte dei Governi europei in questo campo appaiono caratterizzate da prese di posizione populiste di “breve periodo”.

Ma nessuno ha spiegato che simili scelte – a parte ogni altra considerazione – possono rivelarsi dei boomerang e, nel tempo, mostrare in modo sempre più evidente tutta la loro fragilità – anche in termini economico-finanziari – in un continente nel quale il tasso di natalità è mediamente più basso di quello che si riscontra negli altri continenti – e, in questo ambito, quello italiano è tra i più bassi di Europa – e anche la produzione globale è inferiore a quella degli altri.

Al riguardo basterebbe ricordare che Helmut Schmidt nel bel discorso del dicembre 2011 tenuto a Berlino al SPD – nel parlare del ruolo dell'UE e di quello della Germania al suo interno – pur confermando di essere consapevole ed orgoglioso del ruolo storico dell'Europa, tuttavia l'ha definita il “nostro piccolo continente”, richiamando l'attenzione di tutti alla dura realtà di un continente europeo che si avvia a contare: a) solo per il 7 per cento della popolazione mondiale, rispetto a oltre il 20 per cento nel 1950; b) solo per il 10 per cento della produzione globale rispetto al 30 per cento nel 1950.

Da qui la conclusione di Schmidt secondo cui, se teniamo a dimostrare che “europei sono importanti per il mondo”, dobbiamo operare in stretta unione e si potrebbe aggiungere dobbiamo saper gestire l'immigrazione in modo differente, perché questo oltre ad essere conforme ai valori fondanti dell'attuale Unione europea può avere benefiche ricadute sull'economia, oltre a consentire di invertire la tendenza rispetto al senso di malessere, rassegnazione e, in sostanza, di declino che serpeggia ormai da tempo nel continente e nel nostro Paese più che in altri.

In altre parole, se non si comprende la portata del fenomeno migratorio e non capisce quanto sia stato e sia necessario il contributo dell'immigrazione per l'Europa e, quindi, anche per il nostro Paese, vuol dire semplicemente che non si sa guardare alla realtà e al futuro e che, per esempio, si ignora quale sia l'apporto culturale, ma anche economico dato dagli immigrati che vivono stabilmente nel nostro come negli altri Stati della UE.

3.– Il quadro normativo di riferimento.

Va tuttavia osservato che, alle suddette criticità comportamentali che hanno determinato un considerevole aumento del contenzioso in materia di immigrazione, fa da contraltare una situazione normativa – internazionale, europea e nazionale – molto evoluta.

Per quel che riguarda, in particolare, il nostro ordinamento va, infatti, tenuto presente che i Padri costituenti, mostrando grande sensibilità a quanto stava accadendo in ambito internazionale ed europeo, hanno posto, tra i principi fondamentali cui è ispirata la nostra Carta costituzionale quello c.d. internazionalista, principalmente consacrato, secondo l'impostazione originaria, negli articoli 7, 10 e 11, cui si è aggiunto l'art. 117, primo comma, nuovo testo, per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

Nell'ambito del suddetto art. 10, al terzo comma, si prevede una norma di tutela del diritto di asilo secondo la quale: «lo straniero al quale sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Né va omissso di ricordare che l'art. 2 Cost. stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». E la suddetta tutela, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza anche di recente, riguardando diritti fondamentali, deve essere riconosciuta indipendentemente dalla cittadinanza del beneficiario (vedi per tutte: Cass. 7 maggio 2009, n. 10504; Cass. 24 febbraio 2010, n. 4484; Cass. 11 gennaio 2011, n. 450).

La struttura di base del quadro normativo di riferimento – in cui interviene la nostra giurisprudenza – è costituita non soltanto dalle anzidette norme costituzionali, ma anche da tutte le disposizioni contenute nelle Carte e nelle Convenzioni internazionali che l'Italia ha ratificato e reso esecutive, a partire dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU.

Ne deriva che il nostro Paese, fin dagli albori dello Stato repubblicano, si è dotato di un insieme di fonti molto corposo e garantista per quanto riguarda la situazione dei migranti.

Però, nonostante tale favorevole situazione di partenza, quel che è certo è che la vera e propria spinta propulsiva per la strutturazione di una sistema di misure di protezione in favore dei migranti si è avuta da noi – così come nella maggior parte degli Stati membri della UE – solo per effetto della normativa assunta a livello comunitario, il cui primo avvio è rappresentato dalla Convenzione di Dublino del 1990⁷, che è coeva all'istituzione del Consiglio italiano per i rifugiati (comunemente conosciuto come CIR).

Questa normativa comunitaria, nel corso degli anni, è stata strutturata in modo sempre più completo e si è così pervenuti, grazie all'accordo assunto in tal senso, nel Consiglio europeo di Tampere del 1999, tra i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri, alla istituzione del CEAS – Common European Asylum System (Sistema Europeo Comune di Asilo) – nel quale sono compresi tutti gli atti di origine UE, volti a disciplinare la condizione dei migranti.

⁷ Tale Convenzione è stata firmata a Dublino il 15 giugno 1990, ed entrata in vigore il 1 ° settembre 1990 per i primi dodici firmatari (Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Regno Unito).

Nel suddetto accordo si stabilì che, in una prima fase, era necessario dotarsi di strumenti per: 1) determinare con chiarezza e praticità lo Stato competente per l'esame delle domande di asilo; 2) prevedere norme comuni per una procedura di asilo equa ed efficace; 3) condizioni comuni minime per l'accoglienza dei richiedenti asilo; 4) il ravvicinamento delle normative relative al riconoscimento e agli elementi sostanziali dello status di rifugiato.

Si prevede, altresì, che il regime dovesse essere successivamente completato da misure che prevedessero forme complementari di protezione e offrissero uno status adeguato alle persone che necessitano di tale protezione.

La disciplina di base relativa alla suddetta prima fase – conclusasi nel 2005– ha il suo fulcro nel regolamento CE 18 febbraio 2003 n. 343/2003 del Consiglio (c.d. Regolamento Dublino II), il cui obiettivo era quello di armonizzare gli strumenti giuridici degli Stati membri in materia di asilo, sulla base delle direttive delineate nel Consiglio di Tampere.

Per la seconda fase del sistema – prefigurata già nelle conclusioni dell'accordo di Tampere e poi prevista all'interno del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e, in particolare nel nuovo art.78 come modificato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) – gli obiettivi fissati con il Programma dell'Aja adottato dal Consiglio europeo il 4 e 5 novembre 2004 consistevano nella creazione di procedure comuni, di uno *status* uniforme per coloro che ottengono l'asilo o la protezione sussidiaria, oltre al potenziamento dei rapporti di cooperazione tra i vari servizi nazionali⁸.

L'istituzione del CEAS – nonostante alcune criticità emerse fin dalle prime applicazioni e tuttora presenti – ha indubbiamente determinato un miglioramento delle situazioni normative nazionali – e, quindi, anche di quella italiana – per effetto del recepimento delle numerose direttive emanate dalla UE in esecuzione del Regolamento Dublino II.

Tra queste direttive le principali sono quelle in materia di: 1) protezione temporanea, da riconoscere in caso di afflusso massiccio di sfollati e di cooperazione in ambito comunitario; 2) accoglienza da attribuire agli stranieri richiedenti il riconoscimento dello *status* di rifugiato nel territorio nazionale, che non possano beneficiare delle misure di protezione temporanea; 3) determinazione delle qualifiche per la protezione internazionale; 4) delle procedure per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale; 5) diritto di ricongiungimento familiare.

