

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2018

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

di Nazzarena Zorzella

Abstract: La protezione umanitaria, ex art. 5, co. 6 TU d.lgs. 286/98, è un istituto che esiste dal 1998, come diritto autonomo accertabile in tutte le situazioni nelle quali il permesso di soggiorno non risponda ai requisiti ordinari previsti dal TU, ma sottendano seri motivi di carattere umanitario, o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali. Pur essendo un istituto autonomo, è stato per anni disapplicato ed ha avuto una improvvisa estesa applicazione, negli ultimi anni, all'interno del sistema della protezione internazionale, di cui ai d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 25/2008. Il saggio si propone di cercare una definizione giuridica dei tre presupposti dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, applicabili in ogni situazione in cui vengano in rilievo, evidenziando l'ampia platea dei diritti costituzionali ed internazionali che vanno tenuti in considerazione, escludendo qualsiasi approccio caritatevole. La conseguenza è che la protezione umanitaria non può essere ritenuta misura residuale, avendo una solida base costituzionale. Viene, inoltre, messa in discussione la giurisprudenza della Corte di cassazione su alcuni aspetti interpretativi dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, tra i quali la ricomprensione dell'asilo costituzionale nell'ambito della protezione umanitaria, l'esclusione della povertà e dei fattori di integrazione sociale dal sistema della protezione, l'ambigua esclusione per l'instabilità politica del Paese di origine. Infine, il saggio cerca di riproporre l'autonomia dell'asilo costituzione, ex art. 10, co. 3 Cost., evidenziando le differenze rispetto alla protezione umanitaria.

Abstract: The Italian legal order provides for Humanitarian protection (art. 5.6, d.lgs. 286/98) since 1998; it is useful when – according to the personal situation – human beings do not meet the requirements foreseen by d.lgs 286/98 for the permit to stay, but there are serious humanitarian reasons, or reasons deriving from constitutional or international obligations. Not frequently applied in the past, a wide use of this legal institution happened in the last years within the system of international protection (Legislative Decree 251/2007 and Legislative Decree 25/2008). The article aims to a legal analysis of the requirements provided for humanitarian protection according to art. 5.6, d.lgs.286/98, from the perspective of constitutional and international law; it reaffirms that any charitable approach must be excluded, as humanitarian protection has a solid constitutional basis. Furthermore, the article develops a critical analysis of the Corte di Cassazione (Supreme Court) case law on the relation between asylum and humanitarian protection and on the exclusion of poverty, of social integration factors and of the political instability of the Country of origin from the protection system. In the end the article focuses on the right to asylum according to art. 10.3 of the Constitution, pointing out the existing differences with the Humanitarian protection.

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

di Nazzarena Zorzella*

«Solitamente il termine profugo designava una persona costretta a cercare asilo per aver agito in un certo modo o per aver sostenuto una certa opinione politica. È vero, noi abbiamo dovuto cercare asilo, tuttavia, non abbiamo fatto nulla e la maggior parte di noi non si è mai sognata di avere un'opinione politica radicale.

Con noi il significato del termine profugo è cambiato. Ora profughi sono quelli di noi che hanno avuto la grande sfortuna di arrivare in un paese nuovo senza mezzi, e che per questo hanno bisogno dell'aiuto dei Refugee Committées».

Hanna Arendt, *Noi profughi*, 1943

SOMMARIO: 1. Premessa. L'asilo costituzionale. – 2. Ulteriore premessa. La disciplina europea della protezione internazionale. – 3. La protezione umanitaria “ordinaria” ex art. 5, co. 6 TU 286/98. – 4. La protezione umanitaria non è una tutela temporanea. – 5. La protezione umanitaria e l'art. 19, co. 1 e 1-bis TU 286/98. – 6. I tre presupposti della protezione umanitaria. – 7. La protezione umanitaria all'interno del sistema della protezione internazionale. I dati e i fondamenti giuridici. – 8. I principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Alcune criticità. – 9. La protezione umanitaria, la povertà, l'integrazione sociale. – 10. L'instabilità socio-politica del Paese di origine e la protezione umanitaria. – 11. L'asilo costituzionale e la protezione internazionale ed umanitaria. – 12. Brevi conclusioni in un percorso appena iniziato.

1. Premessa. L'asilo costituzionale

In Italia il diritto d'asilo trova la sua primaria fonte nell'art. 10, co. 3 della Costituzione, che riconosce protezione allo straniero *«al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana»*. Inserito nella norma generale di garanzia fondamentale della persona straniera (l'art. 10 per l'appunto, che ne àncora la condizione giuridica alla legge, sottraendola all'arbitrio della pubblica amministrazione e pretendendo che la legge stessa sia conforme alle norme ed ai Trattati internazionali), il comma 3 delinea la tutela massima della protezione statale

* Avvocata ASGI in Bologna. L'articolo è il frutto delle riflessioni del lavoro professionale quotidiano, ma anche delle sollecitazioni, preziosissime, ricevute all'interno della mailing-list ASGI e Malta2013. Il confronto tra i diversi attori della “questione asilo” (a cui manca, per l'onore del vero, il protagonista principale del diritto di cui trattiamo, la persona straniera richiedente la protezione) è essenziale per provare a dare concretezza ed effettività ad un diritto così politicamente e socialmente osteggiato, quanto giuridicamente essenziale per la democrazia.

per colui che nel proprio Paese soffra l'effettiva compressione delle libertà democratiche sancite dalla nostra Costituzione. Norma che ha voluto invertire radicalmente ed irreversibilmente la rotta rispetto al periodo fascista (che quelle libertà aveva violentemente negato, costringendo all'espatrio forzato migliaia di italiani), nel contempo attribuendo una natura universale alle libertà fondamentali ritenute imprescindibili per ogni essere umano.

La dottrina ha dibattuto a lungo sulla natura precettiva o programmatica dell'art. 10, co. 3, se cioè avesse bisogno, per essere concretamente applicato, di una specifica legge e la conclusione è arrivata nel 1997 dalla giurisprudenza in sede di regolamento di giurisdizione. La Corte di cassazione a Sezioni Unite, infatti, con la sentenza n. 4674/97, nel dichiarare la giurisdizione ordinaria delle cause per il riconoscimento dell'asilo politico, ha affermato che *«il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata»*.

Dunque, l'accertamento della negazione delle libertà costituzionali è di per sé motivo per il riconoscimento dell'asilo politico.

