

Manuela Consito

---

**I PROCEDIMENTI  
AMMINISTRATIVI SUL  
RICONOSCIMENTO ALLO  
STRANIERO DEGLI *STATUS* DI  
PROTEZIONE INTERNAZIONALE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MANUELA CONSITO

## I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI SUL RICONOSCIMENTO ALLO STRANIERO DEGLI *STATUS* DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'avvio del procedimento per la protezione internazionale dello straniero. — 2. La qualificazione dell'individuo tra "straniero" e "apolide". — 3. L'eccezione dell'immigrazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo. — 4. I limiti alla partecipazione al procedimento di esame delle domande di protezione internazionale. — 5. L'attenuazione del dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi nei confronti dello straniero.

### 1. *L'avvio del procedimento per la protezione internazionale dello straniero.*

L'ordinamento italiano riferisce la protezione internazionale dello straniero a una pluralità di *status*: la protezione in favore dei rifugiati (1), la protezione sussidiaria, la protezione per motivi umanitari e la tutela dell'apolide (2) (art. 10, co. 3 Cost.; Carta dei

(1) *Convenzione sullo Statuto dei rifugiati*, 28 luglio 1951, Ginevra; l. 24 luglio 1954, n. 722, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951*.

(2) D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 5, co. 6 e art. 20. Per la disciplina dell'Unione europea: v. Direttiva 2001/55/CE *sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea e che non possono fare rientro nel Paese d'origine*, per l'ordinamento italiano: d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85; per i richiedenti asilo e protezione internazionale v. all'origine: Direttiva 2003/09/CE *sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati*, per l'ordinamento italiano: d.lgs. n. 30 maggio 2005, n. 140; Direttiva 2004/83/CE *sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale*, c.d. "direttiva qualifiche", per l'ordinamento italiano: d.lgs. 9 novembre 2007, n. 251, la quale non solo statuisce una nozione comune di rifugiato, ma vi affianca la protezione

diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 18, 19; TFUE, artt. 78 §§ 1 e 2, 79 §§ 1 e 2).

Tutte posso dirsi fondate sul diritto di asilo riconosciuto a favore di quanti vedono impedito nello Stato di origine o di provenienza « l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana » (art. 10, co. 3, Cost.).

La norma delinea un *genus* ampio, di cui le condizioni di persecuzione, di rischio di un danno grave o della vita e, più in generale, le ragioni umanitarie che impongono una protezione dell'individuo (3) possono dirsi *species*.

L'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche espresso in Costituzione non è « mera condizione o presupposto » per il riconoscimento di una protezione, ma sua « causa di giustificazione (4) », dunque ragione giuridica che sola assicura l'ampio obiettivo di protezione e di accoglienza voluto dal Costituente divenendo così positivizzazione del dovere di solidarietà (5).

sussidiaria, definendo in tal modo il concetto di protezione internazionale, anche nei suoi contenuti minimi; Direttiva 2005/85/CE *sulle norme minime applicate nei vari Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, c.d. "direttiva procedure", per l'ordinamento italiano: d.lgs. 25 gennaio 2008, n. 25, *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*. Tutte ora rifuse in nuove discipline: Direttiva 2011/95/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*; Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*.

(3) S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004, trad. it. *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006, *passim*; E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 252, 253.

(4) C. ESPOSITO, *Asilo*, (diritto di), *Diritto Costituzionale*, in *Enc. dir.*, 226; R. D'ALESSIO, *Art. 10, co.2-4*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 67; M. BENVENUTI, *Asilo* (diritto di), *Diritto Costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, 1.

(5) Sull'evoluzione del diritto di asilo e sul dovere di ospitalità e di solidarietà come suo fondamento si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del*

Superata la lettura dell'art. 10, co. 3 Cost. come norma meramente programmatica (6) e nelle alterne vicende (7) che vedono un « progressivo appiattimento del diritto di asilo (8) » sulle altre e diverse figure di protezione strutturalmente più limitate individuate dal diritto internazionale e, poi, dall'Unione europea, l'asilo come riconosciuto dalla Costituzione italiana è da ultimo inteso a copertura di una situazione transeunte (9) che va dall'ac-

*migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016, 24, 209 e s.; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011; A. MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 18; E. ROSSI, A. BONOMI, *La fraternità fra "obbligo" e "libertà". Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, *ivi*, 61.

(6) Si è parlato di "congelamento" della norma costituzionale: Cons. St., sez. IV, 27 febbraio 1952, n. 208, in *Foro it.*, 1952, III, 111 e s.; S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario. Quaderno predisposto nell'occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 25-26 settembre 2008, 49. Ma già in dissenso da quella che definiva come dottrina prevalente e a rettifica di una opinione precedentemente espressa, ritiene « seriamente dubitabile che la norma in esame abbia natura "programmatica", sembrando piuttosto costitutiva con effetto immediato del diritto di asilo (beninteso ricorrendone i presupposti e previo l'accertamento di essi), solo rinviando alla legge per le condizioni, e quindi i limiti eventuali, dell'esercizio del diritto stesso »: V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Foro amm.*, 1, 1957, 12.

(7) C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, *Diritto Costituzionale*, cit., 222; A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1975, 538 e s.; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 583; B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, 125; P. BONETTI - L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1158; Cass, sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028, su cui P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, in *Foro it.*, 2006, I, 2851. Non occorre essere « perseguitati » politici per invocare l'asilo in Italia, essendo sufficienti le condizioni di « invivibilità » democratica nel paese di origine: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 34.

(8) A. SCERBO, *Il passo sospeso della libertà*, in B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, 119.

(9) P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, cit., 2851. « Sebbene le due categorie considerate — asilo e status di rifugiato — siano ontologicamente distinte nella nozione, nel contenuto, nell'onere della prova, non richiedendosi per l'asilante la prova del presupposto della persecuzione, la relativa disciplina stabilisce pur sempre un iter procedimentale che le accomuna in questa sola chiave, in ragione delle esigenze di ordine e sicurezza pubblici, che pur sono valori presidiati costituzionalmente »: Cass., 25 agosto 2006, n. 18549, in *Foro it.*,

cesso o approdo sul territorio nazionale del migrante che manifesti espressamente la volontà di richiedere la protezione sino alla definizione del relativo procedimento.

L'asilo è perciò prodromo (10) della protezione — non importa ora se di rifugio, sussidiaria, umanitaria o dell'apolide — poiché declinato nel diritto a ottenere un permesso di soggiorno temporaneo (11) nell'attesa dello svolgimento del procedimento

2007, I, 1869; Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, in *Riv. dir. internaz.*, 1997, 843: « il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici, infatti, non coincidono dal punto di vista soggettivo, perché la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, in quanto la citata Convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, terzo comma, Cost. »; distingue tra diritto all'ingresso sul territorio nazionale e diritto all'accesso al medesimo affermando che, nell'assenza di una specifica disciplina attuativa del dettato costituzionale, « il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. Il diritto di asilo non ha, cioè, contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello status di rifugiato »: Cass., sez. I, n. 25028 del 2005, cit.

(10) Cass., SU, n. 4674 del 1997, cit., « In mancanza di una legge di attuazione del precetto di cui all'art. 10, terzo comma, Cost., infatti, allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico, ove riconosciuto tale, viene a godere, in base alla Convenzione di Ginevra, di uno status di particolare favore »; con riferimento alle garanzie assicurate dagli accordi internazionali a chi invoca asilo politico o il riconoscimento dello status di rifugiato, la posizione dello straniero che intenda contrastare la determinazione negativa della commissione centrale non è sfornita di tutela poiché in pendenza del ricorso giurisdizionale avanti al tribunale, lo straniero può chiedere al prefetto di essere autorizzato a trattarsi nel territorio nazionale in presenza dei presupposti ed alle condizioni stabilite dalla relativa disciplina: Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2593.

(11) Alla luce dell'attuale quadro legislativo, il diritto di asilo si sostanzia nel diritto soggettivo ad ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, finalizzato ad esperire la procedura per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato: Cass. n. 18549 del 2006, cit.; « ancora il d.leg. 7 aprile 2003 n. 85, di attuazione della direttiva 2001/55/Ce relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e alla cooperazione in ambito comunitario, all'art. 7, sotto la rubrica « istanze di asilo », dispone che « l'ammissione alle misure di protezione temporanea non preclude la presentazione dell'istanza per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra »: Cass., sez. I, n. 25028 del 2005, cit.

per il riconoscimento di uno degli *status* indicati e dell'eventuale successivo giudizio contro il diniego di una forma di protezione (12).

L'asilo può dirsi strumentale (13) all'avvio del procedimento amministrativo di valutazione della sussistenza dei requisiti capaci di consolidare la protezione (14) come delineata nelle norme speciali dedicate.

Il procedimento è in parte regolato secondo le norme generali (15) e ha avvio (16) all'atto della presentazione della doman-

(12) Al richiedente asilo è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ove abbia presentato ricorso contro il diniego di protezione e sia stata disposta la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato: v. d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nonché della direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, art. 4, co. 1 e 2; d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, art. 19, co. 4 e 5. Il diritto di asilo deve intendersi come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo *status* di rifugiato, e non ha contenuto più ampio del diritto ad ottenere il permesso di soggiorno temporaneo per la durata della relativa istruttoria. Permesso di soggiorno che, in caso di esito negativo, non ha giustificazione siccome esso è strumentale a consentire all'istante la permanenza nel nostro paese solo fino all'esito della procedura: Cass. n. 18549 del 2006, cit.

