

6.8. Il reato di occupazione di lavoratori stranieri irregolari

Il reato di occupazione di lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno fu introdotto, nel nostro ordinamento giuridico, dal legislatore del 1998, che all'articolo 22, comma 10 del testo unico descriveva una contravvenzione punita con la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda.

Con la legge 30 luglio 2002, n. 189, la predetta incriminazione, trasfusa nel comma 12 della stessa disposizione, pur avendo conservato natura contravvenzionale, ha subito un importante inasprimento sanzionatorio, consistente nella comminatoria della pena cumulativa dell'arresto da tre mesi ad un anno e dell'ammenda di cinquemila euro per ogni lavoratore impiegato.

Da tale modifica di sapore draconiano derivava come principale effetto giuridico l'esclusione dell'applicabilità della c.d. "*oblazione facoltativa*" prevista dall'articolo 162-*bis* del codice penale.

Per effetto del c.d. "*secondo pacchetto sicurezza*" del 2009, muta la natura giuridica dell'illecito, che da contravvenzione diventa delitto, sanzionato con un trattamento punitivo ancor più rigoroso, consistente nella pena cumulativa della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa di cinquemila euro per ogni lavoratore impiegato.

Sotto il profilo legislativo, giova rammentare che un'analogia figura criminosa è prevista per i lavoratori stagionali dall'articolo 24, comma 6 del testo unico.

Per quanto concerne il bene giuridico protetto, l'interpretazione prevalente¹²⁰ ritiene, concordemente, che la norma incriminatrice sia posta a presidio dell'ordine pubblico rappresentato dalla regolarità della presenza degli stranieri in Italia e dei relativi rapporti di lavoro.

Del resto, detto bene giuridico appare direttamente collegato alla protezione del mercato del lavoro e della regolarità delle relazioni che si sviluppano al suo interno, ossia alla salvaguardia di uno di quegli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione messi a repentaglio da flussi migratori incontrollati.

Non viene, invece, in rilievo – secondo parte della dottrina¹²¹ – la tutela della sicurezza e della dignità della persona, poiché questo reato, a differenza di quello di favoreggiamento della permanenza illegale, postula la semplice assunzione regolare o anche l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato regolarmente retribuito.

Sotto il profilo del soggetto attivo, si tratta, indiscutibilmente, di un "*reato proprio*", poiché può essere realizzato esclusivamente da un soggetto avente lo *status* di "*datore di lavoro*".

¹²⁰ A. CALLAIOLI, *op. cit.*, p. 1693; L. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 309; A. CAPUTO, *op. cit.*, p. 208.

¹²¹ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, S. FARINI, A. TRINCI, *op. cit.*, p. 1790.

Detta nozione è stata, però, interpretata in senso estensivo dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti¹²², secondo cui “*datore di lavoro non è soltanto l'imprenditore o colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata, ma anche il semplice cittadino che assume alle proprie dipendenze una o più persone per svolgere un'attività lavorativa subordinata di qualsiasi natura, a tempo determinato o indeterminato, come nel caso delle collaboratrici domestiche o badanti*”.

Va, inoltre, aggiunto che soggetto attivo del reato potrà essere un datore di lavoro di qualsiasi cittadinanza e/o nazionalità, in quanto tale condizione non assume alcun rilievo: potranno, infatti, realizzare l'illecito in parola tanto gli stranieri, quanto i cittadini italiani od europei.

Sul piano dell'elemento oggettivo, la condotta tipica è identificata dal verbo “*occupare*” che implica l'insufficienza della sola stipulazione del rapporto di lavoro (in questo caso si potrebbe configurare un tentativo) e la necessità dell'avvio dell'attività lavorativa¹²³. Nel concetto di occupazione deve essere ricompresa anche l'ipotesi di chi, pur non avendo provveduto direttamente alla sua assunzione, occupa lo straniero irregolare, in quanto si deve dare rilevanza all'effettivo svolgimento della prestazione più che al momento della costituzione del rapporto di lavoro¹²⁴.