Peraltro, come si è detto, nell'applicazione della suddetta normativa sono subito emersi alcuni problemi strutturali e, da più parti, è stato rilevato che la corretta funzionalità del Sistema presuppone l'esistenza di una politica comune di asilo la quale, invece, stenta ad affermarsi, tanto che, nella pratica, vi sono vistose differenziazioni di metodo e di risultato tra i diversi Paesi, ancorché le normative della UE facciano ormai parte di tutti i diversi ordinamenti.

Tale situazione non è mutata – e anzi si è aggravata – nel corso degli anni, con il manifestarsi, da un lato, della crisi economico-finanziaria di cui ancora si sentono gli effetti e dall'altro dei

⁸ Per un approfondimento sul punto: M. SALERNO, *La protezione internazionale (II): il c.d. Regolamento Dublino* in www.associazioneconstituzionalisti.it luglio 2010

molteplici sommovimenti politici dei Paesi del Nord Africa e della Siria, con il conseguente aumento dei flussi migratori.

Infatti, la reazione a tali evenienze della maggior parte dei Governi degli Stati membri è stata quella di privilegiare – nel suindicato necessario bilanciamento tra ragioni di ordine pubblico e controllo delle frontiere e ragioni di tutela di diritti fondamentali che caratterizza la situazione di tutti gli immigrati – la tutela dell'ordine pubblico e del controllo delle frontiere, come viene documentato da studi molto autorevoli⁹.

Il percorso attraverso il quale si è pervenuti a “blindare” sempre di più le frontiere esterne della UE ha origini remote, avendo avuto inizio da quando (nel 1999) l'*acquis* di Schengen è stato integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea in virtù di un Protocollo allegato al trattato di Amsterdam. Nel corso del tempo, con il progressivo allargamento dello spazio Schengen, la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere è stata avvertita con sempre maggiore intensità dagli Stati UE.

Nel frattempo, con il trattato di Lisbona, si è stabilito che il suddetto bilanciamento – che prima competeva, in via prioritaria, ai diversi legislatori nazionali – venga effettuato in ambito comunitario. Ciò in quanto, per effetto del suddetto trattato e del coevo Programma di Stoccolma¹⁰, le politiche in materia di protezione delle frontiere, di gestione delle migrazioni (regolari e irregolari) e di asilo sono state configurate come politiche “comuni” della UE e, come tali, sono, fra l'altro, da definire, di regola a maggioranza qualificata degli Stati UE e in co-decisione con il Parlamento europeo.

Conseguentemente, la politica della UE in materia di immigrazione – inserita nel CEAS – al di là delle proclamazioni di principio, ne è risultata sempre più fortemente sbilanciata sul fronte

⁹ Vedi, per tutti: A. CORDA, G. SALA CHIRI, Dossier su “*Il reato di immigrazione clandestina: un'analisi comparata*”, luglio 2008 in www.eurosduvillage.eu

¹⁰ Il Programma di Stoccolma è stato adottato dal Consiglio europeo (a conclusione di una riunione tenutasi a Bruxelles nei giorni 10 e 11 dicembre 2009), come nuovo programma pluriennale relativo allo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, destinato ad operare nel periodo 2010-2014 (programma di Stoccolma). Come si desume dalle conclusioni del Consiglio europeo (che si possono leggere sul sito ufficiale dell'Unione europea: www.europa.eu), tale programma (varato dopo il programma dell'Aia, relativo al periodo 2004-2009) si propone di intensificare la coesione tra i vari Paesi dell'Unione, «sfruttando a pieno le opportunità offerte dal trattato di Lisbona». Tra i diversi obiettivi viene data la priorità alla promozione della cittadinanza europea e alla protezione dei diritti fondamentali, sanciti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU. Viene, inoltre, dato molto rilievo allo sviluppo di «una politica migratoria europea lungimirante e articolata, fondata sulla solidarietà e la responsabilità». Il Consiglio invita, poi, la Commissione a presentare un piano di azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, stabilendo che esso deve essere adottato entro giugno 2010, con una revisione intermedia prima di giugno 2012. Il suddetto programma scade alla fine del 2014 e starà proprio all'Italia – nel corso della presidenza del Consiglio UE – orientare il nuovo programma che dovrà portarci al 2020, tenendo conto che probabilmente in quella sede potranno avanzate delle proposte anche per ridurre l'ambito di applicazione del principio di libertà di movimento in ambito UE. È previsto, del resto, che a giugno 2014 debba aver luogo una valutazione complessiva dei progressi ottenuti con il Programma di Stoccolma e che, quindi, possa aprirsi una fase di rilancio propositivo per rinnovare quello che era l'obiettivo fondamentale del Programma, rappresentato dalla garanzia del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e dell'integrità delle persone, unita con la garanzia della sicurezza in Europa.

securitario, sicché per tutti i migranti la politica e le prassi applicate risultano dominate – nel nostro come degli altri Stati UE – da quello che è stato efficacemente definito come l’ostile “ossimoro allontanamento-trattenimento” nei Centri di permanenza¹¹. E in entrambi questi due settori estremi non si risparmiano violazioni dei diritti fondamentali degli interessati.

Questa complessiva situazione ha indotto la Commissione europea ad avanzare delle proposte di modifica del Sistema Dublino e, in questo quadro, il 19 maggio 2010 è stato approvato definitivamente il Regolamento UE n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio con il quale è stato istituito l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (EASO), con sede alla Valletta (Malta), con l’obiettivo generale di rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di asilo e ridurre le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti nel trattamento dei richiedenti asilo.

Tuttavia, finora, anche l’EASO, risulta, di fatto, utilizzato prevalentemente per questioni di tipo latamente securitario (come, ad esempio, il supporto all’operazione Mare nostrum).

Intanto, pur essendo la prospettiva maggioritaria dei Governi degli Stati UE e quindi dei diversi legislatori nazionali quella di garantire l’effettività delle misure di allontanamento dal territorio nazionale degli immigrati irregolari, tuttavia la giurisprudenza della CGUE e della Corte di Strasburgo e quella dei Giudici nazionali si muovono prevalentemente lungo direttrici diverse, più garantiste.

Tanto che proprio le decisioni delle due suddette Corti europee hanno dato origine alla emanazione della nuova direttiva qualifiche (direttiva 2011/95/UE, cui è stata data attuazione con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18) e a molte delle modifiche introdotte nel giugno 2013 al CEAS, che si sono tradotte in due regolamenti (il regolamento Dublino III n. 604/2013, il nuovo regolamento EURODAC n. 603/2013) e in due direttive (la nuova direttiva procedure 2013/32/UE e la nuova direttiva accoglienza 2013/33/UE).

Non va però sottaciuto che tale nuova normativa – preceduta da estenuanti negoziati nei quali la maggiore preoccupazione manifestata dai Governi è stata quella di ottenere l’accesso delle forze di polizia alla base dati con le impronte digitali dei richiedenti asilo (EURODAC) – è stata varata solo quando – dopo tre lunghi anni di negoziati – il Parlamento europeo ha ceduto sul suddetto punto e così state finalmente licenziate le disposizioni in materia di condizioni di accoglienza e di procedure di esame delle richieste di asilo, peraltro piuttosto ridotte e comunque inserite sul medesimo impianto originario, che invece la Commissione chiedeva di modificare.

Pertanto, la nuova disciplina non può considerarsi – complessivamente – il frutto dell’affermazione di una maggiore solidarietà e condivisione di responsabilità tra gli Stati UE, pur dovendo riconoscersi, comunque, che è positivo che il legislatore europeo abbia provveduto ad ordinare le norme in maniera più logica, così facilitando la lettura di strumenti che – a partire dal regolamento Dublino III – restano comunque molto complessi.