(13) Cass., sez. I, 23 agosto 2006, n. 18353, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 605; Cass. n. 18549 del 2006, cit.; S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario. Quaderno predisposto nell'occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, cit., 52.

(14) Si giunge a definire il diritto di asilo quale diritto « risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello status o qualifica di rifugiato politico », dunque, finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello *status* o qualifica di rifugiato: Cass., sez. I, n. 25028 del 2005, cit.

(15) D. lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 18: « Ai procedimenti per l'esame delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di accesso agli atti amministrativi, di cui ai capi I, ad esclusione dell'articolo 2, comma 2, II, IV-bis e V, nonché agli articoli 7, 8 e 10 del capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241 », su cui v. *infra*.

(16) Sull'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di esame della domanda di protezione: Cass. civ., sez. VI, 25 giugno 2012, n. 10546, in *Foro it. Repertorio*, mass., 2012, 528.

da di protezione internazionale alla frontiera al momento dell'ingresso o presso la questura nel cui territorio l'interessato si trovi al momento dell'istanza, o comunque sul territorio nazionale, con questo intendendosi « le frontiere, e le relative zone di transito, nonché le acque territoriali (17) ».

Autorità competente all'esame è la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, insediata presso le Prefettura e composta da un Presidente, funzionario della carriera prefettizia, da un funzionario della polizia di Stato, da un rappresentante di un ente territoriale designato dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali e da un rappresentante dell'UNHCR, con incarico triennale (18).

È previsto l'esame prioritario della domanda per i casi di sua palese fondatezza, di persone per le quali la Commissione ritenga di avere sufficienti motivi per riconoscere lo *status* di protezione sussidiaria in base agli elementi in suo possesso e di persone vulnerabili: il riferimento è alle persone disabili, agli anziani, ai minori — specie se non accompagnati (19) — ai componenti di famiglie monoparentali con figli minori, alle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali (20).

Un procedimento accelerato è disposto (21) in caso di palese

(17) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 1.

(18) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 4; sulla composizione della Commissione v. ora il decreto legislativo recante *disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nonché della direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, Atto del Governo n. 464. Approvato in via definitiva dal Governo il 18 dicembre 2017. Il testo prevede la seguente nuova composizione della Commissione: un funzionario della carriera prefettizia, un esperto designato dall'UNHCR, quattro funzionari amministrativi.

(19) L. 7 aprile 2017, n. 46, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*.

(20) L'appartenenza a talune di queste categorie non esclude peraltro né il respingimento né l'espulsione ma in ogni caso importa l'adozione di modalità di accoglienza che siano compatibili con le singole situazioni personali debitamente accertate: d.lgs. n. 286 del 1998, cit., artt. 10, co. 4 e 19, co. 2 *bis*.

(21) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., artt. 28, 28 *bis*. Sulla violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per non avere uno Stato consentito, in sede di procedimento accelerato, al richiedente asilo la sufficiente preparazione del proprio fascicolo e l'organizzazione degli argomenti e delle prove a sostegno della sua

infondatezza della domanda, di istanza proposta dai richiedenti asilo in stato di trattenimento (22), di reiterazione della medesima domanda e di domande formulate da persone fermate per aver eluso i controlli di frontiera o in condizioni di soggiorno irregolare (23).

Si giunge in proposito a parlare di « strutturale funzionalizzazione della domanda di asilo (24) » al riconoscimento della protezione internazionale, umanitaria o dell'apolide con affermazione che non va esente da critiche (25). La stessa lettera della norma

domanda: Corte EDU, 2 febbraio 2012, *I.M. c. Francia*. Sulla possibilità per uno Stato di prevedere una procedura prioritaria o accelerata per l'esame di determinate categorie di domande d'asilo, definite in funzione del criterio della cittadinanza o del paese d'origine del richiedente: CGUE, C-175/11, *H.I.D. e B.A. c. Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, 31 gennaio 2013.

(22) Con questo intendendo il trattenimento secondo una delle forme previste per l'accoglienza e la detenzione dei richiedenti asilo, sulla cui disciplina, con riferimento alle procedure di affidamento della gestione dei centri dedicati e per una proposta ricostruttiva delle prestazioni di accoglienza rese si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 169 e s.

(23) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 28 e art. 28 bis.

(24) Cass., sez. I, n. 25028 del 2005; in termini Cass., sez. I, n. 18549 del 2006, cit.

(25) Secondo taluno appare quantomeno anomalo che l'affermazione costituzionale del diritto di asilo si traduca in una - a questo punto, enfatica - anticipazione di quanto sarebbe stato previsto dalla Convenzione di Ginevra: P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, cit., 2851 e s. Si è contestata duramente la posizione assunta dalla Corte di cassazione evidenziandone l'errore argomentativo definito come « fallace nella ricostruzione dei rapporti tra asilo e rifugio sul piano dell'interpretazione del diritto internazionale e dell'Unione europea, ove si sottolinea come l'ordinamento internazionale non compia alcuna equiparazione tra diritto di asilo e status di rifugiato atteso che la concessione del diritto di asilo è prerogativa dello Stato che, come tale, non è né può essere intaccata dal sistema di protezione dei rifugiati, ponendo al più a tale ultimo riguardo principi minimi di protezione per taluni individui a tutela della dignità e della vita della persona »: E. CAVASINO, *Ancora sui rapporti fra asilo e rifugio: la prima sezione della Cassazione non corregge il tiro*, in *Foro it.*, 2007, I, 1869, secondo una lettura che si affianca ad altre rilevanti opinioni del pari di contrasto rispetto alla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza: P. BONETTI - L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., 1136; L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, Relazione presentata nel corso della *II Jornadas italo-espanolas de Justicia Constitucional, El Puerto de Santa Maria, 3-4 ottobre 2003*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (Coordinator), *Problemas constitucionales de la inmigración:*



vi fa ora riferimento nella definizione del “richiedente protezione internazionale” inteso come lo straniero che ha presentato un’unica istanza di protezione (26) sulla quale ancora non sia stata adottata una decisione definitiva ovvero che abbia manifestato l’intenzione di chiederla.

Il diritto di asilo risulta così, in forza di un’interpretazione restrittiva, interamente attuato e regolato attraverso lo svolgersi delle fasi del procedimento di riconoscimento degli *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria (27), cui si affianca per l’ordinamento italiano il rilascio di un permesso umanitario (28) e la,

*una visión desde Italia y España*, Valencia, 2005, anche in *Dir. Imm. e Citt.*, 2004/21, 56; D. CONSOLI, G. SCHIAVONE, *L’effettività negata del diritto all’asilo e del diritto al rifugio politico*, in *Questione giustizia*, 2006, 3, 539; L. TRUCCO, *Asilo: quale tutela giurisdizionale?*, in P. CUTTITTA, F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni frontiere diritti*, Napoli, 2006, 269.

(26) Per domanda di protezione deve intendersi « la domanda diretta a ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria »: d.lgs. n. 142 del 2015, cit., art. 2, co. 1, lett. a e lett. c; la domanda di riconoscimento dello status di rifugiato « innesca il procedimento relativo ed i rimedi appositamente previsti in tal evenienza »: Cons. St., sez. I, parere 4 febbraio 2011, n. 571.

(27) Cass. [ord.], sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17576, in *Foro it.*, 2010, I, 3038: « In tema di accertamento del diritto ad ottenere una misura di protezione internazionale, l’esistenza a carico del richiedente di una misura cautelare giurisdizionale restrittiva della libertà personale emessa dal paese di provenienza per propaganda a favore di un’organizzazione terroristica, non è sufficiente ad escludere l’esistenza del *fumus persecutionis*, dovendo il giudice, avvalendosi dei poteri officiosi d’indagine ed informazione indicati nell’art. 8 d.leg. n. 25 del 2008, non limitarsi ad un accertamento prevalentemente fondato sulla credibilità soggettiva del ricorrente ma verificare la situazione del paese ove dovrebbe essere disposto il rientro al fine di riscontrare, alla luce del fatto addebitato e non del mero *nomen iuris* della contestazione, la sua riconducibilità alla legittima espressione del dissenso o ad incitamento vietato alla lotta armata ». Nel diritto dell’Unione europea si veda il passaggio da un sistema di definizione di soli standard minimi comuni di protezione alla determinazione di livelli normativi uniformi tra gli Stati membri per una disciplina comune completa: Direttiva 2011/95/UE, cit., per l’ordinamento italiano: d.lgs. n. 18 del 2014, cit., di modificazione del d.lgs. n. 251 del 2007, cit.; direttiva 2013/32/UE, cit.; Direttiva 2013/33/UE, cit., per l’ordinamento italiano d.lgs. n. 142 del 2015, cit.

(28) Secondo l’orientamento da ultimo consolidatosi « non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all’art. 10, 3 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. civ., ord., sez. VI, 26 giugno 2012, n. 10686, in *Foro it. Repertorio*, mass., 2012, 53; Cass. civ., 17 ottobre 2014, n. 22111, in *Foro it. online*.

per certi versi controversa, certificazione della condizione di apolidia (29).

Ne deriva un ruolo « ancillare (30) » del diritto di asilo costituzionale all'interno di un sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale, ove alla protezione individuale contro le persecuzioni che definiscono lo *status* del rifugiato, si affianca, in forza della disciplina dell'Unione europea, il riconoscimento dell'altra forma di protezione, c.d. sussidiaria. *Ivi* a rilevare è il differente requisito di legittimazione individuato nel rischio effettivo di subire un grave danno alla persona, inteso come « la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; 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 (31) ».

