

Paola Balbo

L'effetto sospensivo dell'allontanamento in caso di ricorso avverso il rigetto della richiesta di asilo¹

L'[ordinanza n. 372 del 24 ottobre 2007](#) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1-ter, comma 6, del d.l. 30 dicembre 1989 n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990 n. 39, sollevata in riferimento all'art. 24 della Costituzione, dal Giudice di pace di Trieste offre lo spunto per alcune riflessioni.

L'inammissibilità viene dichiarata sulla base del difetto di rilevanza della questione. Il Giudice di pace aveva, preliminarmente al sollevamento della questione di legittimità costituzionale, disposto la sospensione del decreto di espulsione ed anche dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale superando con tale scelta, secondo la Consulta, il dubbio di costituzionalità. Quest'ultimo si originava, secondo il Giudice di pace, dal fatto che impedendo la norma censurata di sospendere il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale, si sarebbe configurata la violazione del diritto di difesa per la negazione in capo allo straniero destinatario dell'ordine di allontanamento del questore di partecipare al procedimento dinanzi al tribunale ove pende il ricorso avverso il rigetto dell'istanza di riconoscimento dello status di rifugiato. Il quadro delle interpretazioni del punto controverso viene completato dalla difesa erariale riportata nell'[ordinanza n. 372](#), difesa secondo la quale il ricorrente sarebbe incorso nell'errore di identificare “il provvedimento di rigetto della richiesta di asilo con il decreto di espulsione confondendone, conseguentemente, i relativi procedimenti, in quanto la norma censurata si limita a disciplinare esclusivamente il giudizio in ordine alla sussistenza dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato”.

Fino a qui il contenuto dell'ordinanza della Corte costituzionale.

Cosa stride in tutta la *quaestio*? Per mettere in evidenza le contraddizioni occorre tracciare una breve sintesi delle disposizioni sulle quali si basa il dispositivo impugnato per arrivare a ipotizzare quale sia la confusione di ruoli nell'iter procedimentale e quale sarebbe ad oggi il passaggio importante cui si vorrebbe suggerire al giudice di giungere, ovvero una pregiudiziale alla Corte di giustizia europea ed un contemporaneo ricorso alla Corte europea dei diritti umani. Cerchiamo di capire perché?

¹Nota a Corte cost., [ordinanza 24 ottobre 2007, n. 372](#).

L'effetto sospensivo viene prospettato in senso negativo nel Regolamento (CE) n. 343/2003 (noto come Dublino II) del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, al cui articolo 20, lett. e) si legge: "lo Stato membro richiedente notifica al richiedente asilo la decisione relativa alla richiesta allo Stato membro competente di riprenderlo in carico. Detta decisione è motivata. Essa è corredata dei termini relativi all'esecuzione del trasferimento e contiene, se necessario, le informazioni relative al luogo e alla data in cui il richiedente deve presentarsi, nel caso si rechi nello Stato membro competente con i propri mezzi. La decisione può formare oggetto di ricorso o revisione. Il ricorso o la revisione della decisione non ha effetto sospensivo ai fini dell'esecuzione del trasferimento eccetto quando il giudice o l'organo giurisdizionale competente decida in tal senso caso per caso se la legislazione nazionale lo consente"².

Si tratta di una restrizione che non trova l'eguale nella versione originale della 'Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno

² Regolamento (CE) n. 343/2003 del 18 febbraio 2003, Articolo 20

"1. La ripresa in carico di un richiedente asilo in conformità dell'articolo 4, paragrafo 5, e dell'articolo 16, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), è effettuata con le seguenti modalità:

a) la richiesta in tal senso deve contenere indicazioni che permettano allo Stato membro richiesto di verificare se è competente;

b) lo Stato membro richiesto è tenuto a procedere alle verifiche necessarie e rispondere a tale richiesta quanto prima e senza comunque superare il termine di un mese dalla data in cui è investito della questione. Quando la richiesta è basata su dati ottenuti dal sistema Eurodac, tale termine è ridotto a due settimane;

c) se lo Stato membro richiesto non comunica la propria decisione entro il termine di un mese o di due settimane di cui alla lettera b), si ritiene che abbia accettato di riprendere in carico il richiedente asilo;

d) lo Stato membro che accetta di riprendere in carico il richiedente asilo è tenuto a riammetterlo nel suo territorio. Il trasferimento avviene conformemente al diritto nazionale dello Stato membro richiedente, previa concertazione tra gli Stati membri interessati, non appena ciò sia materialmente possibile e, al più tardi, entro sei mesi dall'accettazione della richiesta di presa in carico da parte di un altro Stato membro o della decisione su un ricorso o una revisione in caso di effetto sospensivo;