¹¹ G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione* in Associazione italiana dei costituzionalisti, Rivista, n. 1 del 2012, www.costituzionalistitaliani.it

Restano tuttavia irrisolte le maggiori criticità del CEAS, a partire da quella relativa ai criteri di individuazione dello Stato competente per l'esame della domanda di asilo e di protezione internazionale, che uno dei cardini del sistema, fin dalla sua istituzione con la Convenzione di Dublino del 1990.

4.- I principi affermati dalla Corte costituzionale in materia di immigrazione.

Questa è, per grandi linee, la cornice in cui si inserisce la nostra giurisprudenza nazionale in materia di qualifiche per la protezione dei migranti, il cui sviluppo, per quel che si è detto, non può non essere influenzato – in positivo e in negativo – dalle caratteristiche del quadro normativo (e, quindi, politico) europeo in materia.

Per quel che riguarda la Corte costituzionale, si può sinteticamente ricordare che, con indirizzi consolidati – riguardanti, in generale, la situazione degli immigrati nel nostro Paese – nella giurisprudenza di questa Corte è stato affermato che:

- al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia, (vedi, per tutte: sentenze n. 245 del 2011, n. 61 del 2011, n. 187 del 2010 e n. 306 del 2008);

- in tale regolamentazione rientrano la fissazione dei requisiti necessari per le autorizzazioni che consentono ai cittadini extracomunitari di trattenersi e lavorare nel territorio della Repubblica (sentenza n. 78 del 2005) ed il c.d. automatismo che caratterizza taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno (sentenza n. 148 del 2008), oppure dell'espulsione (ordinanze n. 463 del 2005, n. 146 del 2002), ferma l'esigenza di uno specifico giudizio di pericolosità sociale, nel caso in cui l'espulsione dal territorio nazionale sia disposta come misura di sicurezza (sentenze n. 148 del 2008 cit., n. 58 del 1995);

- in ogni caso, devono ritenersi arbitrari – e quindi costituzionalmente illegittimi – gli automatismi procedurali, basati su una presunzione assoluta di pericolosità, se non rispondono a dati di esperienza realmente generalizzati (sentenze n. 202 e n. 57 del 2013, n. 172 e n. 110 del 2012, n. 231 del 2011, n. 265, n. 164 e n. 139 del 2010);

- la Corte costituzionale non può esimersi dal censurare quelle disposizioni legislative che, in materia di immigrazione, incidano in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali degli stranieri (sentenze n. 202 del 2013, n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010), in quanto essa ha il compito, nello svolgimento del proprio infungibile ruolo, di effettuare una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 202, n. 170 e n. 85 del 2013, e n. 264 del 2012);

- in particolare, il c.d. automatismo espulsivo costituisce «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione» ed è «anche per gli stranieri, presidio

ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa » (tra le molte, sentenza n. 148 del 2008; ordinanza n. 146 del 2002);

- però l'esercizio di tale discrezionalità incontra i limiti segnati dai precetti costituzionali e, per essere in armonia con l'art. 3 Cost., occorre che sia conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza (sentenze n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994);

- ciò significa che le norme emanate in materia « devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali » (vedi, sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006, n. 78 del 2005, n. 445 del 2002, n. 62 del 1994);

- pertanto è “certamente vero che la « basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero » — « consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo » — può « giustificare un loro diverso trattamento » nel godimento di certi diritti (sentenza n. 104 del 1969), in particolare consentendo l'assoggettamento dello straniero « a discipline legislative e amministrative » *ad hoc*”;

- tuttavia, l'individuazione di tali speciali discipline resta « collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici », quali quelli concernenti « la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione » (sentenza n. 62 del 1994, cit.);

- resta pur sempre fermo “che i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., spettano « ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani », di talché la « condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata — per quanto riguarda la tutela di tali diritti — come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi »” (sentenze n. 245 del 2011 cit. e n. 249 del 2010).

5.- Le principali linee di tendenza della giurisprudenza della Corte di cassazione – Quadro di sintesi.

A partire dal recepimento delle citate direttive qualifiche e procedure – che, come si è detto, di recente sono state, in parte modificate e nuovamente recepite – si è instaurato – nel nostro ordinamento – un nuovo sistema di protezione internazionale dello straniero le cui caratteristiche principali sono rappresentate da: 1) la previsione di una pluralità di situazioni che possono, a vario titolo e con differente contenuto, dare luogo alla protezione stessa: diritto di asilo, protezione temporanea, status di rifugiato, protezione sussidiaria; 2) la introduzione di strumenti di carattere procedurale diretti a facilitare allo straniero l'esercizio dei propri diritti fondamentali coinvolti, attraverso la presentazione di una unica domanda ad oggetto indistinto e un ruolo attivo delle diverse autorità (amministrative e giurisdizionali) di cooperazione ai fine dell'accertamento delle condizioni che possono consentire allo straniero di avvalersi della protezione internazionale.

Al fine di mettere a fuoco le importanti novità derivanti dalle suddette direttive, un ruolo centrale è stato — ed è — svolto, in ambito nazionale, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale sia pure con qualche incertezza — del tutto comprensibile, ove si consideri che anche gli interventi del nostro legislatore non hanno sempre avuto uno sviluppo lineare — si è mossa su due principali direttrici: a) quella del tendenziale riconoscimento delle differenti situazioni sulla cui base viene richiesta la protezione in termini di diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata (ovviamente, in accordo con le diverse modificazioni del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento che si sono succedute nel tempo); b) la conseguente tendenziale devoluzione dei relativi procedimenti alla giurisdizione del giudice ordinario (vedi, per tutte: Cass., SU 26 maggio 1997, n. 4674; Cass., SU 17 dicembre 1999, n. 907; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056; Cass., 9 dicembre 2011, n. 26480), corrispondente al netto favore legislativo per l'esame unico delle condizioni e delle ragioni umanitarie del richiedente asilo e/o protezione internazionale.

6.- Le situazioni protette: in particolare l'asilo.

Per effetto di tale evoluzione normativa, attualmente in Italia sono previste tre forme di protezione, di cui due internazionali, rappresentate dallo **status di rifugiato** e dalla **protezione sussidiaria** e una terza nazionale, cioè la **protezione umanitaria**, disciplinata dagli artt. 5, comma 6, e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, nonché dall'art. 32 della legge n. 189 del 2002.

Sullo sfondo si pone, poi, l'**asilo c.d. politico o costituzionale** che è la figura rispetto alla quale si sono registrati, fin da epoca remota, i maggiori contrasti nella giurisprudenza di legittimità, e non solo, principalmente perché l'art. 10, terzo comma, Cost., pur riconoscendo il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica allo straniero «al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana», aggiunge che tale riconoscimento avviene «secondo le condizioni stabilite dalla legge», ma una legge organica in materia di asilo non è stata mai emanata.