È una diversità ribadita anche in sede d'interpretazione (32) ove si sottolinea come l'eventuale cessazione delle condizioni riguardanti il riconoscimento dello *status* di rifugiato non possa incidere sulla concessione della misura della protezione sussidia-

(29) Su cui v. *infra*, par. 2. La qualificazione dello straniero e gli *status* che ne derivano impingono sul diverso quadro giuridico di riferimento e sulla diversa posizione soggettiva di godimento di determinati diritti e di affermazione di taluni doveri. A esempio per la graduazione nell'accesso alle prestazioni sanitarie da parte degli stranieri si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *Gli stranieri di fronte al diritto alla salute e all'assistenza*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017, 155. Si vedano inoltre i contributi di A. ALGOSTINO, *Gli stranieri di fronte al diritto di riunione. Il diritto di riunirsi pacificamente e... parlando italiano*, *ivi*, 143; A. MASTROPAOLO, *Gli stranieri di fronte all'istruzione*, *ivi*, 181; F. PALLANTE, *Gli stranieri di fronte al diritto all'abitazione*, *ivi*, 244; M. LOSANA, « *Stranieri* » e principio costituzionale di uguaglianza, *ivi*, 67; per l'accesso degli stranieri ai servizi sociali tra i contributi più recenti: C. CORSI, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, Vol. VIII, 133 e s.

(30) P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, cit., 2851 e s.

(31) D.lgs. n. 251 del 2007, cit., art. 14, co. 1; Direttiva 2011/95/UE, cit., art. 15.

(32) CGUE (grande sezione), 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, *Aydin Salahadin Abdulla*, C-176/08, *Kamil Hasan*, C-178/08, *Ahmed Adem*, *Hamrin Mosa Rashi* e C-179/08, *Dler Jamal c. Bundesrepublik Deutschland*.

ria, della prima complementare (33) proprio perché segnatamente concessa a chi « non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato (34) ».

(33) Ai fini della protezione sussidiaria « l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest'ultimo fornisca la prova di essere specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale; l'esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti cui sia stata presentata una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro ai quali venga deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia »: CGUE, 30 gennaio 2014, C-285/12, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*; CGUE, 17 febbraio 2009, C-465/07, *Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*; CGUE, 18 dicembre 2014, C-542/13, *Mohamed M'Bodj contro État belge*; CGUE, 22 novembre 2012, C-277/11, *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland e Attorney General*; CGUE, 2 marzo 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, *Salahadin Abdulla e a. c. Bundesrepublik Deutschland*; CGUE, 19 dicembre 2012, C-364/11, *Abed El Karem El Kott e a. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*; CGUE, 8 maggio 2014, C-604/12, *H. N. contro Minister for Justice, Equality and Law Reform e altri*.

(34) Cass., 20 marzo 2014, n. 6503, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 21/3: « anche con riferimento alle altre ipotesi di protezione sussidiaria, disciplinate nell'articolo 14, lettera a) e b), l'esposizione al pericolo di morte o a trattamenti inumani e degradanti, pur dovendo rivestire un certo grado d'individualizzazione (per esempio, per l'appartenenza ad una comunità, ad un gruppo sociale, ad un genere, ad una fazione religiosa o politica etc.) non deve avere i caratteri più rigorosi del *fumus persecutionis*. La differenza con il rifugio politico si coglie, anche in queste ipotesi, nell'attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale e il pericolo rappresentato »; Cass., sez. VI, 24 marzo 2011, n. 6880, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2012, 165: « quando il richiedente sia colpito da un mandato di arresto per fatti commessi durante una manifestazione di protesta, il giudice non può escludere la protezione sussidiaria, senza accertare preventivamente il titolo sulla base del quale è stato emesso il provvedimento restrittivo della libertà personale, limitandosi ad affermare che il ricorrente non risulta essere autore di opinioni politiche o ideologiche contrastanti con quelle del governo, ma deve verificare se ricorra, per lo straniero, il rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, a tortura o a trattamenti detentivi inumani e degradanti a causa della misura coercitiva su di esso pendente »; in termini Cass., 4 aprile 2013, n. 8281; sullo straniero imputato di un delitto comune punito nel paese di origine con la pena di morte: Cass., sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 2830, in *Foro it. Repertorio*, mass., 2015, 109, sulla circostanza che agenti del danno grave per il cittadino straniero siano soggetti privati qualora nel

## 2. *La qualificazione dell'individuo tra « straniero » e « apolide ».*

Straniero (35) è il « non cittadino », colui che è privo della cittadinanza dello Stato ospite, cioè lo Stato diverso da quello di origine o di provenienza sul cui territorio egli si trovi a titolo temporaneo o per soggiorno.

paese d'origine non vi sia un'autorità statale in grado di fornire al richiedente protezione adeguata ed effettiva tutela: Cass., sez. VI, 20 luglio 2015, n. 15192, in *Foro it. Repertorio*, mass., 2015, 469; sul rischio di grave danno derivante da conflitto armato: Cass., 23 ottobre 2015, n. 21668.

(35) A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. ass. it. cost. (AIC)*, 2011/2; P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Immigrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 2011; S. CASTELLAZZI, *La condizione giuridica dello straniero*, in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, Vol. I, Modena, 2010, 141 e s.; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in AA.Vv., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 25 e s.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.Vv., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 3 e in *Dir. soc.*, 2009, 537; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA.Vv., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti - Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 133; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, *ivi*, 163; P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e Cittadinanza*, Torino, 2008; V. RAPARELLI, voce *Straniero (condizione giuridica dello) (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII; A. DI FRANCA, *La condizione giuridica dello straniero in Italia nella giurisprudenza*, Milano, 2006; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, 10 e s.; E. GROSSO, voce *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5787; P. PASSAGLIA, R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, 2005, 38 e s.; B. NASCIBENE, (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., *passim*; F. M. ALESSANO, *Condizione giuridica dello straniero e valori costituzionali*, in *Dir. economia*, 2001, 95; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001; E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, 158; G. D'ORAZIO, voce *Straniero (condizione giuridica dello) I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXX; ragioni economiche e politiche connesse ai fenomeni migratori e all'avvento dei regimi autoritari portarono all'accoglimento generalizzato del principio opposto all'accoglienza e uguaglianza rispetto ai cittadini, subordinando l'ingresso, soggiorno ed esercizio di attività lavorative (subordinate e autonome) a limitazioni e controlli: B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, cit., 11, 12.

All'accezione negativa si affianca l'accezione positiva dell'essere cittadino di altro Stato estero. Così sono stranieri (36) i cittadini europei (37) non italiani, i cittadini c.d. extracomunitari, i rifugiati o profughi o sfollati e comunque i richiedenti asilo, in ogni caso e più in generale coloro i quali godono di una protezione internazionale o comunque di un'altra forma di protezione speciale (38).

L'accezione positiva non è tuttavia esaustiva ai fini definitivi (39) ove il riferimento ai criteri di acquisto, di perdita e di riacquisto della cittadinanza (40) non è sufficiente per comprendere l'estensione oggettiva di « straniero ».

(36) Gli stranieri sono tutti coloro che non sono in possesso della cittadinanza italiana, indipendentemente dal fatto che ne possiedano un'altra, oppure nessuna (come gli apolidi). Della categoria stranieri non fanno parte coloro che *oltre* alla cittadinanza straniera possiedono quella italiana (casi di doppia cittadinanza), nel qual caso per la legge italiana essi sono considerati italiani *tout court*, escludendosi l'applicabilità del diritto straniero anche quando la cittadinanza straniera sia quella originaria, cui si sia aggiunta quella italiana, ad esempio per matrimonio: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 30.

(37) Più di recente si è ritenuto improprio « l'uso del termine “straniero” con riguardo ai cittadini di altri Stati dell'Unione stessa, per la medesima ragione per cui il diritto da quest'ultima prodotto non può considerarsi diritto “altro” rispetto a quello interno »: A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., 3, 4; ID., *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta online*, 2017, III, 30 ottobre 2017; A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali ed immigrazione*, in *Federalismi.it*, n. 21/2017. Afferma come in senso proprio con il termine immigrato si intende uno “straniero”, vale a dire un apolide o un cittadino di un paese terzo rispetto all'Unione europea: V. GASPARI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, cit., 18, nt. 37, che richiama la nota illustrativa della comunicazione presentata dalla Commissione europea avente come oggetto *Una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni, strumenti*, in allegato al Dossier n. 9/DN del 23 settembre 2008.

(38) Sull'articolazione della nozione di straniero v. per tutti: E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., 159, che ricorda come il termine « straniero » possa essere riferito a una pluralità di *status* tra loro differenti: (a) i cittadini europei; (b) i cittadini extracomunitari (regolarmente residenti ai sensi della legislazione in materia di soggiorno e residenza, oppure irregolari); (c) gli apolidi; (d) i « non-cittadini » cui è accordata specifica protezione (i titolari del diritto di asilo, oppure i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra).

(39) Cons. St., ad. plen., 15 settembre 1956, n. 12, in *Foro amm.*, 1, 1957, 12.

(40) L. 5 febbraio 1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*; E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 156 e s.; ID., *Le vie della cittadinanza. Eterogeneità dei principi, pluralità delle forme*, Padova, 1997; ID., voce *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di*

È straniero (41) l'apolide, cioè l'individuo che nessuno Stato considera come cittadino secondo il proprio ordinamento (42).

*diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5787; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 425 ss.; F. MANGANARO, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2005, 222; P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, *passim*, ma spec. 3, 16-18, 25, 78, 20; ID., *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, 1999, Roma-Bari, XVI; ID., *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione "archeologica"*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 58 s.; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. dir.*, 2000, 581 ss.; ID., *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, II ed., 2006, 277 s.; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., 4, 20; L. BACCELLI, *Cittadinanza e appartenenza*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., 129 s.; R. CLERICI, voce *Cittadinanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 112 ss.; G. BISCOTTINI, voce *Cittadinanza (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 140 s. Per la cittadinanza come appartenenza: A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Torino, 2000, 93 ss., ove l'appartenenza a una comunità è vista come il punto di connessione positiva e di radicamento dei due termini di cittadinanza e sovranità; Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. I, 1897, 173.

(41) Ai fini del riconoscimento della protezione internazionale si intende per straniero: « il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea e l'apolide »: d.lgs. n. 142 del 2015, cit., art. 2, co. 2, lett. b). Non offre invece una definizione di straniero il testo unico in materia di immigrazione, che in ogni caso affianca allo straniero l'apolide: d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 1, co. 1: « Il presente testo unico, in attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri »; per l'Unione europea è straniero chi non è cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee con definizione circoscritta a quanti non abbiano la cittadinanza europea: *Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, 14 giugno 1985, art. 1; più ampia è la definizione offerta dal Consiglio d'Europa secondo il quale sono stranieri tutti coloro che non hanno un diritto alla cittadinanza di uno Stato, sia che semplicemente vi transitino o vi soggiornino o vi siano domiciliati, sia che siano rifugiati o entrino per propria iniziativa nello Stato, sia che siano apolidi o abbiano un'altra cittadinanza: CEDU, DH/Esp./Misc./(62) 11,9 Marzo, 505.

(42) Convenzione delle Nazioni Unite *relativa allo status degli apolidi*, New York, 28 settembre 1954, ratificata dall'Italia con l. 1 febbraio 1962, n. 306; Con-



È qualità che deve essere riconosciuta dallo Stato ospite nel quale l'apolide risiede (43) provenendo da altro Paese del quale abbia perso formalmente o sostanzialmente (44) la cittadinanza (apolidia *de jure* e apolidia *de facto* (45)).

L'ordinamento italiano avversa il sorgere e il permanere di condizioni di apolidia (46), ove l'acquisto della cittadinanza ita-

venzione delle Nazioni Unite *sulla riduzione dell'apolidia*, 30 agosto 1961; Convenzione europea *sulla nazionalità*, 6 novembre 1997; Convenzione del Consiglio d'Europa *sulla prevenzione della condizione di apolide in relazione alla successione di Stati*, 19 maggio 2006; *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., art. 15: « Ogni individuo ha diritto a una cittadinanza. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza »; ma già le Disposizioni preliminari al Codice civile, art. 29, ora abrogato: « Se una persona non ha cittadinanza, si applica la legge del luogo dove risiede in tutti i casi nei quali dovrebbe applicarsi la legge nazionale ».

(43) « Tutti... hanno due patrie ... (in quanto) noi consideriamo patria e quella in cui siamo nati, e quella da cui fummo accolti. Ma è necessario amare specialmente quella in grazia della quale il nome dello Stato è comune a tutti i cittadini; per la quale dobbiamo morire ed alla quale dedicarci interamente ed in cui porre tutti i nostri interessi e quasi consacrarveli; ma quella che ci ha generato è poi dolce in grado non molto diverso da quella che ci ha accolto. Perciò io mai negherò essere questa appunto la mia patria, pur essendo maggiore di essa quell'altra »: CICERONE, *De Legibus*, II, 5, Trad. it. in Id., *Opere politiche e filosofiche*, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, ricordato da E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni di cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 e s.; Corte Cost., 18 maggio 1999, n. 172.

(44) Cass., sez. VI, 3 marzo 2015, n. 4262, in *Foro it. Repertorio*, mass., 2015, 154 e in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4/3; per un primo studio sull'apolidia: A. MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, Torino, 1958; V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, cit., 12; P. FARCI, *Apolidia: un fenomeno conciliabile con le leggi dello Stato italiano?*, in *Dir. Famiglia*, 2013, 1227; Id., *Apolidia*, Milano, 2012; G. PERIN, *Lacune normative ad alto costo umano: l'apolidia in Italia*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n. 3/2012, 70. Per un approfondimento recente si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 237.

(45) Cass., sez. I, 28 giugno 2007, n. 14918.

(46) L. n. 91 del 1992, cit., art. 16: « L'apolide che risiede legalmente nel territorio della Repubblica è soggetto alla legge italiana per quanto si riferisce all'esercizio dei diritti civili ed agli obblighi del servizio militare ». Gli apolidi residenti in Italia sarebbero equiparati agli stranieri sul piano pubblicistico e ai cittadini su quello privatistico: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 1990, 144; Cass., sez. VI, n. 4262 del 2015, cit.; Cass., S.U., 9 dicembre 2008, n. 28873, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2159.

liana per i nati nel territorio della Repubblica (47) da genitori apolidi (48) avviene *iure soli* (49), con riduzione dei termini di naturalizzazione negli altri casi (50) e limitando la rinuncia alla cittadinanza italiana alle sole ipotesi in cui un individuo sia comunque titolare di altra cittadinanza (51).

Il riconoscimento dello *status* di apolidia può avvenire in via

(47) Nel territorio della Repubblica devono ritenersi comprese anche le navi iscritte nei registri marittimi italiani e gli aereomobili immatricolati nel Registro Aeronautico Nazionale, battenti bandiera italiana. E questo nei casi in cui siano, in base al diritto internazionale, soggetti all'ordinamento italiano e sottratti a una legge territoriale straniera. Per le navi, questa circostanza si verifica quando sono in navigazione fuori dalle acque territoriali. Non sembra, invece, che si possa equiparare alla nascita in Italia la nascita nelle sedi diplomatiche italiane all'estero, in quanto i limiti al potere di governo dello Stato ospitante posti dal diritto internazionale sono finalizzati ad assicurare esclusivamente l'esercizio della funzione diplomatica e non appaiono tali da permettere di individuare un prevalente potere di governo dello Stato cui appartenga l'ambasciata. Il Legislatore, infatti, come più volte detto, ha previsto l'acquisto della cittadinanza *iure soli* per evitare l'apolidia del soggetto, sul presupposto che il legame rappresentato dalla nascita in Italia, ossia nell'ambito spaziale in cui si esplica la sovranità nazionale, valga ad inserire la persona nella comunità del Paese: Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione, *La Cittadinanza italiana, La normativa, le procedure, le circolari*, 8 aprile 1991, 24.

(48) L. n. 91 del 1992, cit., art. 1, co. 1, lett. *b*), ove la condizione di apolidia dei genitori deve essere attestata.

(49) Altra ipotesi di acquisto della cittadinanza italiana è quella contemplata dal Trattato dell'11 febbraio 1929 fra l'Italia e la Santa Sede, art. 9, reso esecutivo con l. 27 maggio 1929, n. 810. Secondo tale norma sono soggette alla sovranità della Santa Sede tutte le persone aventi stabile residenza nella Città del Vaticano. Tali soggetti, tuttavia, ove cessi la loro residenza nella Città del Vaticano e qualora ritenuti dalla legge italiana privi di altra cittadinanza, saranno considerati in Italia cittadini italiani. Pertanto, nel caso l'apolide, anche di origine straniera, assuma stabile residenza nella Città del Vaticano e successivamente si trasferisca nel territorio italiano deve essere considerato cittadino italiano. Tali benefici sono estesi anche ai Cardinali residenti a Roma, fuori dalla Città del Vaticano: Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione, *La Cittadinanza italiana, La normativa, le procedure, le circolari*, 57.

(50) L. n. 91 del 1992, cit., art. 9, co. 1, lett. *e*), secondo cui l'apolide può acquistare la cittadinanza italiana dopo cinque anni di residenza legale nel territorio della Repubblica. Sulla concessione di cittadinanza all'apolide con particolare attenzione ai profili di reddito e di conseguente capacità di sussistenza: Tar Lazio, sez. I, 20 luglio 2015, n. 557.

(51) L. n. 91 del 1992, cit., art. 11: « Il cittadino che possiede, acquista o riacquista una cittadinanza straniera conserva quella italiana, ma può a essa rinunciare qualora risieda o stabilisca la residenza all'estero ».



amministrativa innanzi al Ministero dell'interno (52), alla quale è alternativa la via giurisdizionale innanzi al tribunale (53).

Il riconoscimento è certificazione conseguente all'accertamento (54) della qualità di apolide, che può essere dimostrata con allegazione di qualunque documento idoneo a dimostrare lo *status* (55), dell'atto di nascita e della documentazione relativa alla residenza in Italia.

A tali fini non è ritenuta sufficiente la prova della sola man-

(52) D.P.R. 12 ottobre 1993, n. 572, *Regolamento di esecuzione della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante norme sulla cittadinanza*, art. 17, co. 1.

(53) D.lgs. n. 150 del 2011, cit., art. 19 *bis*, co. 2. Si tratta infatti di procedimento sullo stato e sulla capacità delle persone (art. 9 c.p.c.), ove più precisamente è competente il tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del luogo in cui il ricorrente ha la dimora. Dichiara l'inammissibilità del ricorso avverso il silenzio del Ministero dell'interno formatosi verso la richiesta di riconoscimento della cittadinanza italo-libica a un supposto apolide: Tar Lazio, sez. II *quater*, 28 gennaio 2013 n. 989. Il caso è relativo all'acquisto della cittadinanza *cd. pleno iure* ai termini delle disposizioni contenute nella circolare del Ministero dell'Interno K.5.4. del 4 marzo 1987: « Con la conclusione della seconda guerra mondiale e la sottoscrizione del Trattato di pace, tutti i cittadini italiani residenti in Libia sono divenuti cittadini di quel Paese, salvo rinuncia espressa. Tuttavia i soggetti ai quali lo Stato Libico ha negato l'acquisto della cittadinanza non sono divenuti apolidi, ma hanno conservato la cittadinanza italo-libica la quale, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è trasformata "ipso iure" in cittadinanza italiana ».