e) lo Stato membro richiedente notifica al richiedente asilo la decisione relativa alla richiesta allo Stato membro competente di riprenderlo in carico. Detta decisione è motivata. Essa è corredata dei termini relativi all'esecuzione del trasferimento e contiene, se necessario, le informazioni relative al luogo e alla data in cui il richiedente deve presentarsi, nel caso si rechi nello Stato membro competente con i propri mezzi. La decisione può formare oggetto di ricorso o revisione. Il ricorso o la revisione della decisione non ha effetto sospensivo ai fini dell'esecuzione del trasferimento eccetto quando il giudice o l'organo giurisdizionale competente decida in tal senso caso per caso se la legislazione nazionale lo consente.

Se necessario, lo Stato membro richiedente rilascia al richiedente asilo un lasciapassare conforme al modello adottato con la procedura di cui all'articolo 27, paragrafo 2.

Lo Stato membro competente informa lo Stato membro richiedente dell'arrivo a destinazione del richiedente asilo o, eventualmente, del fatto che il medesimo non si è presentato nei termini prescritti.

2. Se il trasferimento non avviene entro sei mesi, la competenza ricade sullo Stato membro nel quale è stata presentata la domanda d'asilo. Questo termine può essere prorogato fino a un massimo di un anno se non è stato possibile effettuare il trasferimento o l'esame della domanda a causa della detenzione del richiedente asilo, o fino a un massimo di diciotto mesi qualora il richiedente asilo si sia reso irreperibile.

3. Le norme relative alle prove e agli indizi, alla loro interpretazione, nonché all'emissione ed alle modalità di trasmissione delle richieste sono adottate secondo la procedura di cui all'articolo 27, paragrafo 2.

4. Norme complementari concernenti l'esecuzione dei trasferimenti possono essere adottate in conformità della procedura di cui all'articolo 27, paragrafo 2".

degli stati membri delle Comunità Europee' (Convenzione di Dublino I) firmata 15 giugno 1990 al cui articolo 11 l'effetto sospensivo non era escluso. Vi si legge infatti: "Il trasferimento del richiedente l'asilo dallo Stato membro ove è stata presentata la domanda di asilo allo Stato membro competente deve avvenire al massimo un mese dopo l'accettazione della richiesta o un mese dopo la conclusione della procedura contenziosa eventualmente avviata dallo straniero contro la decisione di trasferimento qualora la procedura ha effetto sospensivo"³. In ogni caso si tratta di una clausola restrittiva riferita ad una ipotesi specifica, per altro oggetto da tempo di ampie critiche da parte di autorità giudiziarie nazionali e associazioni.

Se andiamo a verificare le direttive in materia di asilo scopriamo qualcosa di più. La direttiva 2005/85/EC del 1° dicembre 2005 contiene l'articolo 7 la cui rubrica così recita: "Diritto di restare nello Stato membro durante l'esame dell'istanza" e che si compone di due commi nel primo dei quali viene detto che i richiedenti asilo saranno autorizzati a rimanere nello Stato membro ai soli fini della procedura fino al momento in cui l'autorità incaricata di valutare abbia deciso nel rispetto delle procedure previste dal capitolo III della stessa direttiva. Al secondo comma si pone una clausola limitativa consentendo agli Stati membri una eccezione al disposto del primo comma nei casi, ma solamente in quelli, disciplinati dagli articoli 32 e 34, in cui una richiesta successiva non sia poi fatta oggetto di un ulteriore esame o i richiedenti siano soggetti a consegna o estradizione in applicazione degli obblighi derivanti dal mandato d'arresto europeo o a corti penali internazionali. Il terzo capitolo (articoli da 23 a 36) si sofferma quindi sull'esame delle procedure connesse alle istanze presentate dai richiedenti asilo. Le procedure di appello sono fatte oggetto del quinto capitolo (articolo 39). Vale in generale la chiusa del primo comma dell'articolo 7, ultima frase, che detta una clausola precisa secondo la quale il diritto a restare [si intende per il tempo necessario

³ *Convenzione di Dublino, 15 giugno 1990, Art. 11:*

"Se lo Stato membro al quale una domanda di asilo è stata presentata ritiene che la competenza per l'esame di detta domanda incomba ad un altro Stato membro, esso può richiedere a quest'ultimo di accettare l'interessato quanto più rapidamente possibile e comunque entro sei mesi dalla presentazione della domanda di asilo.

Se la richiesta non è formulata entro sei mesi, l'esame della domanda di asilo è di competenza dello Stato al quale la domanda di asilo è stata presentata.