Comunque, senza affrontare in modo esaustivo la complessa tematica relativa alla nozione di asilo politico o costituzionale, in questa sede, è sufficiente ricordare che, in seguito al dibattito scaturito dopo la sentenza n. 11 del 1968 della Corte costituzionale — nella quale è stato precisato che i soggetti ai quali la nostra Costituzione (art. 10, terzo comma) ha voluto offrire asilo politico «devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*» — e agli orientamenti interpretativi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle sentenze 26 maggio 1997, n. 4674, e 17 dicembre 1999, n. 907, si è attualmente pervenuti, attraverso una serie di passaggi intermedi, a stabilire che:

1) il diritto di asilo politico o costituzionale è un diritto soggettivo perfetto, il cui riconoscimento può essere richiesto direttamente innanzi al giudice ordinario, seppure in assenza di una normativa che ne definisca i contenuti;

2) «il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 19

novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286»;

3) «ne consegue che non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, terzo comma, Cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione» (Cass., 26 giugno 2012, n. 10686; tale indirizzo può dirsi ormai consolidato, vedi, per tutte: Cass. 22 novembre 2012, n. 20637; Cass. 10 gennaio 2013, n. 563; Cass. 29 ottobre 2013, n. 24420; Cass. 27 novembre 2013, n. 26566; Cass. 29 novembre 2013, n. 26886).

Per concludere sull'asilo, va anche tenuto presente che sono molte le sentenze nelle quali la Corte di giustizia UE e la Corte EDU si sono, a diverso titolo, pronunciate in questa materia.

Normalmente si tratta di pronunce di grande rilievo anche per la giurisprudenza nazionale (per quel che riguarda il sistema CEDU, soprattutto dopo le famose sentenze “gemelle” della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 e le numerose altre ad esse conformi).

Come già si comprende da queste prime sentenze della Corte di cassazione le decisioni in materia di protezione dei migranti – cui oggi si perviene tramite una domanda dell'interessato ad oggetto indistinto e attraverso una procedura unificata per tutte le forme di protezione (internazionale e umanitaria) che si divide in due fasi: una prima fase amministrativa e una seconda giurisdizionale, solo eventuale, nel senso che ad essa si accede solo nell'ipotesi in cui la fase amministrativa si sia conclusa con una decisione negativa – richiedono sia da parte delle Commissioni (territoriali e Nazionale) che gestiscono la fase amministrativa sia da parte dei giudici del merito idonea attrezzatura per ascoltare e comprendere l'interessato e anche informazioni aggiornate sulla situazione politica del Paese di origine del richiedente, con particolare riferimento alla zona di provenienza.

Si tratta di due elementi tra loro intimamente connessi, al fine della decisione, perché per il riconoscimento della protezione è necessario l'accertamento della personalizzazione della situazione negativa lamentata dal richiedente.

Ebbene, si deve tenere presente che a volte si hanno molte difficoltà, da un lato, ad avere un interprete capace di comprendere l'idioma del richiedente – che può essere un dialetto – e, dall'altro, a procurarsi attendibili ed aggiornate notizie sul lungo di provenienza dello straniero.

Proprio per ovviare a tale ultimo inconveniente – e, allo stesso tempo, puntare a garantire uguale trattamento agli stranieri in tutti gli Stati UE – nel 2010 la UE, come si è detto, si è dotata dell'EASO (Ufficio europeo di sostegno per l'asilo), tra i cui compiti è stato previsto quello del coordinamento dei sistemi nazionali con l'UNHCR e con le altre organizzazioni internazionali e non governative operanti nel settore, al fine di potenziare le informazioni sul Paese di origine del richiedente asilo (le COI-Country of Origin Information).

Questo è stato fatto proprio nella consapevolezza che le COI rappresentano l'elemento fondamentale e determinante per l'adozione della decisione di attribuzione della protezione internazionale e per la scelta del tipo di protezione da accordare, sulla base di “esami congrui” delle

domande degli interessati idonei a valutarne la credibilità, sopperendo alla frequente carenza di prove.

Purtroppo, come anche si è detto, l'attività dell'Ufficio in questo settore non è stata finora molto incisiva, essendogli stati attribuiti altri compiti.

Ma, a mio avviso, riportare *pleno jure* l'EASO al suo ruolo originario, specialmente con riferimento alle COI, è un elemento di grande rilievo – anche se poco considerato – per strutturare una politica dell'immigrazione realmente “comune” e diretta alla “integrazione sostenibile” nella quale ciascuno Stato riceve – in modo chiaro, trasparente ed accentrato – le medesime informazioni in merito ai diversi Paesi di provenienza e di transito degli immigrati.

7.- Lo status di rifugiato.

La prima definizione organica del concetto giuridico di rifugiato è contenuta nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 nei seguenti termini: « colui che, (...) 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: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra ».

La Convenzione prevede anche l'equiparazione, fra i cittadini dello Stato ospitante e i rifugiati, in materia civile, di esercizio delle professioni e di assistenza.

La su riportata definizione è quella tuttora utilizzata nel nostro ordinamento, benché da più parti si sostenga che essa non è più esaustiva, specialmente perché non contempla tra le persecuzioni quelle di genere e poi non comprende altre situazioni che possono spingere ad allontanarsi dal proprio Paese, come la guerra, le carestie, le calamità naturali etc.

Tale non esaustività ha, per esempio, portato la nostra giurisprudenza di merito a partire dal luglio 2012¹² e poco dopo anche il Conseil d'Etat francese¹³ ad affermare che le mutilazioni genitali femminili (dette: MGF) sono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale e che, se è accertato che tali atti siano specificamente riferibili alla persona della richiedente, costituiscono il presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi e per gli effetti della normativa UE, recepita dall'ordinamento nazionale.

Principio che è stato poi consacrato sia nella Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (ratificata e resa esecutiva dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172), sia nella Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (ratificata e resa esecutiva dalla legge 27 giugno 2013, n. 77), nella quali le MGF sono state inserite tra le violenze che costituiscono una grave

¹² Corte d'Appello di Roma, 2 luglio 2012, n. 3854; Corte d'appello Catania, 27 novembre 2012 e Tribunale Cagliari, ordinanza emessa il 3 aprile 2013.

¹³ In due importanti sentenze: Conseil d'Etat, Assemblée, 21 dicembre 2012, Mme Fofana n. 332491 e n. 332492

violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi.

Le direttive UE prevedono dei casi in cui lo straniero è escluso dallo status di rifugiato e, tra questi casi, rientra la sussistenza di fondati motivi per ritenere: *a)* che abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; *b)* che abbia commesso al di fuori del territorio italiano, prima del rilascio del permesso di soggiorno in qualità di rifugiato, un reato grave ovvero che abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possano essere classificati quali reati gravi. La gravità del reato è valutata anche tenendo conto della pena prevista dalla legge italiana per il reato non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni; *c)* che si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.

La giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e dei giudici nazionali sullo *status* di rifugiato è copiosissima.

Mi limiterò, quindi, ad alcuni flash, riferiti agli orientamenti consolidati della Corte di cassazione, secondo cui:

1) l'accertamento relativo alla sussistenza del fondato timore di persecuzione ai fini dell'attribuzione dello status di rifugiato, in base a quanto dispone la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con la legge n. 722 del 1954, compete al giudice del merito, ed è incensurabile in sede di ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., ove a fondamento dello stesso esista una motivazione chiara ed inequivocamente comprensibile. Inoltre deve essere l'interessato a fornire la prova della sussistenza degli elementi della fattispecie (vedi, tra le altre: Cass., 2 febbraio 2005, n. 2091, nonché Cass., 21 marzo 2005, n. 6077 e Cass., 9 aprile 2002, n. 5055);