(54) B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, 39 e s.; *Id.*, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 769; *Id.*, voce *Accertamento (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. I, 222; *Id.*, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.*, I, 1952, 169; A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, 220; Sulla funzione di certificazione: A. BENEDETTI, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, 669; S. GIACCHETTI, voce *Certificazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. VI, 1 e s.; A. STOPPANI, voce *Certificazione*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 793; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 128 e s.; G. SALA, voce *Certificati e attestati*, in *Noviss. dig. it.*, 537; O. TENTOLINI, voce *Certificazioni e attestati*, in *Noviss. dig. it.*, 129. Su certezza pubblica e certezza legale per tutti: A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e « certezze private »*. *Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, 2 e s.; sulla diversa e ulteriore esigenza di certezza pubblica: A. FIORITTO, voce *Certezza pubblica*, in *Il Diritto - Enc. Giur.*, 2007, 853; definisce le certezze pubbliche come un sistema aperto, cui sono ricondotti, tra le altre, le attività di accertamento amministrativo: *Id.*, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, 427.

(55) D.P.R. n. 572 del 1993, cit., art. 17, co. 1.

cata trascrizione dei dati anagrafici dell'interessato presso le competenti autorità dello Stato di origine poiché « non inequivocabilmente probatorio » della deprivatione del diritto di cittadinanza (56).

La verifica della residenza legale sul territorio dello Stato italiano importa per norma generale che l'interessato dimostri di aver soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia (cioè l'essere titolare di un permesso di soggiorno (57)), oltre a quelle previste in materia d'iscrizione anagrafica (58).

Per l'apolide, seppur titolare di un permesso per attesa apolidia (59), la dimostrazione dell'effettiva residenza stabile sul ter-

(56) Tar Piemonte, sez. II, 29 aprile 2008, n. 857, sul caso di mancato riconoscimento in via amministrativa dello stato di apolidia nei confronti di un soggetto di cui non è chiara la cittadinanza dopo l'avvenuto scioglimento della Jugoslavia. Con riguardo al riconoscimento di apolidia nei confronti di Rom e Sinti: G. PERIN, *L'applicazione ai Rom e ai Sinti non cittadini delle norme sull'apolidia, sulla protezione internazionale e sulla condizione degli stranieri comunitari ed extracomunitari*, in P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, I, Milano, 2011, 411.

(57) Fra i cittadini stranieri di Paesi non facenti parte dell'Unione Europea si ritengono regolari « coloro che rientrano in uno dei seguenti casi: titolari di permesso di soggiorno in corso di validità; titolari di permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti; titolari di una carta di soggiorno per cittadini extra UE che siano familiari di cittadini europei; minori stranieri iscritti sul permesso di soggiorno del/i genitore/i; soggetti in attesa del rinnovo del permesso di soggiorno; soggetti in attesa del rilascio o rinnovo del permesso per lavoro subordinato; soggetti in attesa di rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari; detenuti in istituto penitenziario in forza di sentenza definitiva di condanna per la quale non sia stata disposta l'espulsione; richiedenti asilo in attesa di permesso di soggiorno tramite la presentazione del documento rilasciato dalla Questura »: E. GARGIULO, A. MAIORCA, *Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, cit., 123.

(58) D.P.R. n. 572 del 1993, cit., art. 1, lett. a): « si considera legalmente residente nel territorio dello Stato chi vi risiede avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia e da quelle in materia d'iscrizione anagrafica ». Sui profili di discriminazione verso lo straniero in merito all'iscrizione anagrafica v: E. GARGIULO, A. MAIORCA, *Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica*, cit., 121 e s.

(59) D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, art. 11, co. 1 lett. c): « 1. Il permesso di soggiorno

ritorio nazionale e/o la presentazione di un atto di nascita possono tuttavia costituire una *probatio diabolica*, di tal che si è talora ritenuta sufficiente la sola prova indiziaria della « presenza effettiva sul territorio, con carattere di stabilità (60) ».

Significativi legami con il territorio dello Stato ospite sono stati individuati nella dimostrazione di una permanenza protratta per molti anni, nel livello di conoscenza della lingua locale, nell'aver svolto attività di volontariato o lavorativa a dimostrazione dell'integrazione con il tessuto sociale (61), più in generale nell'aver « allacciato delle relazioni personali, sociali ed economiche che sono costitutive della vita privata di tutti gli esseri umani (62) » secondo profili che impongono una tutela all'apolide ai sensi della protezione della vita privata e dell'unità familiare (63) come garantiti dalla Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU, art. 8) e che riaprono un risalente dibattito: l'estensione al non-italiano apolide del diritto di incolato (64).

Non sono stranieri gli « italiani non appartenenti alla Repubblica », coloro cioè che si vorrebbe appartenere alla nazione

è rilasciato, quando ne ricorrono i presupposti, per i motivi e la durata indicati nel visto d'ingresso o dal testo unico, ovvero per uno dei seguenti altri motivi: ... c) per acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide, a favore dello straniero già in possesso, del permesso di soggiorno per altri motivi, per la durata del procedimento di concessione o di riconoscimento ». Sul rilascio del permesso per richiesta apolidia e l'illegittimità del diniego dello stesso per la sola esistenza di un provvedimento di espulsione a carico del richiedente senza ulteriore motivazione: Tar Piemonte, sez. II, 26 aprile 2008, n. 825.

(60) App. Roma, 22 aprile 2003, in *Corriere giur.*, 2003, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA.

(61) Corte EDU 16 giugno 2005, *Syssoyeva e al. c. Lettonia*.

(62) Corte EDU, 22 giugno 2006, *Kaftailova c. Lettonia*.

(63) P. PROLI, L. TOMASI, *Art. 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 297 e s.

(64) V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, cit., 12; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 67 e s.; U. FERRONI, *Incolato (diritto di)*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 1903, 558, che definisce l'incolato come diritto non del cittadino ma dell'uomo.

italiana pur non facendo più parte del popolo italiano, a cagione della perdita — generalmente obbligata — della cittadinanza (65).

Il richiamo è agli « italiani non regnicoli (66) », prima ancora ai « cittadini delle altre regioni italiane, quando anche manchino della naturalità (67) », più in generale a quanti si ritenevano appartenere alla comunità italiana per condivisione di lingua, cultura, tradizioni, cui il Costituente, con il pensiero volto « agli italiani emigrati all'estero e ai loro discendenti (68) », volle attribuire uno *status* di particolare vantaggio con l'assimilazione ai cittadini italiani per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive (art. 51, co. 2, Cost. (69)).

(65) Si tratterebbe degli italiani residenti nei territori ceduti dall'Italia alla Francia e alla ex-Jugoslavia dopo la fine della seconda guerra mondiale, ove un'accezione più ampia vedrebbe inclusi anche tutti coloro che, poiché emigrati, abbiano dovuto abbandonare la cittadinanza italiana a vantaggio della cittadinanza del paese di immigrazione.

(66) R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, *Norme sulla disciplina degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato*, art. 1, co. 2 ; Cons. St., ad. plen., n. 12 del 1956, cit., 11.

(67) R.d. 22 novembre 1908, n. 693, *Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili*, art. 3, co. 1, n. 1.

(68) S. CRESTA-S. RUSCICA, *La tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009, 140.

(69) Art. 51, co. 2, Cost., di cui ricostruisce storia e interpretazioni, evidenziando come la norma sia stata spesso usata per sostenere un nesso imprescindibile tra diritti politici e nazionalità: A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, cit., 72 e s. Per una ricostruzione sul punto e per un richiamo alla differenza tra cittadinanza e nazionalità: B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012, 60 e s. La distinzione è ora considerata un « relitto storico, difficilmente utilizzabile nell'ordinamento attuale, che non ammette una figura intermedia tra lo straniero e il cittadino »: U. POTOTSCHNIG, *La Pubblica Amministrazione artt. 97-98, sez. II, Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso, Bologna-Roma, 1994, 411; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 1958, 91; A. REPOSO, *Gli italiani non appartenenti alla Repubblica (vecchi e nuovi problemi)*, in *Dir. soc.*, 1973, I, 906; A. LABELLA, *Una figura ambigua: l'italiano non appartenente alla Repubblica*, in *Riv. dir. internaz. dir. priv. e processuale*, 1977, 363 e s.; L. PANZERI, *Lo status di "italiano non appartenente alla Repubblica" nel diritto interno ed alla luce del processo di integrazione europea*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2006, 1543.

### 3. *L'eccezione dell'immigrazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo.*

Per l'ordinamento italiano la differenza tra il cittadino e lo straniero nei riguardi dello Stato (70) è fondata sul rapporto normalmente originario e comunque permanente (71) del primo con lo stesso, ove per il secondo il rapporto è acquisito e generalmente temporaneo (72).

La disciplina della condizione giuridica dello straniero si qualifica perciò come « diritto dell'immigrazione (73) », cioè regolamentazione di quei comportamenti e di quelle situazioni che normalmente per il solo cittadino sono diritto alla libera circolazione e soggiorno sul territorio nazionale e al libero allontanamento volontario dallo Stato espresso nel diritto all'espatrio e all'emigrazione (74) (artt. 16, 35 co. 4, 120 co. 1 Cost. (75)).