La novella legislativa del 2002 è intervenuta sul tema, circoscrivendo l'area della rilevanza penale della norma esclusivamente ai casi in cui l'autorizzazione al soggiorno sia scaduta e non ne sia stato richiesto il rinnovo entro i termini legali.

Soggetti passivi del reato sono, quindi, i “*lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato*”.

Rientrano, pertanto, in tale *status* tanto gli immigrati *ab origine* in condizione di clandestinità, quanto quelli che, pur essendo regolari al momento del loro ingresso e del loro soggiorno, siano successivamente diventati clandestini.

Il legislatore sembra, tuttavia, distinguere, all'interno della seconda categoria, tra migranti divenuti clandestini per loro negligenza e migranti diventati clandestini per una c.d. “colpa d'apparato” addebitabile cioè alla pubblica amministrazione preposta *ex lege* al rilascio e/o rinnovo del permesso di soggiorno.

Se parte della dottrina¹²⁵ e della giurisprudenza di merito¹²⁶ sembra propendere per tale soluzione garantistica, la giurisprudenza di legittimità¹²⁷ abbraccia un orientamento rigoristico, sostenendo che “*la responsabilità del datore*

¹²² L. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 308; Cass. pen., Sez. I, 4 aprile 2003.

¹²³ Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 1999, n. 1392.

¹²⁴ Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2011, n. 25615.

¹²⁵ L. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 312-313.

¹²⁶ Tribunale di Trento, 30 settembre 2005.

¹²⁷ Cass. penale, sezione I, 25 ottobre 2006, n. 1752.

di lavoro non è esclusa dalla buona fede invocata per aver preso visione della richiesta del permesso di soggiorno avanzata dal lavoratore”.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, con la trasformazione del fatto tipico da contravvenzione in delitto, è necessaria, ai fini dell'imputazione penale, la presenza di un coefficiente psicologico doloso, nel senso che il datore di lavoro sarà chiamato a rispondere penalmente del reato di cui all'articolo 22, comma 12 (o anche 24, comma 6) solo nel caso in cui abbia avuto la consapevolezza della condizione di clandestinità del lavoratore straniero impiegato.

In particolare, l'elemento soggettivo assumerà connotazione di “*dolo generico*”, consistente nella coscienza e nella volontà del datore di lavoro di occupare alle proprie dipendenze un lavoratore straniero privo di permesso di soggiorno o, comunque, non in regola con la normativa in materia.

Per quanto concerne il tempo di consumazione, parte della dottrina¹²⁸ ritiene che si tratti di reato istantaneo, che esaurisce i suoi effetti nel momento stesso dell'instaurazione, di diritto o di fatto, del rapporto di lavoro subordinato. Dalla natura delittuosa e dalla frazionabilità dell'*iter criminis* discende, secondo detta opinione, l'ammissibilità del delitto nella forma tentata.

7. L'asilo politico: nozione e disciplina

Il c.d. “diritto dell'immigrazione” ricomprende, oltre alle tre macro-aree dell'ingresso, del soggiorno e delle espulsioni, anche il settore dell'asilo politico, che si caratterizza per una sostanziale autonomia non solo sotto l'aspetto concettuale, ma anche sotto quello disciplinare.

Il concetto di asilo ha origini antichissime, derivando dal termine greco *asilo*, composto da *alfa* particella privativa e *sylon* indicante l'azione predatoria dei pirati e, quindi, abbracciando, in via estensiva, qualsiasi tipo di offesa arrecata a persone o cose.

Successivamente, secondo la più recente dottrina¹²⁹, il termine si è evoluto, venendo ad identificare due fenomeni distinti, quali l'asilo ed il diritto d'asilo, che sono comunque riconducibili a nozioni di inviolabilità ed immunità.

In particolare, mentre l'asilo identificava il luogo sicuro in cui poter trovare riparo, il diritto d'asilo concretizzava l'immunità di cui godeva tale luogo.