Nell'occasione, la Cassazione ha abbozzato anche la distinzione tra rifugio politico, ex Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, e asilo politico costituzionale: *«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, co. 3, Cost.»*.

Affermata, dunque, l'immediata precettività dell'art. 10, co. 3 Cost. e la natura di diritto soggettivo, la Cassazione l'ha però circoscritto al diritto di ingresso (per chiedere il riconoscimento dell'asilo politico), a differenza dello *status* di rifugio politico il cui riconoscimento comporta una ben precisa condizione giuridica, disciplinata dalla legge allora vigente, n. 39/90. Limitazione che troverebbe giustificazione proprio nell'assenza di una legge attuativa, prevista dall'art. 10, co. 3 (*«ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge»*), che ne *«specifici le condizioni di esercizio e le modalità di godimento»*.

La mancanza di un procedimento amministrativo o giurisdizionale tipizzato, tuttavia, non esclude che l'asilo politico sia riconoscibile direttamente dal giudice (data la natura precettiva della norma), con la conseguenza che nel momento in cui avvenga, il contenuto

del diritto non potrà che essere, oggi, quello della parità di trattamento rispetto al cittadino nazionale, ai sensi dell'art. 2, co. 2 TU 286/98. Il riconoscimento del diritto *ex art. 10, co. 3 Cost.*, infatti, comporta inevitabilmente quello al rilascio del permesso di soggiorno e dunque l'applicazione di quel principio di parità, con la garanzia aggiuntiva del divieto di espulsione permanente (fin quando permane lo *status*).

In una successiva pronuncia, sempre a Sezioni Unite, la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha ribadito la differenza tra asilo costituzionale e rifugio politico e la natura di *status* e di diritto soggettivo di entrambi, «*con la conseguenza che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva*» (Cass. SU n. 907/1999¹).

Evidente, però, che l'assenza di una legislazione di attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost. (nonostante siano passati 70 anni dall'entrata in vigore della Carta e vari progetti siano stati presentati) può comportare nella pratica vari problemi, anche a causa della scarsissima applicazione della disposizione costituzionale².

Uno dei casi più noti di applicazione diretta della norma costituzionale è certamente quello di Ocalan (capo del partito curdo PKK, considerato gruppo terrorista dallo Stato turco), a cui nell'ottobre 1999 il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'asilo politico *ex art. 10, co. 3 Cost.*³, senza che la sua richiesta sia passata preventivamente attraverso l'allora previsto procedimento di rifugio politico *ex* Convenzione di Ginevra del '51, secondo gli artt. 1 e ss. d.l. n. 416/89. Sentenza che ha fatto tesoro dei principi espressi nella sopra richiamata pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, sia come applicazione diretta della norma costituzionale, sia nel distinguerla dal rifugio politico. In essa, infatti, il Tribunale ha verificato non tanto la posizione soggettiva di Ocalan (cioè la sua individuale persecuzione) quanto la negazione concreta in Turchia di svariate libertà democratiche nei riguardi del popolo curdo e/o di coloro che ne rivendicavano l'esistenza e la parità, laddove il collegamento tra tale accertamento e il richiedente asilo era proprio il suo essere curdo e leader di un partito ritenuto illegale perché combatteva, anche armato, per la libertà di quel popolo.

Decisione estremamente interessante sotto vari profili, non da ultimo il fatto che è intervenuta quando Ocalan era già uscito dal territorio italiano ed era stato catturato, in Kenia, dalla polizia turca e ristretto in carcere, ove si trova tutt'ora. Nonostante l'assenza dal territorio italiano, il giudice romano ha affermato l'irrelevanza della presenza sul

1. In questa *Rivista*, n. 1.2000, p. 98 e ss., con Scheda di L. Trucco.

2. Sull'asilo costituzionale si vedano P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004, p. 1136 ss. e ivi L. Neri, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, p. 1189 ss.

3. In questa *Rivista*, n. 3.1999, p. 101 ss., con Scheda della redazione.

territorio nazionale in quanto requisito non richiesto dall'art. 10, co. 3 Cost., ed ha ritenuto sussistente l'interesse ad agire di Ocalan «*anche se assume, nel quadro attuale, una valenza ridotta (ma non meramente teorica) rispetto alla pienezza del diritto d'asilo e, nel contempo, una pregnanza più forte per effetto del preciso riferimento ideale che contiene*» (p. 24).

Pronuncia che rappresenta, all'evidenza, un potenziale formidabile sviluppo dell'asilo costituzionale, non ancorato alla specificità della persecuzione individuale (a differenza del rifugio politico *ex* Convenzione di Ginevra), quanto alla verifica della negazione delle libertà democratiche costituzionali, cioè quantomeno tutte quelle racchiuse nel Capo I della Carta fondamentale italiana. Ma ancor di più assume importanza per la negazione della necessità della presenza sul territorio dell'asilante ai fini dell'accertamento del diritto/*status*, espandendo ben oltre i confini nazionali l'efficacia della norma costituzionale⁴.

Se, infatti, l'art. 10, co. 3 Cost. individua nella compressione delle libertà costituzionali la giustificazione della protezione, se la (mancata) legge di attuazione ne può solo definire le modalità di esercizio ed il contenuto, se il diritto è dichiarato e non costituito in quanto preesiste al suo riconoscimento formale, e infine se quel riconoscimento non è condizionato dalla presenza del titolare dello *status*, sono intuitive le conseguenze per tutti coloro che, negli ultimi anni, sono respinti nel Mediterraneo, impedendo l'ingresso per chiedere asilo o la protezione internazionale. Ognuno di loro può potenzialmente chiedere al giudice ordinario il riconoscimento dell'asilo *ex* art. 10, co. 3 Cost., dimostrando di appartenere ad uno Stato nel quale sono negate, in concreto, le libertà fondamentali garantite dalla nostra Costituzione.

Del resto, nella pronuncia a Sezioni Unite del 1999 (n. 907) la Corte di cassazione ha riconosciuto il diritto all'ingresso del potenziale richiedente asilo, ciò che antepone il diritto ad un momento antecedente l'ingresso sul territorio nazionale, ovverosia per qui esplicitare la domanda d'asilo.