La richiesta deve essere corredata dei dati occorrenti alle autorità dello Stato cui è stata sottoposta la richiesta per poter riconoscere la competenza di questo Stato in base ai criteri definiti dalla presente convenzione.

La determinazione dello Stato competente in applicazione di tali criteri è effettuata sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente l'asilo ha presentato per la prima volta la sua domanda ad uno Stato membro.

Lo Stato membro ha l'obbligo di pronunciarsi in merito alla richiesta entro tre mesi dalla data di presentazione della stessa. La mancata risposta alla scadenza di tale termine equivale all'accettazione della richiesta.

Il trasferimento del richiedente l'asilo dallo Stato membro ove è stata presentata la domanda di asilo allo Stato membro competente deve avvenire al massimo un mese dopo l'accettazione della richiesta o un mese dopo la conclusione della procedura contenziosa eventualmente avviata dallo straniero contro la decisione di trasferimento qualora la procedura ha effetto sospensivo.

Le modalità specifiche per l'accettazione dell'interessato potranno essere ulteriormente precisate da disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 18".

all'esame della domanda di asilo] non costituisce titolo al permesso di soggiorno. La valutazione sull'effetto sospensivo per poter esercitare il diritto di difesa in caso di appello viene pertanto giocato, fatta salva seppure contestabile la disposizione normata dal Regolamento Dublino II che si riferisce ad una specifica ipotesi, sull'articolo 39 citato ed in particolare sul comma 2: "Gli Stati membri stabiliranno i tempi massimi e le altre regole necessarie per dar modo al richiedente di esercitare il proprio diritto ad un effettivo rimedio nelle ipotesi elencate nel primo comma", vale a dire il diritto di esercitare il diritto di appello davanti ad un tribunale contro:

- a) una decisione presa circa la domanda di asilo, che comprende una decisione:
 - (i) a valutare una richiesta inammissibile in conformità all'art. 25 comma 2,
 - (ii) presa alla frontiera o nelle zone di transito di uno Stato membro, come descritto dall'art. 35 comma 1,
 - (iii) di non eseguire un esame in conformità all'art. 36;
- b) un rifiuto di riaprire l'esame di una richiesta dopo la cessazione in applicazione degli articoli 19 e 20;
- c) una decisione per non esaminare oltre una successiva domanda ai sensi degli articoli 32 e 34;
- d) una decisione che rifiuti l'ingresso entro i limiti della decisione quadro delle procedure previste al comma 2 dell'art. 35;
- e) una decisione di interruzione dello status di rifugiati ai sensi dell'art. 38.

Si aggiunge, sotto il profilo strettamente normativo anche l'art. 21 della direttiva 2003/9/EC del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri. In detto articolo, rubricato 'Mezzi di ricorso', si stabilisce che "1. Gli Stati membri garantiscono che le decisioni negative relative alla concessione di benefici ai sensi della presente direttiva o le decisioni adottate a norma dell'articolo 7 che riguardano individualmente i richiedenti asilo possano essere impugnate secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale. Almeno in ultimo grado è garantita la possibilità di ricorso o revisione dinanzi a un organo giudiziario.

2. Le modalità di accesso all'assistenza legale in siffatti casi sono stabilite dal diritto nazionale".

Appare evidente da quanto richiamato che la direttiva 2005/85/EC sugli standards minimi sulle procedure negli Stati membri per il riconoscimento e la cessazione dello status di rifugiato include un diritto esplicito ad un rimedio effettivo davanti ad un tribunale. Secondo il predetto articolo 39, il richiedente asilo può esercitare tale diritto non solo contro le decisioni riguardanti la sua richiesta o contro i dinieghi di riaprire l'esame delle istanze, ma anche contro il diniego di ingresso alle frontiere o nelle zone di transito e contro le decisioni di interruzione dello status di rifugiato. Il