(70) Corte cost. 23 luglio 1974, n. 244; Corte Cost. 26 giugno 1969, n. 104. La territorialità propria dello Stato-nazione è diventata una delimitazione anacronistica di funzioni materiali e identità culturali; tuttavia, anche a fronte del collasso delle concezioni tradizionali della sovranità, il monopolio sul territorio continua a essere esercitato attraverso le politiche migratorie e di cittadinanza: S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004, trad. it. *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, cit., 4.

(71) « L'identità collettiva *in statu nascenti* riposa su un universalismo che, per un verso, proietta sul popolo sovrano un'aura salvifica e palingenetica, mentre, per un altro verso, occulta un immanente dispositivo di esclusione »: P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, vol. II, 383.

(72) Corte cost. n. 104 del 1969, cit.

(73) « La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli »: Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148; Corte cost., 26 maggio 2006, n. 206; Corte cost., ord., 31 ottobre 2007, n. 361.

(74) V. GROSSI, *Emigrazione*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV, pt. II, 1905, 122; l'atto dell'emigrare nella sua espressione originaria di allontanamento dalla patria italiana fu indiretto oggetto della nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1891 sul riparto di giurisdizione, ove è affermata la giurisdizione ordinaria sull'impugnazione da parte di un agente di emigrazione, provvisto di patente, dell'atto governativo che vietava di procurare l'imbarco degli emigranti nei porti stranieri, poiché la patente aveva creato un diritto soggettivo all'attività d'impresa: Cass. Roma, sez. un., 24 giugno 1891, c.d. caso *Laurens*, in *Giur. it.*, 1891, III, 181 e in *Foro it.*, 1891, I, 961 e Cons. St., sez. IV, 9 novembre 1890, n. 138 e 139, *Laurens c. Ministero Interno*, in *Giust.*

Ne deriva una disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato declinata come potere discrezionale (76) di difesa dell'integrità nazionale (77) attraverso la regolamentazione dei flussi (78) migratori quale prerogativa esclusiva di ogni Stato sovrano (79) (v. ora TFUE, art. 79, c. 1 e 5 (80)).

*Amm.*, 1890, I, 293 e 374; ancora sulle patenti di vettore di emigranti: Cons. St., sez. IV, 10 gennaio 1914, *Società Navigazione « Italia » c. Ministero degli Esteri*, in *Giust. Amm.*, 1914, I, 40.

(75) M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno: dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 486, 495, 523 e s., 539, 560.

(76) Ricorda come per l'emigrazione verso gli Stati Uniti quando l'*alien* arriva al porto di ingresso la sua ammissibilità è valutata dagli ispettori e dai medici della salute pubblica: M. PIFFERI, *La doppia negazione dello Ius migrandi tra Otto e Novecento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, 72, 74.

(77) In tal senso la disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato si configura quale mezzo, fortemente discrezionale, di difesa dell'integrità nazionale. « Non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti. Nel caso, le posizioni del cittadino e dello straniero nei riguardi dello Stato diversificano sostanzialmente, sol che si consideri che il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso. Non solo, ma ha diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo. Di contro, lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile »: Corte cost. n. 244 del 1974, cit.

(78) C. BARBATI, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, cit., 24; M. SPASIANO, *Principi sull'immigrazione*, ivi, 17.

(79) M. PIFFERI, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla "falsa" libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di inclusione*, Macerata, 2012, 254; P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Introduzione. Dimensione giuridica del fenomeno migratorio tra paradossi e artificialità*, ivi, 10 e s.; M. PIFFERI, *L'illusione della libertà. Alle*

Alti livelli di asimmetrie informative tra Stato ospite e straniero circa la ricostruzione di fatti complessi inerenti situazioni individuali nelle dinamiche anche delle relazioni internazionali, l'alterna emersione di una tradizione di disciplina della sicurezza pubblica dove l'essere straniero afferma una sospetta pericolosità (81), in uno con l'esigenza di commisurare istanze di ingresso e soggiorno fondate sul principio di ospitalità e di *non refoulement* a fronte di una *responsabilité de protégé* (82) come tutela dei

*origini del diritto "negato" di emigrare*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A. D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70 compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano, 2009, 333-338.

(80) TFUE, art. 79 co. 1 e 5: «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani. Il presente articolo (ndr.), non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo».

(81) «C'è una profonda somiglianza tra il criminale, libero o prigioniero che sia, e l'altro, lo straniero. Entrambi sono degli sconosciuti ed entrambi, proprio in quanto tali, possono destare in noi paure e sentimenti di aggressività. Lo straniero e il criminale appartengono ad un comune universo rispetto al quale l'atteggiamento può essere tanto di indifferenza, quanto di intolleranza. Il punto è che, sia nell'uno che nell'altro caso, si è poco inclini a conoscerli o, addirittura li si ritiene inconoscibili [...] Dunque alla fine lo straniero è colui che non è capito [...] Con lo straniero (inteso come *barbaros* più che come *xenos*) il criminale condivide questo destino»: così riporta E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002, 126. Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina italiana in tema di disciplina della condizione giuridica dello straniero a fronte di esigenze di ordine e di sicurezza pubblici si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., spec. 27 e 39 e s.

(82) È in tale ultima accezione che la libertà di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese incluso il proprio troverà riconoscimento anzitutto nell'ordinamento internazionale a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10 dicembre 1948, art. 13, co. 2; così il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, 16 dicembre 1966, New York, art. 12, co. 2; *CEDU*, Protocollo n. 4, art. 2, § 2, art. 3, § 2. Segue nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la garanzia del diritto di asilo *ivi* per la prima volta enunciato a livello comunitario «nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra [...] e a norma del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea [...]»: art. 18, con conseguente divieto di riportare un soggetto in uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti (principio di non respingimento): art. 19; G.



diritti fondamentali (83) dell'uomo (art. 2 e 3 TUE (84); artt. 2 e 3 Cost.), portano a una « frammentazione (85) » anche della disciplina del procedimento amministrativo ove questo veda come destinatario del provvedimento uno straniero.

In tal senso possono essere intese le norme d'eccezione che la disciplina generale sul procedimento amministrativo prevede quando si versi in materia di immigrazione, di cittadinanza e di asilo.

Il riferimento è anzitutto al termine di conclusione del procedimento ove per i « procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione » possono essere superati i centottanta giorni con norma (86) che trova eco nella disciplina speciale per il riconoscimento allo straniero e all'apolidi della protezione internazionale (87).

Si esclude la sostituzione dell'atto amministrativo con un atto

AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2015, 78; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 78, 82; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

(83) A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. ass. italiana cost.*, n. 00/2010, 14; sulla declinazione del dovere di ospitalità come *responsabilité de protéger* si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 32 e s., 127.

(84) R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Firenze, 2016, Vol. I, 3 e s. Sullo *ius migrandi* come contrapposto allo *ius peregrinandi* e sull'affermazione di un diritto alla migrazione come conseguente al diritto di asilo si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 14 e s.; ID., *Modelli organizzativi d'integrazione europea: il diritto di asilo e la libera circolazione (dell'asilante)*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Vol. I, cit., 579 e s.

(85) M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Introduzione. Dimensione giuridica del fenomeno migratorio tra paradossi e artificialità*, cit., 11; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008.

(86) L. 18 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, art. 2, co. 2, 4.

(87) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 18.



di autonomia dell'interessato — segnalazione certificata di inizio attività (l. n. 241 del 1990, cit., art. 19) — per gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte « alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza (88) ».

Al di là dell'eccezione espressa si tratta in ogni caso di ipotesi nelle quali sono presenti margini di discrezionalità (89), ove i procedimenti di riconoscimento della protezione internazionale non possono dirsi risolti in un mero accertamento dei requisiti o presupposti previsti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale e comunque ogni qualvolta si configuri una vera e propria concessione costitutiva (90), come nella generalità dei casi di cittadinanza, per il cui acquisto si parla talora di accertamento costitutivo (91).

Permangono le medesime ipotesi d'eccezione (pubblica sicurezza, immigrazione, asilo, cittadinanza) per la disciplina del silenzio-assenso ove il consenso dell'amministrazione non può trovare surroga in mancanza di un provvedimento espresso (92) (l. n. 241 del 1990, cit., art. 20).

(88) L. n. 241 del 1990, cit., artt. 19, co. 1, 20, co. 4.

(89) A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 512.

(90) L. n. 241 del 1990, cit., art. 19, che esclude dalla sua applicazione le concessioni costitutive.

(91) Per una teoria sull'istituto dell'accertamento con effetti costitutivi conseguenti alla constatazione dell'esistenza in un soggetto di determinati requisiti, cui consegue l'acquisto di una capacità, d'uno *status* o situazione giuridica, d'un diritto e distinti dall'ammissione perché interamente vincolati: G. M. DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1962; M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, 219; M.M.G. PERINI, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padova, 1953; G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1950. Secondo la dottrina ricordata gli accertamenti costitutivi sarebbero indispensabili per il sorgere di una capacità, di una situazione giuridicamente rilevante o di un diritto: l'atto formale dell'accertamento sarebbe richiesto *ad substantiam* anche a fronte della preesistenza di requisiti predefiniti e ritenuti rilevanti.

(92) La previsione del silenzio-assenso è un'innovazione che, come si è chiarito, è ispirata da una valutazione politica di prevalenza dell'esigenza di non bloccare l'iniziativa privata per non aver dato l'amministrazione tempestiva risposta alla domanda dell'interessato: A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 512.