Si porrà il problema, certo, dell'esecuzione concreta di un'eventuale pronuncia di riconoscimento in assenza del titolare dello *status* in Italia, ma certamente si può ipotizzare la responsabilità, anche risarcitoria, dello Stato italiano per l'omissione di

4. Cfr. M. Benvenuti, *Andata e ritorno dell'asilo costituzionale*, in questa *Rivista* n. 2.2010, p. 36 e ss.

Va evidenziato, in proposito, che anche nel sistema della protezione internazionale la Corte di cassazione sembra aderire a quei principi, ritenendo, ad esempio, l'irreperibilità un requisito non previsto dalla normativa (Cass. 21667/2013: «*Il giudice di secondo grado ha erroneamente ancorato la concessione della misura all'ulteriore presupposto della reperibilità dell'immigrato, elemento che esula dai requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento della protezione internazionale*»).

attività finalizzate a rendere effettivo quel diritto già riconosciuto, o per avere attivamente impedito l'ingresso in Italia per ottenerlo.

Un ambito di applicazione senz'altro ancora da esplorare, ma non per questo non percorribile e soprattutto estremamente attuale, considerati i vari impedimenti frapposti all'arrivo in Italia di potenziali richiedenti asilo o protezione internazionale.

2. Ulteriore premessa. La disciplina europea della protezione internazionale

In assenza di attuazione legislativa dell'art. 10, co. 3 Cost., l'Italia si è, molto lentamente, dotata di una disciplina di applicazione della stessa Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, pur ratificata sin dal 1954, tant'è che solo alla fine del 1989⁵ ha eliminato la riserva geografica apposta al momento della ratifica, così comprendendo nell'ambito di applicazione tutti i potenziali richiedenti asilo e non più solo i cittadini europei, nel contempo delineando il procedimento per il riconoscimento dello *status*. Conseguentemente è stata adottata anche una regolamentazione dell'accoglienza dei richiedenti asilo, prima totalmente assente.

Un sistema che si è mostrato, però, presto inadeguato, non solo per l'inevitabile aumento delle richieste dovuto all'allargamento dei destinatari⁶, ma anche per le intervenute diverse esigenze di protezione dei richiedenti asilo, le cui caratteristiche e i cui bisogni sono mutati con il mutare degli scenari socio-politici mondiali, nei quali la figura del perseguitato politico "classico" è andata via via sfumando o meglio altre figure ed altri bisogni si sono aggiunti. È stato, tuttavia, necessario attendere fino alla seconda metà degli anni 2000 per avere un sistema giuridico più strutturato, ciò che è avvenuto per effetto delle Direttive europee di quel periodo⁷, che da un lato hanno ampliato la protezione oltre le previsioni della Convenzione di Ginevra del 1951, introducendo una forma complementare ad essa ovvero la protezione sussidiaria, così comprendendo categorie di potenziali destinatari più ampie, dall'altra configurando un procedimento tipicizzato per il riconoscimento e definendo il contenuto del diritto stesso.

L'attuale sistema giuridico italiano dell'asilo politico, generalmente inteso, è il prodotto, dunque, prevalentemente di disposizioni di derivazione europea, con le quali

5. Con d.l. n. 416/89, convertito con modifiche nella l. n. 39/90, c.d. legge Martelli.

6. Per una panoramica delle domande di asilo dal 1990 al 2016 si veda l'interessante *Quaderno statistico dal 1990 al 2016*, della Commissione nazionale asilo, in http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990-2016_.pdf.

7. Direttiva 2004/83/CE (oggi sostituita da Direttiva 2011/95/UE), sull'attribuzione della qualifica di protezione internazionale; Direttiva 2005/85/CE (oggi sostituita da Direttiva 2013/32/UE) sulle procedure di riconoscimento; Direttiva 2003/9/CE (oggi sostituita da Direttiva 2013/33/UE) sull'accoglienza dei richiedenti asilo.

l'Unione europea, oramai spazio geografico senza frontiere, ha cercato di delineare un sistema europeo comune per creare condizioni analoghe nei vari Paesi membri (di accoglienza, di riconoscimento e di trattamento), partendo da un'esigenza, sempre più chiara e sempre più forte negli anni, di distribuire tra i vari Stati membri la responsabilità dei rifugiati. Ripartizione che ha la sua base fondamentale nella Convenzione di Dublino del giugno 1990, cui sono seguiti il Regolamento n. 343 del 2003 (cd. Dublino II) e da ultimo il Regolamento n. 604 del 2013 (cd. Dublino III).

L'intero "pacchetto" europeo è oggi in fase di profonda rivisitazione e non può non notarsi come le modifiche in discussione siano determinate non tanto o non solo dall'esigenza di eliminare condizioni effettive assai diverse da Stato a Stato, quanto dalla recente impennata delle richieste di protezione in Europa⁸ e dalla indisponibilità di ogni Stato membro o della maggioranza di essi di farsi carico di tale aumentata responsabilità⁹. Nonostante in questi ultimi anni l'Europa sia stata destinataria di un numero notevolmente inferiore a quello che ha caratterizzato altri Paesi nel mondo¹⁰, a partire dal 2015 l'aumento di richiedenti asilo ha spaventato l'Unione europea, che ha predisposto una serie di azioni, normative e politiche, sostanzialmente finalizzate a frenare l'arrivo dei potenziali asilanti, in ciò avallata o anticipata o seguita da azioni svolte da singoli Stati membri¹¹.

Non è questa la sede per analizzare la politica europea e dei singoli Stati membri in materia¹², ma non può non evidenziarsi che già nel 2016 si è assistito ad un notevole calo degli arrivi – certamente per effetto anche e soprattutto dell'Accordo (o non-Accordo) con

8. Conseguente a svariati fattori: la dissoluzione di vari Stati nel nord Africa e nel Medio Oriente (Libia e Siria, in primo luogo); le guerre civili africane, l'aggravamento di regimi dittatoriali nel continente africano; la grave instabilità di Paesi asiatici; il peggioramento, in generale, delle condizioni economiche di Paesi già caratterizzati da forte povertà; le conseguenze di gravi mutamenti climatici.

9. Si veda il documento ASGI del settembre 2017, I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto d'asilo.

https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_9_Articolo_politiche-UE_ok.pdf.

10. In Turchia ci sono 3.116.156 richiedenti asilo, in Libano 1.013.303, in Sudan 2.704.048, ecc.; si vedano i dati statistici UNHCR in http://popstats.unhcr.org/en/overview#_ga=1.205509144.941880396.1453462779.

Si veda anche il Rapporto SPRAR, Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017, p. 253 ss., in

http://www.sprar.it/wp-content/uploads/2017/11/Rapporto_protezione_internazionale_2017_extralight.pdf.