punto che qui interessa è rappresentato tuttavia dal diritto di rimanere sul territorio in attesa dell'esito dell'appello, punto sul quale la direttiva lascia un margine di discrezionalità ai singoli Stati e al tempo stesso appare più restrittivo di quanto non fosse stato alla vigilia della approvazione della direttiva. Il Comitato del Parlamento europeo LIBE (*Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*) aveva proposto di assicurare che i rimedi legali contro il rifiuto di un asilo dovessero sempre avere come effetto di permettere al richiedente di rimanere nello Stato membro fino alla decisione della causa. L'effetto sospensivo dell'appello, dunque, costituirebbe una salvaguardia critica dal momento che molti rifugiati sono riconosciuti solo nel corso del processo di appello e una erronea determinazione in prima istanza avrebbe serie conseguenze. L'unico strumento che nella formulazione definitiva è rimasta deriva proprio dal secondo comma dell'art. 39, ovvero che le regole proprie dello Stato membro dovrebbero essere in accordo con gli obblighi internazionali assunti dagli stessi Stati membri. Contemporaneamente l'effetto sospensivo, negato sulla base della considerazione che la decisione negativa di prima istanza comporta come conseguenza il potere delle autorità di espellere lo straniero⁴, tuttavia non ne determina la tassatività dal momento che se una data per l'espulsione non è stata stabilita (ovvero non sia stato emesso un decreto di espulsione), questa non appare essere imminente. È altresì vero che si tratta di una questione rispetto alla quale lo stesso Alto Commissariato per i Rifugiati delle Nazioni Unite in un parere del giugno 2003 sull'*Aliens Act* 2000 olandese ha concluso nel senso di affermare la difficoltà di concedere l'effetto sospensivo in caso di ricorso, ma è pur vero che tale riflessione viene strettamente correlata ad una procedura specifica, quella accelerata. In ogni caso la difficoltà non deve leggersi come impossibilità formale e in tal senso la tesi dell'UNHCR è la seguente:

“Given the potential serious consequences of an erroneous first instance decision (...) withholding expulsion until at least one proper review of the decision has been taken is a fundamental protection guarantee. Suspensive effect should therefore in principle be granted in asylum cases. Exceptionally, in cases that can be considered manifestly unfounded or clearly abusive as outlined above, automatic suspensive effect could be lifted. However, in such cases, there should be an effective means to request suspensive effect, based on a review of the facts of the asylum case. Further, material support should not be terminated until the deadline for requesting review of the case has passed, or until a decision on suspensive effect has been taken. Where it is granted, material assistance should continue to be provided until a final decision has been taken”.

La questione appare dunque decisa se si guarda al Regolamento Dublino II che esclude la possibilità dell'effetto sospensivo. Non appare risolta nelle altre ipotesi. Se parte delle legislazioni

⁴ In tal senso, ad esempio, Council of State decision n. 200101994/1 of 29 May 2001, JV 2001/166 (Netherlands).

europee lo escludono⁵, non è tuttavia fissata la tassativa applicazione dell'effetto non sospensivo. Dunque la ricostruzione giuridica internazionale comunitaria capace di giustificare da un lato una pregiudiziale alla Corte di giustizia europea sulla contraddizione rispetto alle disposizioni comunitarie e dall'altro alla Corte europea dei diritti umani costituisce il nucleo della riflessione. Per farlo occorre agganciare le disposizioni fin qui richiamate alle giurisprudenze delle corti europee. La direttiva sulle procedure, 2005/85/EC, apre con tutta evidenza ad una impostazione restrittiva nella fase di appello consentendo l'allontanamento (*deportation*) dal momento che stabilisce non tanto un diritto di appello in quanto tale, quanto piuttosto un 'diritto ad un rimedio effettivo davanti ad una corte o un tribunale'. Ciò comporta che gli Stati membri debbano adottare, per quanto appropriate, regole in accordo con i loro obblighi internazionali, come per altro ribadito più volte fin qui, specificando se il rimedio ha effetto sospensivo. A tal riguardo la giurisprudenza della CEDU ha avuto modo di rilevare come in materia di rimedi effettivi l'appello debba comportare un effetto sospensivo⁶, nel senso che costituisce un dovere da parte dello Stato fissare la necessità di una tale tutela. Se a ciò si aggiunge la decisione della [Corte europea di giustizia del 1986](#)⁷ nella quale si ricorda come, fra i principi generali della Comunità europea, il diritto alla protezione giudiziaria effettiva sia ben definita e come la legge comunitaria richieda un esame giudiziale effettivo delle decisioni delle autorità nazionali prese in applicazione di disposizioni di legge europea. Al contempo va previsto un accrescimento del diritto all'effetto sospensivo in fase di appello e la stessa Corte europea dei diritti umani appare sembra inglobare il principio del pieno effetto sospensivo in quello della totale salvaguardia basata sui potenziali effetti di un errato allontanamento ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea per i diritti umani⁸.

⁵ P. BALBO, *Rifugiati e asilo. Il diritto reale soffocato: excursus tra direttive europee e leggi nazionali* (Halley ed., 2007).

⁶ CEDU, [Jabari v Turkey, Application n. 40035/98, 7 March 2000](#). Anche [Conka v Belgium, Application n. 51564/99, 9 February 2001](#).

⁷ ECG, [Case C-222/84 Johnston \[1986\] ECR 1651 4097](#).

⁸ R. BYRNE, *Remedies of Limited Effect* (2005), in *European Journal of Migration and Law* 71, 80.