Accanto a questi due elementi oggettivi, la stessa dottrina poneva un elemento soggettivo, individuato nell'individuo che concretamente cercava e trovava rifugio nel luogo considerato asilo.

In altri termini, l'espressione asilo ha, storicamente, identificato i luoghi in cui era offerta protezione a chiunque vi si rifugiava.

¹²⁸ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, S. FARINI, A. TRINCI, *op. cit.*, p. 1791.

¹²⁹ F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, p. 19-20.

Sotto l’aspetto disciplinare, l’asilo ha ricevuto, nel nostro ordinamento, un espresso riconoscimento da parte dell’articolo 10, comma 3 della Costituzione, secondo cui “*lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*”.

Appare emblematica la scelta dei Costituenti di collocare il diritto di asilo nei primi dieci articoli della Carta costituzionale dedicati ai principi fondamentali, con ciò qualificandolo come principio su cui si fonda l’intero ordinamento giuridico italiano.

La dottrina prevalente¹³⁰ ha qualificato l’asilo costituzionale quale diritto soggettivo perfetto del migrante al quale sia impedito nel suo Paese l’esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana all’ingresso ed al soggiorno nel territorio nazionale, almeno al fine della presentazione della domanda di asilo alle autorità italiane, ritenendolo, peraltro, diritto immediatamente azionabile anche in difetto di apposite leggi ordinarie che ne fissino le condizioni di esercizio.

Sotto il profilo oggettivo, il diritto costituzionale di asilo presuppone esclusivamente la sussistenza di un elemento obiettivo, costituito dall’impedimento, da parte di uno Stato estero, del godimento dei fondamentali diritti liberal-democratici riconosciuti e tutelati dalla Costituzione italiana.

Deve, inoltre, evidenziarsi che l’elemento oggettivo dell’impedimento dell’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione va verificato in una dimensione fattuale e non meramente formalistica, dovendo consistere in una menomazione delle predette libertà avente carattere generale e continuativo: non integrano, infatti, il citato elemento né una mera attenuazione del godimento, né una sospensione temporanea ed eccezionale delle garanzie costituzionali in situazioni di emergenza.

Si è, altresì, discusso in dottrina se, ai fini della configurazione del diritto di asilo, sia necessaria la lesione anche di una sola delle libertà costituzionalmente tutelate.

Sul punto, la dottrina prevalente¹³¹ ha sostenuto che la concessione dell’asilo sia necessaria anche quando solo taluna delle più importanti libertà fon-

¹³⁰ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, *Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, volume III, Milano, 1958, p. 222; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1049; A. CASSESE, *Commento all’articolo 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, volume I, p. 526-531; B. NASCEMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, p. 111 e ss.

¹³¹ P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento costituzionale italiano. Un’introduzione*, Padova, 2007, p. 68; P. BONETTI, *I profili costituzionali dell’attuazione del diritto d’asilo e del ruolo degli enti locali alla luce delle recenti politiche migratorie italiane*, in *Nuovo governo locale*, n. 3, 1997, p. 43.

damentali venga impedita, con ciò respingendo la c.d. “concezione globale” delle libertà propugnata da altra parte della dottrina¹³².

Anche la Corte costituzionale¹³³ ha avallato l’orientamento estensivo, giungendo a dichiarare l’illegittimità costituzionale della norma che prevedeva la sottoposizione alla condizione di reciprocità dell’accesso alla professione di giornalista anche per il titolare del diritto di asilo, con ciò riconoscendogli il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero mediante la stampa.

Appare, invece, palese che non potrà beneficiare del diritto di asilo colui che abbia posto in essere atti contrari alla propria Carta costituzionale, quando quest’ultima abbia carattere democratico e non sia la risultante di operazioni rivoluzionarie antidemocratiche.