2) la qualifica di rifugiato politico, riconducibile alla categoria degli *status* e dei diritti soggettivi, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 29 luglio 1951 e ora della direttiva qualifiche recepita nel nostro ordinamento, si caratterizza per la circostanza che il richiedente non può o non vuole fare ritorno nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per il fondato timore di una persecuzione personale e diretta (per l'appartenenza ad un'etnia, associazione, credo politico o religioso, ovvero in ragione delle proprie tendenze o stili di vita). Ne consegue che la situazione socio politica o normativa del Paese di provenienza è rilevante, ai fini del riconoscimento dello *status*, solo se si correla alla specifica posizione del richiedente, il quale rischi verosimilmente specifiche misure sanzionatorie a carico della sua integrità psico-fisica (vedi, per tutte: Cass. 10 maggio 2011, n. 10177);

3) comunque, al richiedente lo *status* di rifugiato per l'assolvimento dell'onere probatorio posto a suo carico — che riceve un'attenuazione in funzione dell'intensità della persecuzione — è sufficiente provare, anche in via indiziaria, la “credibilità” dei fatti che ha segnalato (vedi, per tutti: Cass., 23 agosto 2006, n. 18353);

4) inoltre, come sottolineato da Cass., SU 17 novembre 2008, n. 27310, anche prima dell'entrata in vigore dell'espressa previsione normativa contenuta nell'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008, era configurabile il dovere di cooperazione del giudice nell'accertamento dei fatti rilevanti ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato e una maggiore ampiezza dei suoi poteri istruttori officiosi, peraltro derivanti anche dall'adozione del rito camerale e in base a tale principio, nell'occasione, la Corte ha cassato la pronuncia di merito che aveva escluso l'ammissibilità della prova testimoniale richiesta dal ricorrente in quanto non articolata per capitoli separati e reputando insufficienti le dichiarazioni del richiedente in ordine alla professione religiosa sciita e all'appartenenza alla minoranza curda, nonostante l'attestata conoscenza di tale idioma, aveva rigettato la domanda;

5) «presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato politico sono la condizione socio-politica-normativa del Paese di provenienza e la correlazione di questa con la specifica posizione del richiedente, senza che la prima possa fondarsi sul ricorso al notorio e che possa ricavarsi sillogisticamente la seconda dalla prima, rilevando, invece, la situazione persecutoria di chi (per l'appartenenza ad etnia, associazione, credo politico o religioso, ovvero in ragione delle proprie tendenze o stili di vita) rischi verosimilmente specifiche misure sanzionatorie a carico della sua integrità fisica o libertà personale». Pertanto, è stato confermato il decreto di diniego del giudice di merito, motivato sull'inidoneità di indeterminate fonti di stampa a costituire la ragionevole prova della discriminazione dei curdi in Turchia e sulla mera asserzione dell'appartenenza del richiedente a tale etnia e del conseguente pericolo (Cass., 21 dicembre 2007, n. 26822);

6) l'esclusione della legittimità del provvedimento di espulsione per i soggetti che versino nelle condizioni "previste dalle disposizioni vigenti in tema di asilo politico, di status di rifugiato, di misure di protezione temporanee per motivi umanitari" (prevista dall'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998) «postula che lo straniero, nell'impugnare l'eventuale decreto di espulsione, fornisca la prova documentale della proposizione dell'istanza di riconoscimento di una misura di protezione internazionale, non potendo, per converso, procedersi all'annullamento del provvedimento sulla base della sola asserzione dell'opponente ». Pertanto il giudice del merito, in sede di giudizio relativo all'espulsione non può rigettare la domanda dello straniero senza prendere in considerazione le prove documentali e testimoniali, offerte dallo stesso per dimostrare la pendenza di tale procedura per la protezione internazionale o umanitaria (Cass., 13 settembre 2011, n. 18747 e, in senso conforme, Cass., 4 giugno 2002, n. 8067).

8.- La protezione sussidiaria.

La protezione sussidiaria è una nuova figura introdotta dalla direttiva qualifiche, che ne ha previsto l'ammissibilità per il "cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno" — rappresentato da: a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine;

c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale — e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione del Paese suindicato. A tali situazioni vanno aggiunte, secondo quanto si desume dall'interpretazione giurisprudenziale, anche quelle di rischio di subire violenza e sfruttamento, per le quali con la previgente normativa, veniva rilasciato il permesso per "protezione sociale o umanitaria".

La Corte di giustizia UE, nella sentenza 17 febbraio 2009, nella causa C-465/07, ha affermato che: «il soggetto che richiede la protezione sussidiaria non deve necessariamente provare di essere minacciato personalmente, a causa di elementi propri della sua situazione, nel suo Paese di origine. Il grado di violenza indiscriminata nel Paese di origine può eccezionalmente essere sufficiente perché le autorità competenti decidano che un civile in caso di rimpatrio correrebbe un rischio effettivo di subire minacce gravi e individuali». La Corte ha, in particolare, specificato che la suddetta interpretazione è pienamente compatibile con la CEDU e anche con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU, che proibisce la tortura e la sottoposizione a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Tale ultima affermazione trova riscontro in un consolidato orientamento della Corte di cassazione secondo cui «il nuovo sistema di protezione internazionale dello straniero, instaurato dalle direttive CE 2004/83 e 2005/85, così come recepite nei d.lgs. 19 novembre 2007 n. 251 e 28 gennaio 2008, n. 25, ha introdotto una nuova misura tipica, la protezione sussidiaria, che può essere riconosciuta anche quando sussista il rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU). Ne consegue che il positivo riscontro di tali condizioni non costituisce più una condizione idonea soltanto al rilascio del permesso di natura umanitaria, già previsto nell'art. 5, comma 6, e 19 comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998, ma dà diritto ad un titolo di soggiorno stabile, triennale ed alla fruizione di un ampio quadro di diritti e facoltà (accesso al lavoro, allo studio, alle prestazioni sanitarie). Tuttavia, tale coincidenza di requisiti, pur essendo riconosciuta espressamente dalla previsione della convertibilità, al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, dei permessi umanitari preesistenti in protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 251 del 2007, non esclude, nell'attuale sistema delle misure di protezione internazionale, la tutela residuale costituita dal rilascio di permessi sostenuti da ragioni umanitarie o diverse da quelle proprie della protezione sussidiaria o correlate a condizioni temporali limitate e circoscritte, come previsto dall'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, ai sensi del quale le Commissioni territoriali, quando ritengano sussistenti gravi motivi umanitari (evidentemente inidonei ad integrare le condizioni necessarie per la protezione sussidiaria) devono trasmettere gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno (Cass., 18 febbraio 2011, n. 4139; Cass., 24 marzo 2011, n. 6879; Cass., 24 marzo 2011, n. 6880).

Sulla base di tali generali premesse la Corte di cassazione, fra l'altro:

a) ha confermato il rigetto della domanda di protezione sussidiaria proposta da uno straniero avente la doppia cittadinanza dello Zimbabwe e della Nigeria, che aveva riferito di persecuzioni e di pericolo grave a suo carico solo nello Zimbabwe, sul rilievo secondo cui l'interessato poteva

dirigersi verso la Nigeria, di cui pure era cittadino, senza correre alcun pericolo (Cass., 21 giugno 2012, n. 10375);

b) ha sottolineato che il riconoscimento del diritto ad ottenere la protezione internazionale non può essere escluso, nel nostro ordinamento, in virtù della ragionevole possibilità del richiedente di trasferirsi in altra zona del territorio del Paese d'origine ove egli non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra rischi effettivi di subire danni gravi, in quanto tale condizione limitativa, contenuta nell'art. 8 della direttiva 2004/83/CE, non è stata trasposta nel d.lgs. n. 251 del 2007, essendo una facoltà rimessa agli Stati membri inserirla, o meno, nell'atto normativo di attuazione della direttiva (Cass., 16 febbraio 2012, n. 2294);