Per la versione sintetica: <http://www.sprar.it/wp-content/uploads/2017/11/2-Sintesi-Rapporto-Protezione-2017.pdf>.

11. Si pensi, ad esempio, ai vari accordi-memorandum-patti, ecc., posti in essere dall'Italia con Paesi come il Sudan, l'Egitto, il Niger e non da ultimo con la Libia. In generale, per una panoramica dei vari accordi tra Unione europea o tra singoli Stati membri e Paesi terzi, si vedano i due volumi della *Rivista*, nn.1-2.2016 e 3-4.2016.

12. Cfr. ASGI settembre 2017, I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo.

https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_9_Articolo_politiche-UE_ok.pdf.

la Turchia, che ha bloccato la cd. rotta balcanica¹³ – e ad un’ulteriore diminuzione nel 2017, per effetto dell’Accordo Italia-Libia. Diminuzione che è andata, però, di pari passo con una evidente ed oggettiva restrizione dei diritti dei potenziali richiedenti asilo e di violazione di norme internazionali, a partire dal divieto di *refoulement*, imprescindibile per garantire a chiunque di accedere sul territorio europeo e così alla procedura per il riconoscimento della protezione internazionale.

Neppure può sottacersi che, a livello legislativo, le riforme in discussione nell’Unione europea riguardano non tanto o non solo i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale (comprensiva delle due forme del rifugio politico e della protezione sussidiaria) quanto e soprattutto modifiche procedurali e dello stesso diritto di chiedere il riconoscimento dell’asilo, prefigurando l’esclusione *ex lege* alla procedura, e dunque al diritto alla protezione, per la mera provenienza da Paesi ritenuti sicuri o da Paesi terzi sicuri, così da escludere *ab origine* la responsabilità giuridica in capo agli Stati membri dell’Unione.

In questo scenario, di progressiva restrizione del diritto d’asilo, l’analisi qui proposta riguarda una *tutela diversa* dalla protezione internazionale di derivazione europea¹⁴, ovvero la protezione umanitaria.

3. La protezione umanitaria “ordinaria” ex art. 5, co. 6 TU 286/98

La protezione umanitaria, prima di costituire la forma residuale di tutela rispetto alla protezione internazionale, è un istituto giuridico a sé, introdotto sin dal 1998 dalla legge n. 40/98 (cd. Turco-Napolitano), poi trasfusa nel TU immigrazione d.lgs. 286/98. L’art. 5, co. 6 TU immigrazione prevede, infatti, in via generale, che, nel caso in cui non vi siano i presupposti per il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno secondo le ordinarie regole, il questore debba comunque rilasciarlo in presenza di «*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*».

È un diritto, pertanto, che va chiesto direttamente al questore, che è tenuto a verificare l’esistenza dei presupposti della disposizione e, in caso di diniego, è ricorribile davanti all’autorità giudiziaria ordinaria, sottendendo un diritto soggettivo (Cass. SU n. 11535/2009, SU n. 19393/2009).

13. ASGI, Esperimento Grecia: un’idea di Europa. Il sistema di asilo greco ad un anno dall’Accordo/Dichiarazione UE-Turchia,

<https://pushandback.files.wordpress.com/2016/07/unidea-di-europa-it.pdf>.

14. Per l’Italia rappresentato dal d.lgs. 251/2007 (attuazione della Direttiva 2004/83/CE, successivamente rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE), dal d.lgs. 25/2008 (attuazione della Direttiva 2005/85/CE, rifiuta nella Direttiva 2013/32/UE), dal d.lgs. 142/2015 e dal d.p.r. 21/2015.

Il tenore della norma esclude ogni discrezionalità in presenza di uno dei tre presupposti, lasciando margine per una sola valutazione tecnica sulla sussistenza di uno di essi (Cass. SU 19393/2009). Nella prassi si assiste, invece, sul piano amministrativo ad una enorme discrezionalità che spesso sconfinava con un giudizio di *opportunità*, mentre sul piano giudiziario la difformità delle pronunce denuncia la difficoltà di individuare esattamente uno o più dei presupposti indicati dalla norma e di collegarli con la specifica condizione di colui che chiede il riconoscimento di questa tutela. Difficoltà che si nota prevalentemente quando essa è inserita nel sistema della protezione internazionale, ambito certamente più esplorato negli ultimi anni, per le ragioni che si analizzeranno nei successivi paragrafi ad essa dedicati.

L'art. 5, co. 6 TU è l'unica disposizione qualificata e riconosciuta come umanitaria, anche se altre tipologie di tutela del medesimo TU fanno ad essa riferimento, direttamente o implicitamente, condividendone la natura derogatoria, oltre che, per certi versi, la particolare vulnerabilità della persona e pertanto assumendone la qualificazione stessa. Si pensi, ad esempio, alla protezione sociale *ex art.* 18 (per le vittime di sfruttamento criminale e per coloro che hanno subito condanna per reati commessi durante la minore età), o all'art. 18-*bis* (per le vittime di violenza domestica) o all'art. 22, co. 12-*quater* (per le vittime di grave sfruttamento lavorativo) e, non da ultimo, all'art. 19, co. 1 (integrato oggi con il co. 1-*bis*) del TU (sui divieti di respingimento ed espulsione in ragione di determinati fattori o quando vi sia rischio di assoggettamento a tortura)¹⁵.

Non vi è dubbio, però, che, rispetto a queste altre fattispecie i cui presupposti sono tipicizzati dal legislatore, l'art. 5, co. 6 TU sia diverso, perché ha natura di norma aperta, indicando la sola cornice, umanitaria costituzionale ed internazionale, entro cui l'interprete deve operare concretamente nel caso specifico. Disposizione che rappresenta la salvaguardia dell'intero complessivo sistema giuridico sulla condizione della persona straniera, qualunque sia la regolamentazione normativa astrattamente applicabile, in quanto il diritto al soggiorno nasce in diretta dipendenza dell'esistenza, da accertare caso per caso, di uno dei tre distinti generali presupposti individuati nel comma 6, ovvero sia i *seri motivi umanitari* o derivanti da *obblighi costituzionali* o da *obblighi internazionali*.