4. *I limiti alla partecipazione al procedimento di esame delle domande di protezione internazionale.*

Per norma speciale ai procedimenti per l'esame delle domande di protezione internazionale si applicano « le disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di accesso agli atti amministrativi, di cui ai capi I, ad esclusione dell'articolo 2, comma 2, II, IV-bis e V, nonché agli articoli 7, 8 e 10 del capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241 (93) ».

Il disposto è stato talora inteso nel senso di escludere l'applicazione delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo dedicate alla partecipazione.

Ne è stata dedotta la specifica esclusione dell'applicazione della disciplina in materia di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, di modalità e contenuti della comunicazione d'avvio e di diritti dei partecipanti al procedimento (94).

Ma è il richiamo ai principi generali dell'ordinamento a escludere un'interpretazione della norma in tal senso (95).

La partecipazione dell'interessato è vieppiù confermata dalla previsione di specifici obblighi informativi a favore del richiedente che vanno piuttosto nel senso di rafforzarne la posizione.

(93) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 18.

(94) L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008, 261 e s.; per il caso delle espulsioni dello straniero dove la giurisprudenza ha giustificato un'attenuazione dell'obbligo di comunicazione anzitutto per esigenze di celerità del procedimento: Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2003, n. 15390, in *Foro it. Repertorio*, 2003, Straniero [6540], n. 202; Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2001, n. 12803, in *Foro it. Repertorio*, 2001, Straniero [6540], n. 95. Sul punto per una disamina: A. CANEPA, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010.

(95) Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2023; Cons. St., sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569, in *Cons. St.*, 1998, 1281 e s.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in questa *Rivista*, 2000, 41-79; da ultimo F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa* e M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, entrambi in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, 25 e s.; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 259 ss.

Si pensi agli obblighi informativi posti a carico dell'ufficio di polizia di frontiera o all'ufficio della questura competente in favore del richiedente circa la procedura da seguire, circa i suoi diritti e doveri durante il procedimento e i tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame dell'istanza di protezione (96), corredato dalla consegna di un apposito opuscolo informativo (97).

Senza dimenticare il colloquio personale per l'audizione dell'interessato (98), di cui ora è prevista la videoregistrazione, nonché la possibilità per il medesimo di presentare dichiarazioni o memorie in ogni fase del procedimento (99).

Il dovere di acquisizione d'ufficio d'informazioni relative a fatti, stati e qualità del richiedente da parte dell'amministrazione precedente nell'ambito ora di interesse è ampliata, poiché sono acquisite « anche d'ufficio (100) » le informazioni relative alla situazione del Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente, che siano ritenute necessarie a integrazione del quadro probatorio da questi prospettato.

Non di immediata comprensione appare invece l'esclusione dell'intervento nel procedimento di portatori di interessi pubblici o privati, ove si voglia intendere la partecipazione secondo profili non esclusivamente difensivi — intervento di quanti possano derivare un pregiudizio dal provvedimento — ma piuttosto secondo una prospettiva anche collaborativa a opera di associazioni e comitati portatori di interessi esponenziali (101).

(96) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., artt. 6 e 10, co.1.

(97) La Commissione nazionale redige, secondo le modalità definite nel regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 38 un opuscolo informativo che illustra: *a*) le fasi della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, comprese le conseguenze dell'allontanamento ingiustificato dai centri; *b*) i principali diritti e doveri del richiedente durante la sua permanenza in Italia; *c*) le prestazioni sanitarie e di accoglienza e le modalità per riceverle; *d*) l'indirizzo ed il recapito telefonico dell'UNHCR e delle principali organizzazioni di tutela dei richiedenti protezione internazionale, nonché informazioni sul servizio di cui al comma 2-bis: d.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 10, co. 2.

(98) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., artt. 12-14.

(99) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 31.

(100) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 27, co. 1 bis.

(101) R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1024 ss., per il quale il pregiudizio « non è soltanto il danno in

L'esclusione risulta in ogni caso attenuata dalla possibilità per il richiedente protezione di contattare in ogni fase del procedimento l'UNHCR o altra organizzazione di sua fiducia competente in materia di asilo (102), ove più in generale è prevista la possibilità di accesso ai centri di accoglienza per i richiedenti asilo e la libertà di comunicazione con i trattenuti per i rappresentanti « degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore », che si era un tempo chiarito dover essere dimostrata e in ogni caso maturata in Italia per almeno tre anni nel settore (103).

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (l. n. 241 del 1990, cit., art. 10 *bis*) è sostituita da apposito preavviso all'interessato circa la sussistenza di una causa di inammissibilità della domanda di protezione secondo modalità intese ad assicurare nel singolo caso le garanzie di partecipazione e di contraddittorio previste dal disposto generale (104).

È il caso di reiterazione di identica domanda di protezione già respinta senza che siano addotti nuovi elementi in merito alle condizioni personali o alla situazione del Paese di origine del

senso meramente economico »; Id., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in questa Rivista, 209 e s. v. inoltre C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in P. ALBERTI, G. AZZARITI, G. CANAVESIO, C.E. GALLO, M. A. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 78; così ritiene « priva di ogni giustificazione logica e giuridica », oltre che costitutiva di un « equivoco » l'interpretazione restrittiva tesa ad escludere coloro che siano destinati a subire un beneficio del provvedimento finale: A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 192-193; M. C. ROMANO, *Art. 9, Intervento nel procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 345 e s.; B. GAGLIARDI, *L'intervento nel procedimento amministrativo*, in *Questa rivista*, 373 e s.

(102) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 10, co. 3.

(103) D. lgs. n. 142 del 2015, cit., artt. 7, co. 2, 10, co. 3, 15 co. 5; d. lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 10 *bis*. Così per disposizione ora abrogata: d.P.R. 16 settembre 2004, *Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato*; per l'abrogazione: d.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 40, co. 1, lett. b); tali limiti non risultano più essere previsti: d.P.R. 12 gennaio 2015, n. 21, *Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale a norma dell'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008*, n. 25.

(104) P. LAZZARA, *Art. 10, La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 393; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003.

richiedente. A questi deve essere dato (pre)avviso del diniego della protezione salva la facoltà di presentare, entro tre giorni dalla comunicazione, osservazioni a sostegno dell'ammissibilità dell'istanza (105).

Nell'assenza di una disciplina speciale è pienamente applicabile la disciplina generale al procedimento di riconoscimento dello *status* di apolidia.

In particolare sussiste l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di riconoscimento dello *status* di apolide (106) anche a fronte della sussistenza di un provvedimento di espulsione a carico dell'interessato. L'espulsione non può infatti vincolare l'amministrazione al diniego di un permesso di soggiorno per attesa apolidia poiché non rende obbligatorio e vincolato il potere dell'amministrazione in materia, di tal che l'assenza del preavviso di diniego risulta sindacabile senza che possa invocarsi l'eccezione di cui al l. n. 241 del 1990, cit., art. 21 *octies*, co. 2.

##### 5. *L'attenuazione del dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi nei confronti dello straniero.*

Sul piano dell'azione amministrativa il diniego allo straniero del visto di ingresso per « motivi di sicurezza e di ordine pubblico (107) », non deve essere motivato ai sensi della legge sul procedimento amministrativo (108) ove non riguardi i casi di

(105) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 29.

(106) Tar Piemonte, sez. II, 26 aprile 2008, n. 825, sul caso di uno straniero colpito da provvedimento di espulsione seguito da un'istanza di rilascio di permesso di soggiorno per attesa di riconoscimento dello *status* di apolidia.

(107) Per un'indagine sulla declinazione dei motivi di ordine e sicurezza pubblici come limiti alla migrazione si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 39 e s., e alla dottrina *ivi* richiamata.

(108) D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 4, co. 2, secondo cui « in deroga a quanto stabilito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico il diniego non deve essere motivato »; per un'applicazione in caso di diniego di visto turistico: Tar Lazio, sez. III, 30 giugno 2015, n. 7792. Ritiene che dalla previsione derivi una sostanziale vanificazione del diritto dello straniero al giusto procedimento: M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 235.

lavoro autonomo, lavoro dipendente, lavoro stagionale e altri casi particolari d'ingresso per lavoro, oltre il ricongiungimento familiare, l'ingresso per cure mediche (109) e l'accesso a corsi universitari.

In punto non possono però obliterarsi i principi che da tempo fondano il vizio di eccesso di potere (110) e che sono individuati nei principi costituzionali d'imparzialità e di buon andamento (art. 97, co. 2 Cost. (111)).

La motivazione è perciò dovuta per gli atti amministrativi discrezionali e potenzialmente pregiudizievoli per il destinatario.

In tal senso deve leggersi l'enunciato che per i procedimenti inerenti la richiesta di asilo vuole motivata la sola decisione con cui viene respinta una domanda di protezione internazionale (112).

(109) Per l'insufficiente motivazione del diniego del visto di ingresso per cure mediche: Tar Lazio, sez. I, 5 novembre 2013, n. 9387.

(110) C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933; G. TREVES, *Vizio della motivazione ed eccesso di potere*, in *Temi emiliana*, 1935, 8; G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1942, I, 126; C. MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza di motivi negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2; C.M. JACCARINO, voce *Motivazione*, in *Nss. dig. it.*, X, Torino, 1962; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595; M.S. GIANNINI, voce *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 257; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; V. MAZZARELLI, voce *La motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990, 1; A. ROMANO TASSONE, voce *Motivazione*, in *Dig. disc. pubb.*, XIII, Torino, 1997, 683; M. DI GIORGIO, *Innovazioni in tema di motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 589; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. V, Agg. Milano, 2001, 774; A.G. DIANA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Padova, 2001; offre una ricostruzione critica del dibattito: C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 278 e s.