c) ha ritenuto che, qualora in sede di valutazione giudiziale delle condizioni necessarie ai fini della concessione della misura della protezione sussidiaria, venga accertata l'esistenza di gravi ragioni di protezione, astrattamente idonee all'ottenimento della misura tipica richiesta ma di durata presumibilmente limitata nel tempo, il giudice deve procedere all'accertamento delle condizioni per il rilascio della minore misura del permesso umanitario, che, in caso di esito positivo dell'accertamento, il Questore è tenuto ad effettuare (Cass., 21 novembre 2011, n. 24544);

d) ha confermato il rigetto della domanda di protezione internazionale proposta da uno straniero cittadino del Bourkina Faso sulla base di riferite persecuzioni ad opera del Presidente del Gabon e non da un organo del proprio Paese affermato, sull'assunto secondo cui ai fini della protezione internazionale non rileva la persecuzione operata o temuta da parte di governi di Paesi terzi, nei quali il richiedente abbia comunque risieduto stabilmente, ma dei quali non sia cittadino né originario, perché in tali ipotesi l'interessato deve richiedere la protezione alle autorità del proprio Paese di appartenenza, tenute a garantirla ai propri cittadini (Cass., 10 maggio 2011, n. 10204).

9.- La protezione umanitaria.

La direttiva qualifiche — sia nel testo originario (recepito nel d.lgs. n. 251 del 2007) sia nel nuovo testo (recepito con il d.lgs. n. 18 del 2014) — esclude espressamente dal proprio ambito applicativo i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi « cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi umanitari riconosciuti su base discrezionale » (vedi: Considerando n. 9 nel preambolo della direttiva 2004/83/CE e Considerando n. 14, nel preambolo della direttiva 2011/95/UE).

Inoltre, l'art. 3 della direttiva stessa attribuisce agli Stati membri la « facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva ».

E, a tale ultimo riguardo, la Corte di giustizia UE, nella sentenza della Grande Sezione 9 novembre 2010 (nelle cause riunite C-57/09 e C-101/09), ha precisato che il suddetto art. 3 deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono riconoscere un diritto d'asilo in forza del

loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2 (commissione di un reato grave di diritto comune o atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite) di tale direttiva, purché quest'altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo status di rifugiato ai sensi di quest'ultima.

Peraltro, anche la nuova normativa UE emanata a giugno 2013 è, sul punto, conforme alla precedente e siccome la “protezione umanitaria” rappresenta tuttora una delle soluzioni più frequenti adottate dalle Commissioni territoriali competenti a decidere sulle istanze di protezione internazionale¹⁴, si teme che la mancata ricomprensione tra i destinatari della disciplina UE di coloro che in Italia chiedono od ottengono il riconoscimento dello status di protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, del t.u. n. 286 del 1998 in materia di immigrazione possa rappresentare un ulteriore ostacolo per un successivo reinsediamento legale in un altro Paese, con conseguente aumento del numero degli stranieri che, pur avendo titolo per chiedere ed ottenere uno status di protezione internazionale o umanitaria, potranno trovarsi in una condizione di soggiorno irregolare.

Comunque, è bene considerare che la “protezione umanitaria” nell'ordinamento italiano è stata prevista molto tempo prima del recepimento della direttiva qualifiche, come possibilità di evitare il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno in caso di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, comma 6, della legge 6 marzo 1998, n. 40, poi divenuto art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998).

Il decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89 (convertito dalla legge 2 agosto 2011, n. 129) ha aggiunto al suddetto comma 6 un ultimo periodo, che rafforza le garanzie del destinatario della protezione, stabilendo che: «il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal Questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione».

Va anche tenuto presente che il d.lgs. n. 251 del 2007, di attuazione della prima direttiva qualifiche:

1) da un lato considera l'insussistenza di «gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine» come una condizione indispensabile da valutare per respingere la domanda di protezione internazionale (art. 3, comma 4) ovvero per disporre la cessazione dello status di rifugiato (art. 9, comma 2) o la cessazione dello status di protezione internazionale (art. 15, comma 2);

2) dall'altro lato, nell'art. 34, commi 4 e 5, stabilisce che «allo straniero con permesso di soggiorno umanitario di cui all'articolo 5, comma 6, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni, rilasciato dalla Questura su richiesta dell'organo di esame della istanza di riconoscimento dello status di rifugiato, prima dell'entrata in vigore del presente decreto, è rilasciato al momento del rinnovo il permesso per protezione sussidiaria di cui al

¹⁴ Anche se a volte tale prassi viene stigmatizzata dalla Corte di cassazione: vedi, da ultimo, la interessante: Cass. 9 aprile 2014, n. 8399.

presente decreto » e che « ai titolari del permesso di soggiorno umanitario di cui al comma 4 sono riconosciuti i medesimi diritti stabiliti dal presente decreto a favore dei titolari dello status di protezione sussidiaria ».

Inoltre, l'art. 36, comma 4, della direttiva procedure 2005/85/CE (non annullato dall'unica della sentenza Corte di giustizia UE che, finora, si è pronunciata sulla direttiva, cioè la nota sentenza 6 maggio 2008 della Grande Sezione nella causa C-133/06, Parlamento europeo c/ Consiglio dell'Unione europea) espressamente afferma che gli Stati membri interessati stabiliscono nel diritto interno le modalità di applicazione delle disposizioni dettate dalla direttiva stessa in materia di esame delle domande di asilo « e le conseguenze di decisioni adottate a norma delle disposizioni stesse, in conformità del principio di non refoulement a norma della convenzione di Ginevra, prevedendo altresì le eccezioni all'applicazione del presente articolo per motivi umanitari o politici o di diritto internazionale ».

Conseguentemente, l'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 (decreto procedure) ha stabilito che le competenti Commissioni territoriali se, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, ritengano tuttavia che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, trasmettono « 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 ».

A tale ultimo riguardo, in particolare, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 13 aprile 2010, n. 2036 ha precisato che: « l'art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 25 del 2008, dispone che, in caso di rigetto della domanda di asilo politico da parte della competente Commissione, sorge l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale, salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo. Spetta, inoltre, alla Commissione stessa, e non al Questore, valutare, qualora rigetti la domanda di protezione internazionale, se possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario. In tal caso la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 (art. 32, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998) ». Peraltro, nella stessa decisione, si è sottolineato che, ai sensi dell'art. 19 del t.u. sull'immigrazione, « non può disporsi in nessun caso 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 rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione ».

Né va omissso di considerare che — come osservato da Cass., SU 9 settembre 2009, n. 19393 — il quadro normativo di riferimento complessivo deve essere integrato anche dagli artt. art. 2 e 10, terzo comma, Cost., dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (resa esecutiva con legge n. 722 del 1954), dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, nonché dall'art. 3 della CEDU e dall'analogo art. 18 della c.d. Carta di Nizza.

Va altresì tenuto presente che la questione dei permessi per motivi umanitari si collega a quella del divieto di espulsione e respingimento in caso di pericolo di persecuzione (disciplinata dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998), sicché è facile comprendere che si tratta di una

questione estremamente delicata, che ha creato — e, in parte, continua a creare — molti problemi di tipo politico e giudiziario (vedi per tutte sul punto: Cons. Stato, sez. VI, n. 2036 del 2010).

I problemi di tipo giudiziario si sono tradotti sia in conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sia in contrasti interpretativi, sia in importanti sentenze delle Corti supreme europee (UE e CEDU), culminate nella nota sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012, nel caso *Hirsi e altri*, di condanna dell'Italia per i respingimenti in massa verso la Libia.