Essi non possono essere oggettivamente predeterminati ma devono essere lasciati aperti a possibili singole applicazioni, nell'impossibilità (e per la inopportunità) di prevedere tutte le ipotesi nelle quali possono sorgere quelle ragioni umanitarie che impongono la deroga alle ordinarie regole in materia di soggiorno. Ed è questa la prima

15. Cfr. V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista* n. 4.2012, p. 59 ss.

caratteristica che emerge dalla lettura dell'art. 5, co. 6, ovverosia la natura derogatoria, che si traduce, come detto, innanzitutto nel diritto al rilascio di un permesso di soggiorno.

Natura che è giustificata anche dal principio, concreto ed effettivo, espresso dall'art. 2, co. 1 del medesimo TU immigrazione, secondo cui allo straniero *comunque* presente sul territorio nazionale vanno riconosciuti «*i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*», con un chiaro, pur implicito, riferimento agli artt. 2, 3 e 10 della Costituzione e alle libertà fondamentali previste dalla medesima Carta, così come ai diritti fondamentali contenuti negli strumenti internazionali.

Tra quei diritti indubbiamente c'è l'asilo politico costituzionale (in tutta la sua ampia applicabilità), ma anche il diritto alla vita e all'integrità fisica (in tutte le sue declinazioni, che richiamano altri diritti specifici), il diritto alla non discriminazione, il diritto all'unità familiare, il diritto del minore alla protezione, il diritto all'istruzione, il diritto di difesa, il diritto alla salute, il diritto alla parità di genere e alle differenze di genere (che trovano fonte sia nella Costituzione che in altre fonti internazionali specifiche), ai quali vanno aggiunti i diritti che esprimono le altre libertà fondamentali costituzionali, i diritti inderogabili indicati dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani (artt. 2, 3 e 4, co. 1)¹⁶, il diritto al rispetto della vita privata *ex art.* 8 CEDU e i vari diritti previsti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, quelli previsti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York nel dicembre 1966, quelli indicati dal Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York nel dicembre 1966, quelli prescritti dalla Convenzione di Istanbul del 2011 (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011¹⁷), la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984¹⁸.

L'art. 2 TU immigrazione rappresenta attuazione, ineliminabile, dell'art. 10, commi 1 e 2 Cost. e va, senz'altro, letto insieme all'art. 5, co. 6 del medesimo corpo normativo, poiché entrambi esprimono ed offrono garanzia effettiva all'universalismo dei diritti umani fondamentali.

L'art. 5, co. 6 TU immigrazione rappresenta, pertanto, non solo la salvaguardia, certamente opportuna, di un sistema rigido qual è il TU immigrazione, ma una

16. Diritti inderogabili che comunque sono ricomprensibili anche nell'art. 2 della Costituzione.

17. Ratificata in Italia con d.l. 13/1993 conv. con mod. in l. n. 119/2013.

18. Ratificata in Italia con l. 498/1988. Per l'introduzione in Italia del reato di tortura si veda la l. n. 110/2017, con cui, peraltro, si è aggiunto il co. 1-*bis* all'art. 19 TU 286/98.

salvaguardia necessitata dagli artt. 2, 3 e 10 della Costituzione (che impone che la legge sia conforme alle norme di diritto internazionale, che molti di quei diritti umani contempla, oltre che ai Trattati internazionali) e dalle altre disposizioni costituzionali e internazionali che proteggono diritti e libertà fondamentali universali e dunque *norma imprescindibile e non abrogabile*.

Come tutte le norme di salvaguardia, l'art. 5, co. 6 TU ha bisogno dell'applicazione concreta dell'interprete, tenendo però ben presente che, essendo attuazione di precetti costituzionali, va esclusa ogni discrezionalità, se non quella prettamente tecnica. Questo non significa che, per integrare la fattispecie, si possa o si debba operare alcun automatismo per il sorgere astratto di un diritto, ma è necessario che sia accertata in concreto l'impossibilità di esercitare *altrove* e/o in *altro modo* il diritto originato da uno specifico bisogno.

Un esempio chiaro può essere quello del diritto alla salute (la cui natura fondamentale è indiscussa), che può venire in rilievo per una persona straniera priva di titolo di soggiorno che non possa ricevere cure nel proprio Paese per l'urgenza o l'essenzialità delle stesse. Già il TU 286/98 riconosce tale diritto prevedendo, all'art. 35, co. 3 che colui che versa in quelle condizioni debba ricevere «*le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio*», rappresentando esse (elencate nella circolare del Ministro della salute n. 5 del 24 marzo 2000) il “nucleo irriducibile” del diritto fondamentale alla salute, la cui tutela giustifica anche l'ineseguibilità di provvedimenti espulsivi (Corte cost. sent. n. 252/2001)¹⁹.

Il richiamo operato dalla norma alla continuità delle cure (*ancorché continuative*) esclude che siano solo quelle di mero pronto soccorso, delineando invece un ampio perimetro di esercizio del diritto in questione, mentre la qualificazione *essenziali* sottende, come ben evidenziato dalla citata pronuncia del Giudice delle leggi, la valutazione in concreto da parte di un medico nell'ambito di una mera discrezionalità tecnica. Va, peraltro, precisato che l'esercizio di quel diritto è previsto alle medesime condizioni dei cittadini italiani²⁰ e pertanto con onere di partecipazione alla spesa sanitaria secondo la propria capacità reddituale, attuazione di quel principio di parità di trattamento.

In simili ipotesi, poiché il diritto alla salute è un diritto fondamentale e un correlato obbligo dello Stato, la persona straniera ha diritto al permesso umanitario ai sensi dell'art.

19. Autorevole dottrina dubita che la natura fondamentale del diritto alla salute sia comprimibile al solo «nucleo irriducibile»: A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta online* fasc. III, 2017, p. 455.

20. Art. 35, co. 4 TU 286/98: «Le prestazioni di cui al comma 3 sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani».

5, co. 6 TU 286/98 e non a quello per «cure mediche», di cui all'art. 36 TU 286/98, che riguarda il visto d'ingresso rilasciabile in relazione a cure programmabili e pertanto senza quella caratteristica di urgenza ed essenzialità, ancorché continuativa, che connotano l'art. 35, co. 3 TU. Oltre al fatto che l'art. 35 citato presenta un'ulteriore caratteristica che lo differenzia dall'art. 36, ovverosia la presenza già sul territorio nazionale della persona straniera.

Questa applicazione concreta del diritto alla salute in rapporto all'art. 5, co. 6 TU 286/98 è quella che, pur nella non ampia casistica giurisprudenziale, ha trovato maggiore spazio in sede giudiziale²¹, per effetto anche della citata pronuncia della Corte costituzionale che ha affermato la recessività, di fronte al diritto alla salute, del potere di supremazia dello Stato espresso dal provvedimento espulsivo.