(111) L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale: Corte cost., 5 novembre 2010, n. 310.

(112) D.lgs. n. 25 del 2008, cit., art. 9, co. 2.

È disposto che non sottrae a motivazione alcun provvedimento in cui sia riconosciuta una qualche forma di protezione nella misura in cui possa in esso delinearci comunque un profilo di contenuto sfavorevole. Così è per il caso in cui all'istanza di protezione internazionale segua il rilascio di una protezione per così dire attenuata (umanitaria o sussidiaria) in luogo della protezione più ampia offerta dal riconoscimento dello *status* di rifugiato.

La motivazione è doverosa anche ove si tratti di atti ad alto tasso di discrezionalità amministrativa.

Così può dirsi per il potere d'espulsione verso lo straniero anche non residente nel territorio statale fondato su motivi di « ordine pubblico e di sicurezza dello Stato (113) » e posto in capo al Ministro dell'interno, previa notizia (114) al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli Affari esteri.

Riemerge l'originaria formulazione del testo unico di pubblica sicurezza del 1931 (115) che già poneva limiti alla sindacabilità

(113) D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 13, co. 1.

(114) Con la « notizia » l'organo di vertice del Ministero dell'Interno investe la responsabilità del Capo del governo e l'organo di vertice dell'Amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri: Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88. Vi si affianca, quasi si sovrappone, il potere espulsivo del Ministro dell'Interno, o, per delega di quest'ultimo, del prefetto previsto nel caso in cui lo straniero, compia, tra l'altro atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, alla commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche o vi siano fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali: l. 31 luglio 2005, n. 155, *Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, art. 3, co. 1. Il rinvio è alle categorie previste dalla l. 22 maggio 1975, n. 152, *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*, come oggi sostituita dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, artt. 4, co. 1, lett. d)-h) e art. 16, co. 1, lett. b. Si tratta di norma aggiuntiva rispetto alla previsione del T.U. immigrazione « che rafforza il potere di espulsione per gli stranieri per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato »: Cons. St., sez. III, 23 settembre 2015, n. 4471; Tar Lazio, sez. II quater, 28 febbraio 2013, n. 3621.

(115) R.d. 18 giugno 1931, n. 773, *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, art. 150, co. 5, co. 5, secondo cui l'espulsione è disposta dal Ministro dell'Interno, di



del provvedimento espulsivo governativo, il cui potere dà ora origine ad *atto di alta amministrazione* suscettibile di un vaglio giurisdizionale “estrinseco” sull’eccesso di potere in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di manifesta irragionevolezza, di travisamento, di illogicità e di mancanza assoluta dei presupposti (116).

Il richiamo alla nozione di *atto di alta amministrazione* vuole certo sottolineare l’ampia discrezionalità dello stesso e, quindi, riconoscere all’amministrazione un margine di apprezzamento insindacabile, senza però obliterare la tutela giurisdizionale che contro gli atti della pubblica amministrazione (117) non può es-

concerto con il Ministro degli Affari Esteri e l’assenso del Capo del governo; r.d. 6 maggio 1940, n. 635, *Approvazione del regolamento per l’esecuzione del testo unico 18 giugno 1931-IX, n. 773, delle leggi di pubblica sicurezza*, artt. 261, 271.

(116) Parla di vaglio giurisdizionale « estrinseco » per atti di espulsione caratterizzati da alta discrezionalità amministrativa: Cons. St., n. 88 del 2006, cit. Nel caso di specie, fermo il sindacato sull’eccesso di potere nei limiti che si sono chiariti, sono state ritenuti fondati motivi di ordine e sicurezza pubblica dichiarazioni di partecipazione ad operazioni di guerriglia, ammonimenti all’Italia circa i rischi di un coinvolgimento nel conflitto in Iraq resi nel corso di partecipazione a trasmissioni televisive, la custodia di documenti contenenti testamenti spirituali di kamikaze che avevano compiuto un attentato, proclami inneggianti al martirio; per il giudizio di primo grado: Tar Lazio, sez. I, 10 dicembre 2004, n. 15336; Tar Emilia-Romagna, sez. I, 3 luglio 2007, n. 380; più in generale sui limiti di sindacabilità degli atti di alta amministrazione per alcune pronunce tra le molte: Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2016, n. 2746; Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 1779; Cons. St., sez. III, 14 luglio 2015, n. 3520; Cons. St., sez. IV, ord. 28 ottobre 2015, n. 4864.

(117) Sui profili di distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione: V. CERULLI IRELLI, *Sugli atti di alta amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 1377; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir.amm.*, 2012, 329 e s.; A. ROMANO TASSONE, « *Atto politico* » e *interesse pubblico*, in A. CONTIERI, F. FRANCIANO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, 311; F. MERLONI, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, ivi, 3 e s.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti « politici » e atti « di alta amministrazione »*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 101 e s.; M. P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009; M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 del T.U. del Consiglio di Stato*, in A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 1489; D. VALIANO, *Gli atti politici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005; D. SORACE, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e*



sere esclusa o limitata a particolari categorie (art. 113, co. 2, Cost. (118)).

La legge determina se detta tutela possa sfociare in un potere di annullamento del giudice competente, indicando quali organi di giurisdizione possono vedersi attribuito un siffatto potere.

Si afferma così la giurisdizione del giudice ordinario contro le espulsioni c.d. ordinarie, poiché si versa in settori, come per il pubblico impiego (119), in cui la protezione dei diritti assorbe ogni profilo di tutela (120).

Alla giurisdizione del giudice amministrativo resta il sindacato di legittimità sulle espulsioni c.d. ministeriali, cioè per i casi in cui

*Amministrazione*, Milano, 1992, 177; G.B. GARRONE, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 544 e s.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 160 e s.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, 1959, vol. IV, 220; A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1946, XXII, 521; O. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, 49; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 277; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 175. Sugli atti di alta amministrazione nell'amministrazione regionale: L. FASCIO, *L'attività di alta amministrazione nelle regioni italiane*, Torino, 2014.

(118) R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 525 e s.

(119) Sul rapporto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa nel pubblico impiego: B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 274 e, *ivi*, F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 2285 ss.; E.N. FRAGALE, *Scorrimento di graduatorie: si preannuncia un nuovo revirement giurisprudenziale in ordine alla giurisdizione sulle controversie di pubblico impiego?*, in *Riv. amm.*, 2011, 101 ss. e in *Lav. p.a.*, 2010, 1189 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004; C.E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria, al giudice amministrativo i concorsi interni*, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 3282.

(120) Avverso il decreto di espulsione può essere presentato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria: d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 13, co. 8; del pari per la tutela del diritto al ricongiungimento familiare si afferma la cognizione del giudice ordinario « contro il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare »: d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 30, co. 6.

la presenza dello straniero sul territorio nazionale determina una situazione di « potenziale pericolo per le istituzioni dello Stato e per i valori cui queste si ispirano (121) » e quando sussistono fondati motivi (122) per ritenere che la sua permanenza nello Stato possa agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

**ABSTRACT:** La disciplina generale sul procedimento amministrativo viene analizzata nel quadro dei procedimenti che vedono coinvolti gli stranieri, con particolare attenzione al riconoscimento degli *status* di protezione internazionale. Chiariti i possibili profili definitivi della nozione di straniero si esamina il diritto di asilo nel quadro della tutela amministrativa procedimentale a partire dall'avvio del procedimento, ove si assiste a una strutturale funzionalizzazione della domanda di asilo al riconoscimento della protezione internazionale secondo un'interpretazione non esente da critiche. La regolamentazione speciale circa la partecipazione dell'interessato al procedimento che consegue alla domanda di asilo in uno con l'attenuazione del dovere di motivazione di taluni provvedimenti che vedono lo straniero come destinatario a fronte dell'emergere di motivi di sicurezza e di ordine pubblico consentono di offrire un'analisi di dettaglio circa l'eccezione dell'immigrazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo.

**ABSTRACT:** *The Italian Administrative Procedure Act is examined under the perspective of the protection of foreigners, namely of the asylum seekers as part of the administrative procedures devoted to the recognition of the international protection status (refugee status, subsidiary protection status, stateless people status). The rules governing the asylum adjudication procedures are examined focussing on the protection of the right of asylum since the initiation of proceedings, in respect of which the Italian Constitutional Court states the application for international protection is "structurally functional" to the protection of such a right although by giving an interpretation not entirely irreproachable. The paper aims at providing a detailed analysis of the "immi-*

(121) « Contro il decreto ministeriale di cui al comma 1 la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo »: d.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 13, co. 1 e co. 11; più in generale per l'impugnazione del diniego di visto d'ingresso la sussistenza di ostative ragioni di pubblica sicurezza non pone in dubbio la cognizione del giudice amministrativo: Cons. St., sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3268.

(122) Sono stati ritenuti *fondati motivi* la dimostrazione dell'adesione al fondamentalismo islamico di marca "jihadaista" e lo svolgimento — in favore di questo — di un'intensa attività di proselitismo, oltre al pericolo, correlato all'adesione a correnti estremiste, di porre in essere azioni cruente a scopo dimostrativo e di destabilizzazione dei Governi occidentali: Cons. St., sez. III, n. 4471 del 2015, cit.; Tar Lazio, sez. II quater, n. 3621 del 2013, cit.

*gration” as an exception in the general framework of the Administrative Procedure Act by analyzing the special rules protecting the right of the foreigners to participate to an administrative proceeding. The assumption the Italian “foreigners devoted” regulation (migration law) seems to mitigate the general duty to state the reasons for the decisions made by the administrative bodies is examined according to the discretionary power doctrine and to the graduation of the public order and public security clause.*