Sotto l’aspetto contenutistico, va, inoltre, segnalato che il diritto di asilo ha un ambito spaziale ben determinato, poiché l’articolo 10, comma 3 della Costituzione lo circoscrive, espressamente, al territorio della Repubblica in senso stretto, che, quindi, non coincide con la più ampia sfera territoriale sulla quale si esercita la sovranità statale: si tratta, infatti, del c.d. “asilo territoriale”, o “asilo costituzionale”, che indica, secondo la dottrina¹³⁴, quel diritto accordato da uno Stato nell’ambito del territorio in cui esercita la propria potestà, in antitesi al c.d. “asilo extraterritoriale” o “asilo diplomatico”, che concerne le immunità ed i privilegi diplomatici connessi alle sedi di rappresentanza statale al di fuori dei propri confini, quali sedi diplomatiche, navi, aeromobili da guerra o adibite all’esercizio di potestà pubbliche, per le quali vigono le regole del diritto internazionale.

Ne discende, pertanto, secondo l’opinione prevalente¹³⁵, che l’asilo territoriale o costituzionale rappresenta “una fattispecie autonoma rispetto al fenomeno del rifugio o dell’asilo neutrale, che si sostanzia nell’ospitalità offerta da uno Stato neutrale, in tempo di guerra, nel proprio territorio, a navi ed aeromobili militari o a reparti di forze armate di Stati belligeranti”¹³⁶, in quanto lo Stato ospitante non si limita ad ammettere l’ingresso sul proprio territorio di persone vittime di persecuzioni, ma ne assume direttamente la protezione, non dando seguito alle eventuali richieste di consegna provenienti dal Paese da cui le stesse persone si sono allontanate.

In linea di principio, pertanto, il c.d. “asilo extraterritoriale” non rientra, almeno in via diretta, nel raggio di azione dell’articolo 10, comma 3 della Co-

¹³² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1157.

¹³³ Corte costituzionale, 23 marzo 1968, n. 11.

¹³⁴ L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, op. cit., p. 255.

¹³⁵ F. MORRONE, *L’asilo nel diritto internazionale*, in B. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d’asilo*, Padova, 2006, p. 31 e ss.; M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)*. *Diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, volume III, Milano, 1958, p. 204; A. MIGLIAZZA, *Asilo. Diritto internazionale*, in *Novissimo digesto italiano*, volume I, tomo II, Torino, p. 1039.

¹³⁶ L’espressione è di F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, op. cit., p. 50.

stituzione, sebbene parte della dottrina¹³⁷ sostenga la tesi secondo cui si tratterebbe, in ogni caso, di un diritto inviolabile dell’uomo tutelabile attraverso lo schermo dell’articolo 2.

Dal punto vista soggettivo, la disposizione costituzionale si riferisce al cittadino straniero in senso ampio, in quanto include in tale *genus* non soltanto i cittadini di altri Paesi non appartenenti all’Unione europea, ma anche gli apolidi: l’obiettivo della norma consiste, infatti, nel consentire il soggiorno nel nostro Paese a tutti i “non cittadini” ai quali sia precluso, nello Stato di appartenenza, il pieno godimento dei c.d. diritti di libertà tutelati dalla nostra Costituzione.

Giova, inoltre, precisare che la formulazione volutamente aperta della disposizione consente certamente una tutela diffusa anche in favore di quei cittadini stranieri cui sia impedito, in via generale e continuativa, l’esercizio delle libertà democratiche tutelate dalla Costituzione da parte non solo di uno Stato in senso stretto, ma anche da parte di qualsiasi altra organizzazione militare o paramilitare che ne abbia, di fatto, preso il posto.

Al fine di affrontare il complesso problema della natura giuridica della disposizione fondamentale, sembra, però opportuno verificarne lo stato di attuazione a livello della legislazione ordinaria.

Come è noto, l’articolo 10, comma 3 Cost. ha posto, in materia di asilo, una riserva assoluta e rinforzata di legge, nella misura in cui ha riservato, in via esclusiva, al legislatore ordinario la potestà di dettare la disciplina del diritto di asilo costituzionale: la dottrina maggioritaria¹³⁸ ha, infatti, affermato che la norma fondamentale prevede una riserva di legge assoluta per la fissazione delle condizioni cui potrà essere eventualmente sottoposto il diritto di asilo, essendo rigorosamente escluso che la materia sia disciplinata da norme di fonte secondaria, fatta eccezione per i regolamenti di stretta esecuzione.