I suddetti problemi “interni” di tipo processuale — la maggior parte dei quali può considerarsi attualmente risolta — sono stati principalmente originati dal succedersi di diverse modifiche legislative, con risvolti anche sulla qualificazione della situazione soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo) da riconoscere all'interessato.

Non sono invece ancora completamente risolti i problemi interpretativi di tipo sostanziale e ciò dipende principalmente dal fatto che l'individuazione delle fattispecie meritevoli di protezione umanitaria, che è regolata dalla disciplina nazionale, ha notevoli interferenze con la normativa sulle espulsioni e quindi anche con le disposizioni internazionali e sovranazionali che si collegano al principio fondamentale di non *refoulement* enunciato dall'art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1951.

Deve essere, però, sottolineato che, soprattutto grazie alla Corte di cassazione, può dirsi ormai risolta la prima e principale questione che si pone, nell'ambito della protezione umanitaria, cioè quella dell'individuazione delle condizioni in base alle quali può essere riconosciuto tale tipo di protezione, che è di carattere residuale rispetto al riconoscimento delle più favorevoli qualifiche della protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria), ma, al contempo, è il tipo di protezione cui maggiormente ricorrono le nostre Commissioni territoriali.

La soluzione della suddetta questione si è avuta con Cass., 14 maggio 2012, n. 7492, la quale, come risulta dalla motivazione, ha stabilito che: «il riconoscimento della protezione umanitaria è consentito solo in presenza dei presupposti previsti dalla legge, fra i quali non rientra la situazione di instabilità di un Paese o la generica limitazione delle libertà civili, mentre anche la previsione generale di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 richiede la riscontrata sussistenza del pericolo di persecuzione, ai danni del richiedente, “per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali”, nei limiti in cui tale persecuzione non giustifichi addirittura il riconoscimento dei più favorevoli status di rifugiato o di protezione sussidiaria».

In base a tale principio, la Corte ha respinto il motivo di ricorso con il quale si sosteneva che la situazione di compromissione della stabilità di un Paese — nella specie, il Pakistan — che si traduce nella quasi totale inesistenza delle minime libertà civili che devono essere assicurate da un ordinamento democratico integra i seri motivi umanitari previsti dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 a fondamento del rilascio del permesso di soggiorno, anche in mancanza di atti di persecuzione individuale ai sensi dell'art. 19, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998.

La suddetta sentenza è del tutto conforme alla copiosa giurisprudenza della Corte di cassazione (vedi, per tutte: Cass., SU 16 settembre 2010, n. 19577; Cass., 3 maggio 2010, n. 10636; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3898) successiva alle decisioni delle Sezioni unite 9 settembre 2009, n. 19393, n. 19394, n. 19395 e n. 19396 grazie alla quale ormai possono dirsi acquisiti i seguenti principi:

1) identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali, collegata all'espressa disciplina contenuta nell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale individua la situazione che impone il divieto di espulsione e respingimento (e che pertanto legittima il diritto al soggiorno per un motivo che non può non definirsi di natura umanitaria) con riferimento alla possibilità che lo straniero subisca persecuzioni per le ragioni dalla norma indicate, con formulazione solo marginalmente diversa da quella utilizzata dalla Convenzione di Ginevra per descrivere i presupposti per la concessione dello status di rifugiato;

2) utilizzabilità, a tal fine, del criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata (con riferimento all'art. 2 Cost.) della disciplina interna, anche previgente al 20 aprile 2005, sulla base delle norme interne di attuazione delle direttive comunitarie qualifiche e procedure e, in particolare, in riferimento sia all'art. 32 del d.lgs. n. 251 del 2007 — che ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse Commissioni territoriali competenti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e la concessione della "protezione sussidiaria" di cui all'art. 2, lett. e) e ss., del d.lgs. n. 25 del 2008 — sia all'art. 34, il quale ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di "protezione sussidiaria" e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie;

3) superamento del precedente indirizzo secondo cui la disposizione dell'art. 19 dovrebbe essere letta in connessione con il successivo art. 20, il quale prevede, come limite all'apprezzamento del giudice l'avvenuta adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con tutti i Ministri interessati, di misure temporanee da adottare, anche in deroga della disciplina generale dell'immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, con valorizzazione del diverso indirizzo (seguito da Cass., 25 luglio 2007, n. 16417 e Cass. 20 settembre 2012, n. 15981 relative ad ipotesi in cui nel Senegal, Paese di provenienza, l'omosessualità era prevista come reato) in base al quale l'accertamento del giudice in ordine alla sussistenza del fatto persecutorio deve essere del tutto autonomo;

4) valorizzazione dei persuasivi rilievi della dottrina, secondo cui l'art. 20 riguarda situazioni collettive ed autorizza deroghe alla ordinaria disciplina dell'immigrazione in favore della generalità di soggetti nei cui confronti si siano verificati gli eventi indicati nella disposizione stessa, mentre l'art. 19 ha ad oggetto situazioni meramente individuali;

5) configurazione dell'istituto del divieto di espulsione o di respingimento previsto dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 come misura di protezione umanitaria a carattere negativo, che non conferisce, di per sé, al beneficiario alcun titolo di soggiorno in Italia, ma solo il diritto di

non vedersi nuovamente immesso in un contesto di elevato rischio personale, spettando al giudice di valutare in concreto la sussistenza delle allegate condizioni ostative all'espulsione o al respingimento, sicché ove l'interessato abbia inoltrato istanza di riconoscimento dello status rifugiato, ottenendo permesso di soggiorno per richiesto asilo politico, e tuttavia il provvedimento della Commissione centrale per il riconoscimento di tale status sia stato negativo, il giudice non può da tale situazione trarre la conseguenza della regolare emissione nei confronti del ricorrente del decreto di espulsione sul rilievo che lo straniero non sia risultato essere in possesso di alcun permesso di soggiorno senza pronunciarsi sul concreto pericolo, prospettato dall'opponente, di essere sottoposto a persecuzione o a trattamenti inumani e/o degradanti in caso di espulsione nel Paese di origine, pericolo concreto che, se accertato, comporta una situazione ostativa all'espulsione dello straniero stesso, in base al citato art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 e ai principi di diritto in precedenza enunciati;

6) necessità, per evidenti ragioni di rispetto del principio di ragionevole durata dei giudizi di cui all'art. 111 Cost., di non attribuire a giudici appartenenti a plessi giurisdizionali diversi la cognizione di situazioni giuridiche tra loro strettamente connesse, come quelle sulle quali si basa la domanda di asilo o di riconoscimento dello status di rifugiato e quella diretta a ottenere la protezione per ragioni umanitarie, benché in base alla normativa vigente anteriormente al 20 aprile 2005, il giudice ordinario possa conoscere della domanda di protezione umanitaria, soltanto ove al Questore sia stato preventivamente richiesto il rilascio del relativo permesso dopo il rigetto, da parte della Commissione nazionale, del riconoscimento dello status di rifugiato politico (Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056).

10.- Conclusioni.

Il quadro complessivo della normative e della giurisprudenza fin qui delineato risulta essere privo di contorni nettamente definiti e bisognoso di ulteriori interventi, sia tipo legislativo sia soprattutto di tipo amministrativo, diretti a migliorare la qualità delle risposte date ai migranti che chiedono la protezione internazionale o umanitaria.