In tempi recenti si stanno, però, facendo strada altre ipotesi applicative, che afferiscono al diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU)²² e all'inserimento lavorativo e sociale, come espressione della dignità umana, impossibile nel Paese di appartenenza ma effettiva in Italia²³. Profili estremamente interessanti che rispondono appieno alla *ratio* dell'art. 5, co. 6 TU 286/98 e che stanno contribuendo a definire il contenuto della disposizione, per troppo tempo disattesa come possibilità di conseguire una tutela al di fuori del sistema della protezione internazionale.

4. La protezione umanitaria non è una tutela temporanea

Un importante aspetto va evidenziato. Nelle pronunce che hanno riconosciuto la protezione umanitaria, richiamate in nota, non si fa cenno alcuno alla temporaneità della tutela, essendo integrata la fattispecie con l'accertamento del diritto. In effetti, la norma in esame non offre affatto elementi o argomenti per giustificare una limitazione temporale della protezione, i cui presupposti sono esclusivamente l'esistenza di seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o da obblighi internazionali e dunque la natura derogatoria della norma non può essere fatta coincidere con la temporaneità. La deroga, infatti, si giustifica, come già detto, per la non prevedibilità di tutte le situazioni nelle quali la persona straniera ha diritto al soggiorno a fronte della verifica in concreto di presupposti che afferiscono ad obblighi imprescindibili, mentre la temporaneità ha a che fare piuttosto con l'eccezionalità della situazione a cui è necessario far fronte con una

21. Trib. Prato 21.12.2013 in questa *Rivista* n. 1.2014, p. 93 ss. (allegato on line); Trib. Milano 10.2.2014; Trib. Firenze 13.6.2016; Trib. Firenze 14.6.2017 cfr. nella *Rassegna di giurisprudenza* «Asilo e protezione internazionale» (protezione umanitaria) di questo numero della *Rivista*.

22. Trib. Firenze 7.4.2014; Trib. Firenze 3.6.2014.

23. Trib. Aosta 2.10.2017 cfr. in questo numero della *Rivista* nella *Rassegna di giurisprudenza* «Asilo e protezione internazionale» (protezione umanitaria).

misura provvisoria. Si pensi, ad esempio, alla protezione temporanea di cui all'art. 20, TU 286/98²⁴, oppure al permesso *ex art. 31, co. 3 TU*²⁵, entrambe caratterizzate da un'espressa qualificazione di temporaneità. Così non è per l'art. 5, co. 6 TU che, va ribadito, è stato introdotto nel TU immigrazione con ben altra finalità.

Si può ragionare intorno alla possibile sopravvenienza di condizioni che fanno cessare le esigenze di protezione umanitaria, ma è discorso diverso che necessita, nel caso, di un puntuale accertamento giudiziale che escluda definitivamente il bisogno di protezione e cioè il sottostante serio motivo umanitario o l'obbligo costituzionale o quello internazionale. Accertamento che, in ogni caso, non potrà non tenere conto se, nel frattempo, siano maturati altri requisiti per la permanenza del diritto al soggiorno, quali il lavoro (essendo convertibile il titolo di soggiorno umanitario *ex art. 14 d.pr. 394/99*) o la necessità di rispettare il diritto alla vita privata (per la durata della presenza sul territorio nazionale e lo sradicamento con quello di origine) e/o all'unità familiare, secondo quanto previsto dall'art. 8 CEDU e dall'art. 5, co. 5 TU 286/98²⁶.

Dunque, nessuna temporaneità può essere associata al riconoscimento della protezione umanitaria, aspetto rilevante soprattutto alla luce della giurisprudenza che si è formata nell'ambito della protezione internazionale, che invece la qualifica in tal senso, come si preciserà nei successivi paragrafi.

5. La protezione umanitaria e l'art. 19, co. 1 e 1-bis TU 286/98

L'art. 19, co. 1 e 1-bis TU 286/98 si differenzia dall'art. 5, co. 6, innanzitutto perché, sul piano formale, la prima disposizione è a contenuto negativo (un divieto per lo Stato e per chiunque) mentre la seconda è a contenuto positivo (il diritto alla tutela umanitaria), ma soprattutto perché i divieti dell'art. 19 pongono una preclusione assoluta di *refoulement*, che a prima vista sembra più collegarlo al rifugio politico secondo la Convenzione di Ginevra del 1951. Ad una più attenta disamina, tuttavia, emerge che l'art. 19 va oltre essa, sia allargando la platea di motivi per i quali si ha diritto al *non refoulement* (*lingua e sesso* non sono presenti nell'art. 1A della Convenzione), sia

24. «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui all'articolo 45, le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea». Si veda anche d.lgs. 85/2003, di attuazione della Direttiva 2002/55/CE.

25. «Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico».

26. Cfr. Corte cost. n. 202/2013.

rendendo assoluto il divieto (*in ogni caso*) e dunque non soggetto alle ostaticità indicate nell'art. 1F della Convenzione²⁷.

L'art. 19, invero, sembra collegarsi di più con gli artt. 2 e 3 della Costituzione – il primo di garanzia dei diritti umani inviolabili, il secondo recante il diritto alla non discriminazione per le medesime ragioni elencate nell'art. 19 – e pertanto l'accertamento di uno dei rischi che impongono la tutela, certamente aggravati dalla persecuzione, fa rientrare senz'altro la disposizione nell'ambito di applicazione dell'art. 5, co. 6 TU, differenziandosi dal rifugio politico (con cui condivide il rischio, se pur rispetto a fattori diversi) per l'assolutezza del precetto, non derogabile in alcun modo.

In questo modo, il divieto assoluto posto dall'art. 19, co. 1 si trasforma in precetto positivo coniugandosi con l'art. 5, co. 6, in quanto a quel divieto corrisponde l'obbligo costituzionale espresso dagli artt. 2 e 3 Cost. ed il conseguente diritto al permesso di soggiorno.

6. I tre presupposti della protezione umanitaria

I presupposti per l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98 sono ampi, come già si è detto, ma occorre fare alcune precisazioni con riguardo ad ognuno di essi, tenendo però presente che qualsiasi elencazione non può che essere parziale, in quanto la natura stessa della norma esclude qualsiasi aprioristica tassatività dei casi in essa rientranti.