Allo stato attuale, si può, certamente, affermare che il legislatore italiano non ha dato piena attuazione al disposto costituzionale, essendosi limitato a disciplinare la procedura di concessione dello *status* di rifugiato politico.

Occorre, tuttavia, procedere con ordine.

Con la Convenzione di Ginevra stipulata il 28 luglio 1951, ratificata e resa esecutiva dall’Italia con la legge 24 luglio 1954, n. 722, si era proceduto a regolamentare non l’istituto dell’asilo, bensì lo *status* di rifugiato, che identificava un istituto molto più limitato, poiché consisteva nell’obbligo da parte dello Stato ospitante di accogliere il rifugiato sul proprio territorio e non anche nell’obbligo di protezione.

In sostanza, detto obbligo coincideva con il c.d. “principio di *non refoulement*”, che consisteva nel divieto di espellere e/o di respingere un rifugiato

¹³⁷ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 217.

¹³⁸ A. CALIGIURI, *Il diritto d’asilo*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, volume I, Milanofiori Assago (MI), 2006, p. 256.

verso un Paese in cui la sua vita e/o la sua libertà sarebbero state seriamente minacciate a causa della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza ad un gruppo sociale e/o delle opinioni personali.

Giova, peraltro, sottolineare che il divieto di *refoulement*¹³⁹ assurse a regola di diritto internazionale generale o consuetudinario, nella misura in cui dopo essere stato proclamato, in modo solenne, dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, fu riconosciuto da numerosi documenti internazionali, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (articolo 14) e la Dichiarazione sull'asilo territoriale (articolo 3) adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, rispettivamente, il 10 dicembre 1948 ed il 14 dicembre 1967 con risoluzione n. 2312, nonché dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (articolo 7) adottato dalla medesima Assemblea generale il 16 dicembre 1966¹⁴⁰.

La Convenzione ginevrina enucleò, quindi, una nozione ristretta di rifugiato politico, comprensiva solo dei c.d. "rifugiati statutari", intesi come coloro che fossero stati riconosciuti come tali in forza di accordi internazionali antecedenti alla Convenzione stessa, e dei c.d. "rifugiati convenzionali", intesi come coloro che, "temendo a ragione di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, si trovassero fuori del Paese di cui erano cittadini e non potevano o non volevano, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese di cui avevano la residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non potevano o non volevano tornarvi per il timore di cui sopra".

Per dette ragioni, la dottrina è giunta ad affermare che la Convenzione di Ginevra costituisce uno strumento imprescindibile per la tutela del rifugiato, ma non contiene alcuna disposizione relativa al più ampio diritto di asilo.

Si può, dunque, affermare¹⁴¹ che la condizione giuridica del rifugiato delineata a Ginevra ruota, essenzialmente, attorno a tre criteri fondamentali, quali il trattamento nazionale, il trattamento della Nazione più favorita e il trattamento non meno favorevole rispetto a quello degli stranieri in generale.

¹³⁹ Sul divieto di *refoulement* si veda anche la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 21 ottobre 2014, Sharifi e altri c. Italia e Grecia con la quale i giudici europei hanno condannato l'Italia per la violazione del divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Cedu. Tale divieto persegue la finalità di evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale e senza, pertanto, permettere a ciascuno di loro di esporre le ragioni che potrebbero opporsi alla misura. Vedi A. SACCUCCI, *Illegittimi i respingimenti verso la Grecia dei migranti sbarcati sulle coste adriatiche*, in *Guida al Diritto* n. 2, 2015, p. 93 ss.

¹⁴⁰ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici fu ratificato e reso esecutivo dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881.

¹⁴¹ M. FERRERO, *Asilo politico, status di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, op. cit., p. 257.