Premesso che i maggiori inconvenienti – e le più incisive violazioni dei diritti umani – si verificano, in danno dei migranti, nella fase di accesso al territorio nazionale e in quella di soggiorno presso i Centri per stranieri, non si possono, tuttavia, ignorare che alcune criticità sussistenti anche nella procedura relativa all'esame della domanda di protezione, pur dovendosi sottolineare che si tratta di problemi che la nostra giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito ha cercato – e cerca – di ridurre al massimo adoperando, nel modo migliore, gli strumenti interpretativi a propria disposizione.

Ciò non toglie che continuino ad esservi punti dolenti, che essendo, in alcuni casi, di sistema, richiedono per la loro soluzione un intervento di tipo legislativo – supportato da congrue scelte politiche – sia in ambito UE sia in ambito nazionale.

Tra queste criticità di sistema in ambito UE viene al primo posto l'abbandono dall'idea e dalla pratica del *double standard*, che è uno degli ostacoli maggiori per la tutela dei diritti umani e/o fondamentali – in genere – e che comporta che, da un lato, si segua la logica del *not in my courtyard*

– secondo cui tali diritti siano più popolari se si difendono a casa degli altri piuttosto che a casa propria – e d’altro lato si applichino criteri di valutazione delle violazioni differenti, a seconda dei diversi Stati di volta in volta considerati.

Questa dovrebbe essere la base da cui partire per il raggiungimento del difficile – ma, al tempo stesso, strategico per il futuro della UE – obiettivo di impostare la politica dell’Unione in materia di immigrazione verso la elevazione del livello di effettività della tutela dei diritti fondamentali dei migranti, mettendo da parte la logica securitaria ormai da decenni prevalente, pur senza ovviamente abbandonarla.

E la prossima presidenza italiana del Consiglio UE potrebbe essere vissuta nel nostro Paese e dai nostri Governanti come un’occasione preziosa per dare un contributo attivo per questa “inversione di tendenza”, a partire dalla proposta di modifica del principio generale posto alla base del CEAS a partire dalla Convenzione di Dublino del 1990 (poi conservato nei regolamenti Dublino II e Dublino III) secondo cui, salvo particolari eccezioni, ogni domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro e la competenza per l’esame di una domanda di protezione internazionale ricade *in primis* sullo Stato che ha svolto il maggior ruolo in relazione all’ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri, sicché la competenza è individuata attraverso i criteri “obiettivi” indicati dal regolamento, che lasciano uno spazio ridottissimo alle preferenze dei singoli.

Sul fronte interno, una modifica di sistema davvero importante – e più volte, indirettamente, evidenziata anche dalla Corte costituzionale; vedi, per tutte, sentenza n. 240 del 2006 e ordinanza n. 431 del 2006 – sarebbe quella di abbandonare la persistente dicotomia tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, in questa materia.

Tale dicotomia, del resto, si basa sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi che ormai, a questi fini, in molte altre materie, può dirsi superata da tempo, anche nell’idea che la concentrazione delle domande dinanzi ad una sola autorità giurisdizionale possa contribuire ad una migliore qualità della risposta, pur in termini di tempi processuali.

Ebbene, queste stesse esigenze si pongono, a maggior ragione, con riguardo alla materia dell’immigrazione, nella quale, fra l’altro, spesso gli interessati si avvalgono del patrocinio a spese dello Stato.

Si deve considerare, infatti, anche dopo l’attrazione di tutte le controversie in materia di protezione internazionale o umanitario alla giurisdizione del giudice ordinario, la suddetta dicotomia persiste ed è fonte – oltre che di disfunzioni per l’apparato amministrativo e giudiziario – di notevoli inconvenienti con i quali si trova a doversi misurare la quasi totalità dei migranti meritevoli di protezione internazionale o umanitaria, visto che il più delle volte essi arrivano nel nostro Paese in maniera irregolare (cioè senza essere in possesso di un apposito titolo per l’immigrazione, secondo quanto prescritto dagli artt. 4 e art. 10 t.u. dell’immigrazione). Conseguentemente, fin dal loro arrivo, emerge con evidenza la coesistenza di ragioni di ordine pubblico e sicurezza con ragioni di tutela di diritti fondamentali, che è uno dei connotati tipici, come si è detto, della condizione giuridica degli stranieri.

Ne deriva che, essendo prevista a garanzia dell'ordine pubblico e della sicurezza l'emissione di provvedimenti discrezionali amministrativi (molto incisivi sulla situazione del migrante e il cui sindacato compete al giudice amministrativo), la configurazione della situazione soggettiva del richiedente la protezione internazionale o umanitaria come diritto soggettivo (con affermazione della giurisdizione del giudice ordinario) non ha, di fatto, eliminato la necessità per lo straniero che intenda impugnare eventuali provvedimenti negativi emessi in entrambi i suddetti ambiti materiali di doversi rivolgere ad entrambi i suindicati giudici, salvo aggiungersene un terzo — il giudice penale — quando “scatta” qualche imputazione per reati legati all'ingresso e soggiorno irregolare, previsti dal t.u. n. 286 del 1998 (aspetto, quest'ultimo, che esula dal presente studio).

Questo, ovviamente, non giova a garantire all'interessato un pieno, trasparente e consapevole diritto di difesa.

Da più parti, infatti, si evidenziano da tempo i difetti della tuttora esistente “doppia giurisdizione”, che spesso si traduce in una tutela giurisdizionale dai costi elevati — pure per i lunghi tempi processuali — ma che non riesce ad essere realmente efficace, anche perché l'intreccio tra due tipi processi, governati da regole diverse, può dare luogo a problemi di carattere processuale molto complessi anche per i giuristi esperti, e quindi di difficile comprensione per i migranti che si trovano ad esserne coinvolti.

Certo deve essere tenuto presente che già il fatto che si sia finalmente realizzata la devoluzione al solo giudice ordinario di tutte le controversie in materia di protezione internazionale (in senso ampio) — corrispondente ad una più incisiva tutela dei diritti fondamentali del migrante — si può considerare una “conquista”, che si deve principalmente all'opera preziosa della Corte di cassazione.

Ma sarebbe auspicabile che tale risultato positivo avesse un effetto trainante anche per le altre controversie, tanto più che, in tempi recenti, pure i giudici amministrativi cercano di favorire il raggiungimento di questo obiettivo, attraverso un allargamento in via interpretativa della categoria dei provvedimenti “vincolati” che riguardano gli stranieri e che, in quanto tali, sono devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il cammino verso l'unicità della giurisdizione in materia di immigrazione ha origini molto remote, visto che normalmente la tappa iniziale di tale percorso viene individuata in Cass. S.U. 9 marzo 1979, n. 1463, nella quale, sulla scorta della dottrina tedesca, la Corte di cassazione (pronunciandosi in tema di diritto alla salute e centrali nucleari) ha individuato una categoria di diritti fondamentali caratterizzati dalla loro non degradabilità per effetto dell'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione, con conseguente previsione della dichiarazione di nullità (per assoluto difetto di attribuzione) dei provvedimenti amministrativi lesivi di tali diritti “inaffievolibili” e radicamento della relativa giurisdizione in capo al giudice ordinario.

Chissà se i trenta cinque anni che sono trascorsi dalla pronuncia della suddetta sentenza possano considerarsi un periodo sufficiente per procedere ad una definitiva razionalizzazione del sistema ?

Forse, in un momento di grandi riforme, anche questa potrebbe essere una buona riforma, con positive ricadute non solo sulla condizione degli interessati, ma anche sulla contrazione dei costi, umani e materiali, della relativa tutela.

È un piccolo sogno che continuo a coltivare da molto tempo , chissà se, prima o poi, si realizzerà, comunque i sogni aiutano a vivere meglio.