Innanzitutto va ribadito che sono tre i presupposti, in quanto il legislatore ha specificato che i *seri motivi* sono quelli *in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*, ove la particella disgiuntiva rende inequivocabilmente autonomi i tre ambiti.

I seri motivi umanitari.

È questo uno dei presupposti di maggiore problematicità, data l'assenza (inevitabile) di riferimenti normativi e la difficoltà di distinguerli in maniera netta dagli obblighi costituzionali e/o internazionali, i quali peraltro sottendono per gran parte i diritti umani e dunque afferiscono di per sé ai motivi umanitari.

Ad avviso di chi scrive i seri motivi non possono nemmeno coincidere con il catalogo dei diritti umanitari del diritto internazionale, primo tra tutti la Dichiarazione universale

27. 1 F: «Le disposizioni della presente Convenzione non sono applicabili alle persone, di cui vi sia serio motivo di sospettare che: a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del Paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; c) si sono rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite».

dei diritti umani del 1948, ma anche la Convenzione europea sui diritti umani, il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la stessa Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, la Convenzione contro la tortura del 1984, ecc. Questi strumenti internazionali, infatti, sono già ricomprensibili tra gli obblighi costituzionali e internazionali evocati dall'art. 5, co. 6 TU 286/98 o quantomeno tra i primi se si ritenga che, ad esempio, la Dichiarazione del 1948 esprima solo principi non vincolanti, tenuto conto che la gran parte dei diritti ivi previsti è compresa nella nostra Carta costituzionale, così come nella Carta fondamentale dell'Unione europea.

È allora necessario provare a differenziare questa “categoria” dei seri motivi umanitari affermandone, innanzitutto, la natura residuale rispetto agli altri due presupposti, i quali proprio perché hanno precisi riferimenti giuridici (anche se non predefinitibili) soffrono di una minore discrezionalità e dunque solo se un determinato caso non rientrerà in essi, si porrà il problema di accertare l'esistenza dei seri motivi umanitari.

L'impossibilità di connotare giuridicamente i *motivi umanitari* può indurre a ritenere che possano essere qualificati come *caritatevoli*. La carità è un sentimento associato, per la gran parte, all'adesione ad una religione e all'obbligo morale dei suoi membri di compiere opere buone nei confronti dei poveri o delle persone svantaggiate o verso Dio²⁸. Più difficile è rintracciarne il significato laico, se non come generale propensione all'attenzione verso l'umanità e non solo a se stessi²⁹, che rispetto alla carità religiosa si differenzia per l'assenza di un richiamo alla divinità. In entrambi i casi, però, si tratta di obblighi morali, che sottendono valori etici e personali e non giuridici, che li pongono, ad avviso di chi scrive, in antitesi con il sistema dei diritti, in quanto questi ultimi sono nominati e scolpiti nelle leggi, i primi solo in un afflato soggettivo e pertanto non cogente (oltre che potenzialmente arbitrario).

Nel mondo giuridico questa attenzione, imprescindibilmente laica, può tradursi in un catalogo aperto di situazioni ritenute meritevoli di considerazione per motivi ritenuti socialmente compassionevoli che, più correttamente, vanno riferiti all'*inviolabilità dei diritti umani* – da chiunque violati – e all'*obbligo di solidarietà* espressi dall'art. 2 Cost., come avviene, ad esempio, nell'ambito della tutela umanitaria inserita nel sistema della protezione internazionale, laddove le violenze subite in Libia solo in quanto migranti sono state ritenute presupposto per il riconoscimento della protezione *ex art. 5, co. 6 TU*

28. Dall'Enciclopedia Treccani: «Il termine latino *caritas*, che implica insieme l'idea di stima e di benevolenza, è stato preferito dagli scrittori cristiani ad *amor*, e quasi contrapposto a questo, come più preciso equivalente del greco *ἀγάπη* (contrapposto all'*ἔρως*)».

29. Per un interessante punto di vista, cfr. L. Anèta, *L'etica marxista*, http://www.nilalienum.it/Sezioni/Aggiornamenti/Marx%20e%20marxismo/L_etica_marxista.html.

286/98³⁰. Approccio certamente condivisibile in quanto la compassione, nel significato costituzionale cioè solidaristico, del termine riguarda il ristoro per le gravi ed ingiuste sofferenze patite da una persona in un contesto di acclarata violenza. Interessante è, in proposito, una recente pronuncia del Tribunale di Genova che, nell'ambito del sistema della protezione internazionale e differenziandosi da una recentissima pronuncia della Cassazione (n. 2861/2018), ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un richiedente in ragione delle violenze subite in Libia, richiamando una Posizione UNHCR che dà rilievo alle violenze subite nel passato anche se è improbabile che esse si riproducano oggi³¹. Essere già stati vittime di grave violenza è di per sé, dunque, motivo per ottenere il riconoscimento della protezione umanitaria, ciò che supera anche il collegamento, ritenuto imprescindibile nel sistema della protezione internazionale, tra rischio persecutorio o di danno grave derivante esclusivamente da agenti del proprio Paese di appartenenza e non da altri.

In altri casi la compassione/solidarietà può riguardare una specifica condizione di fragilità personale o sociale o una vulnerabilità, quale ad esempio l'età della persona straniera, la risalenza dell'emigrazione e la seria difficoltà di reinserimento sociale e lavorativo nel Paese di appartenenza o la giovane età al momento della emigrazione e la lunga permanenza in Libia³² o, ancora, la vulnerabilità sociale anche sul territorio nazionale³³. Elementi, però, che come si vedrà nelle parti che seguono, sono spesso coincidenti con gli obblighi costituzionali o internazionali, di indubbia maggiore valenza giuridica.

Definire un pur approssimativo catalogo di situazioni rischia che, proprio perché svincolati da qualsiasi riferimento normativo, se non l'art. 2 Cost., i seri motivi di carattere umanitario siano oggetto di interpretazioni eccessivamente discrezionali, soprattutto laddove ne negano immotivatamente l'esistenza.

Gli obblighi costituzionali e gli obblighi internazionali

Astrattamente più agevole è l'individuazione degli obblighi costituzionali, perché richiama tutti i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta costituzionale alla persona e

30. Anche il Ministero dell'interno ha scelto tale opzione nel 2012, in occasione della cd. Emergenza Nord Africa, "raccomandando" l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98 per i richiedenti la protezione internazionale provenienti dalla Libia. Per un'applicazione giurisprudenziale si veda Trib. Genova 6.12.2017: cfr. nella *Rassegna di giurisprudenza* di questo numero, Asilo e protezione internazionale, La protezione umanitaria all'interno della protezione internazionale, sub Paesi in transito: la Libia.