Va, inoltre, posto in risalto che la legge italiana di ratifica del predetto strumento convenzionale si è avvalsa della c.d. “riserva geografica”, che limitava il riconoscimento dello status di rifugiato ai soli richiedenti provenienti dall’area europea e dell’ulteriore riserva all’applicazione degli articoli 17 e 18 della Convenzione che facevano obbligo ai Paesi contraenti di garantire ai rifugiati il miglior trattamento concesso agli stranieri per l’esercizio di un’attività salariata o autonoma.

L’Italia solo nel 1990, con la c.d. “legge Martelli¹⁴²” riusciva a dotarsi di una scarna ed essenziale normativa volta a superare la citata riserva geografica imposta dalla Convenzione svizzera e ad introdurre una disciplina procedimentale in materia di riconoscimento della condizione giuridica di rifugiato, nelle more che il Parlamento varasse una disciplina organica dell’asilo, in attuazione dell’articolo 10, comma 3 della Costituzione.

Nemmeno il c.d. Testo unico in materia di immigrazione adottato del 1998 e, tuttora, vigente, provvedeva a dare esecuzione alla norma fondamentale, essendo stato stralciato il disegno di legge sull’asilo e, poi, decaduto per cessazione anticipata della legislatura.

Fu, invece, la c.d. “legge Bossi-Fini¹⁴³” del 2002 a regolamentare, sia pure solo in modo parziale, la procedura per l’esame delle domande di asilo, in ciò supportata dalla tardiva emanazione del regolamento del 2004¹⁴⁴ e fu stabilita la giurisdizione del giudice ordinario.

In particolare, fu assegnata la competenza alle istituende Commissioni territoriali, e furono previste due tipologie di procedure, una ordinaria e l’altra semplificata.

Tuttavia, fu solo con i decreti legislativi recettivi delle direttive europee in materia che la norma costituzionale ha avuto una sostanziale attuazione.

Più precisamente, il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2004/83/CE del 29 aprile 2004, recante “*Norme minime sulla attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*”, così come il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, integrato e riveduto dal decreto legislativo 3 ottobre 2008, n. 159, ha dato esecuzione alla direttiva europea 2005/85/CE, recante “*Norme minime per le procedure*

¹⁴² Si tratta del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, recante “*Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*”.

¹⁴³ La legge 30 luglio 2002, n. 189, meglio nota come “legge Bossi-Fini”, recante “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*”, ha disciplinato il procedimento per il riconoscimento dello status di asilante secondo principi di speditezza e decentramento territoriale.

¹⁴⁴ D.P.R. 16 settembre 2004, n. 303, recante il c.d. “*Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato*”.

applicare negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato”.

7.1. Le forme di protezione internazionale

La disciplina delle diverse fattispecie di protezione internazionale è, oggi, contenuta nel citato decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, che ha dato attuazione, nell'ordinamento interno, alla direttiva 2004/83/CE, meglio nota come “*direttiva qualifiche*”.

Da tale disciplina deriva che il diritto di asilo può trovare attuazione, nel nostro ordinamento giuridico, in tre forme alternative.

La prima forma è rappresentata dalla c.d. “protezione internazionale in senso stretto”, che coincide, sostanzialmente, con lo *status* di rifugiato definito dalla Convenzione di Ginevra e dai decreti legislativi n. 251 del 2007 e n. 25 del 2008.

In tale recinto semantico rientrano i rifugiati in senso proprio, definibili come coloro che, per il fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori del territorio del paese di cui ha la cittadinanza e non può, o a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale paese, oppure apolide che si trova fuori del territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può, o non vuole farvi ritorno.

Sono, pertanto, quattro i presupposti per il riconoscimento di questa prima forma più ampia di protezione internazionale, ossia il fondato timore di una persecuzione, le particolari ragioni della stessa, la lontananza dal Paese di origine e la mancanza di protezione nel territorio di quest'ultimo.

Il primo presupposto consiste, dunque, nel fondato timore di persecuzioni, che, secondo l'interpretazione prevalente¹⁴⁵, deve risultare da un elemento soggettivo quale il timore psicologico di un dato individuo di subire una persecuzione e da un elemento oggettivo consistente nella sussistenza di determinate circostanze esterne, senza le quali non esisterebbe neppure lo stato mentale del timore. A tal proposito è necessario ricordare che l'art. 7 del d.lgs. 251/2007 ritiene atti di persecuzione quelli che, per la loro natura e frequenza, rappresentano una violazione dei diritti inviolabili contenuti nell'art. 15 par. 2 della CEDU. Importante è il riferimento al rifiuto di prestare il servizio militare in un conflitto nel quale si potrebbero commettere crimini contro la pace o l'umanità o altri reati desunti dalle cause di esclusione al riconoscimento delle misure di protezione internazionale previste dalla legge. Così come è fondamentale l'introduzione tra gli atti di persecuzione quelli diretti verso un genere sessuale e verso l'infanzia.

¹⁴⁵ L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, op. cit., p. 254.

Il secondo elemento costitutivo è rappresentato dai motivi posti a fondamento dell’atto di persecuzione, i quali dovranno essere motivi sostanzialmente discriminatori, riferiti cioè alla razza, alla religione, alla nazionalità, alla appartenenza del richiedente ad un certo gruppo sociale o alle sue opinioni politiche.

Il terzo elemento è la lontananza del potenziale rifugiato dal territorio dello Stato di provenienza.

Il quarto elemento è, poi, costituito dall’accertamento dell’insussistenza, nel Paese di origine dell’istante, di adeguate misure di protezione delle proprie libertà democratiche.

L’altra forma di protezione internazionale in senso ampio è rappresentata dalla c.d. “protezione sussidiaria”, di cui potrà beneficiare il cittadino straniero che, pur non possedendo i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, correrebbe il rischio di subire un grave danno qualora ritornasse nel suo Paese di origine o, nel caso di apolide, nel Paese nel quale precedentemente aveva la dimora

Il presupposto per il riconoscimento di tale *status* è, pertanto, costituito dal rischio reale di subire un danno grave, definito dall’articolo 14 del decreto legislativo n. 251 del 2007, come la condanna a morte o all’esecuzione della pena di morte, la tortura o altro trattamento inumano o degradante nel Paese di provenienza o, in ogni caso, la minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Dall’elencazione del citato articolo 14 deriva, dunque, che per danno grave deve intendersi l’offesa arrecata non solo alla vita ed all’integrità fisica, ma anche quella cagionata alla sfera morale e psicologica della persona.

L’ultima forma di protezione internazionale è rappresentata dalla c.d. “protezione umanitaria”, che s’identifica nel rilascio di competenza del Questore (e non delle commissioni territoriali) del c.d. “permesso di soggiorno per motivi umanitari”, previsto e disciplinato dagli articoli 5, comma 6 e 19, comma 1 del testo unico in materia di immigrazione.

Nel rinviare integralmente al paragrafo 4.5 del presente capitolo per quanto concerne la disamina dei presupposti applicativi, va qui ricordato che detta forma di protezione costituisce una figura residuale rispetto alle altre due¹⁴⁶.

Per completezza espositiva, va osservato che parte della dottrina¹⁴⁷ annovera nell’ambito del *genus* della protezione internazionale anche la c.d.

¹⁴⁶ A tal riguardo è importante sottolineare che nel c.d. “Decreto Salvini” all’art. 1 è prevista l’abrogazione della protezione umanitaria e saranno introdotti alcuni “permessi speciali” nel caso di vittime di violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo, o per chi ha bisogno di cure mediche perché si trova in uno stato di salute gravemente compromesso, o per chi proviene da un paese che si trova in una situazione di contingente ed eccezionale calamità o ancora per chi si è distinto per atti di particolare valore civile

¹⁴⁷ F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, op. cit., 237.