31. Cfr. Trib. Genova 6.12.2017 in questo numero della *Rivista*, nella *Rassegna di giurisprudenza* «Asilo politico e protezione internazionale», (Protezione umanitaria nella protezione internazionale, Paesi in transito).

32. Trib. Bologna 14.2.2018, inedita.

33. Cfr. Trib. Firenze 7.4.2014 citata in nota 22.

non al solo cittadino, così come gli obblighi internazionali che trovano fonte nei Trattati e nelle Convenzioni internazionali alle quali l'Italia ha aderito.

In concreto, tuttavia, la loro individuazione non è così scontata e semplice, sia perché frutto anche di elaborazione giurisprudenziale costituzionale, sia alla luce del dibattito in dottrina sulla definizione e sulla individuazione del catalogo dei diritti fondamentali, sulla distinzione, se esiste, tra natura fondamentale ed inviolabilità, sull'intersecazione tra diritti costituzionali e principi e diritti previsti dalle Convenzioni internazionali, su quali diritti fondamentali siano riconoscibili alla persona straniera³⁴. Non potendo qui approfondire la complessa tematica, pare imprescindibile partire dall'art. 2 della Costituzione, che riconosce a tutte le persone i diritti inviolabili e prescrive il dovere di solidarietà economica e sociale³⁵. Norma che, come affermato da autorevole costituzionalista, «segna anche il passaggio dalle Costituzioni liberali alle Costituzioni del secondo dopoguerra, aperte al sociale. I diritti dell'uomo da inserire in Costituzione – chiarisce La Pira in Assemblea Costituente – sono certamente “quelli indicati nella Dichiarazione del 1789”, ma non solo: vi sono anche i “diritti sociali e delle comunità attraverso le quali la persona si integra e si espande”. È una visione nuova, che arricchisce la precedente e pone le basi di una società nella quale la “persona” è considerata nella realtà concreta in cui vive, una realtà che mostra differenze profonde di condizioni di vita e

34. Tra i tanti studi interessanti, che hanno affrontato direttamente o implicitamente la condizione dello straniero, si segnalano: A. Ruggeri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, fasc. II 2016; A. Ruggeri, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta online* fasc. I 2015; A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, *Consulta online* fasc. III 2017.

I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Polonia, svoltosi a Varsavia il 30.31.3.2000, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf.

R. Cherchi, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/37-roberto-cherchi-i-diritti-dello-straniero-e-la-democrazia>.

R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Napoli, Jovene, 2012.

P. Bonetti, I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam 2004; P. Bonetti, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto* 2011, <http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm>.

B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2011, p. 307.

B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, relazione tenuta al seminario presso la Corte costituzionale il 26.10.2012, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/20121026_condstran_nascimbeni.pdf.

G. Corso, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, relazione tenuta al seminario presso la Corte costituzionale il 26.10.2012, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_al_seminario_2012.pdf.

C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam 2001.

35. Sui doveri di solidarietà, cfr. A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

solo teoricamente tutti sono eguali. Su queste premesse si arriverà alla norma successiva, l'art. 3 che al comma 2 impone alla Repubblica di colmare le differenze»³⁶.

I diritti inviolabili di cui all'art. 2, dunque, vanno correlati alla previsione di cui all'art. 3 Cost. ed ai diritti previsti dalle Convenzioni internazionali. Infatti, come affermato in dottrina, «la Corte costituzionale ha affermato che il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. non deve essere considerato in modo isolato, ma deve essere interpretato sia in connessione con l'art. 2 Cost., che prevedendo il riconoscimento e la tutela dei “diritti inviolabili dell'uomo” non distingue tra cittadini e stranieri, ma garantisce i diritti fondamentali anche riguardo allo straniero (così Corte cost. sent. 18 luglio 1986, n. 199), sia in connessione con l'art. 10, co. 2, Cost., che rinvia a consuetudini e ad atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata»³⁷.

Inoltre, vanno richiamati anche i diritti previsti dagli strumenti internazionali. Pur non potendo individuare un elenco esaustivo dei diritti fondamentali³⁸, tra essi possono annoverarsi i seguenti:

il diritto alla vita (art. 27, ult. co. Cost.; art. 1 CEDU; art. 6 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici³⁹; Corte cost. n. 54/1979; n. 35/1997),

il diritto alla non discriminazione (art. 3 Cost.; art. 26 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto all'identità personale (Corte cost. n. 332/2000),

il diritto al nome (Corte cost. n. 13/1994),

il diritto alla salute (art. 32 Cost., Corte cost. n. 319/1999 e n. 252/2001),

il diritto all'identità ed alla libertà sessuale (Corte cost. n. 161/1985 e n. 561/1987),

il diritto all'identità di coscienza (Corte cost. n. 467/1991 e n. 334/1996),

il diritto alla libertà di contrarre matrimonio (Corte cost. n. 27/1969, n. 345/2011, n. 245/2011; art. 23 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto all'abitazione (Corte cost. n. 404/1988),

36. L. Carlassare, *Articolo 2: diritti della persona e doveri di solidarietà*, in *Patria Indipendente* 2.2.2017 <http://www.patriaindipendente.it/persona-e-luoghi/servizi/articolo-2-diritti-della-persona-e-doveri-di-solidarieta/>.

37. P. Bonetti, *Diritti fondamentali degli stranieri*, cit. p. 2, a cui si rinvia per l'ampia rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di condizione delle persone straniere.

38. Per una rassegna più articolata e per altri spunti si vedano: P. Bonetti, *Diritti fondamentali degli stranieri*, cit., P. Bonetti, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e sulle discriminazioni*, Sasso Marconi 23.9.2011, in http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/materiali_seminario_sassomarconi_sett_2011_bonetti.pdf. R. Cherchi, *I diritti dello straniero e la democrazia*, cit. p. 5 e la *Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Polonia, svoltosi a Varsavia il 30.31.3.2000*, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

39. Ratificato con l. n. 881/1977.

il diritto alla libertà e alla sicurezza personali (Corte cost. n. 215/1973, n. 105/2001, n. 222/2004, art. 13 Cost., art. 5 CEDU; art. 10 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU; art. 7 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto a non essere ridotto in schiavitù (art. 4 CEDU; art. 8 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto a non subire torture (Convenzione di New York del 10.12.1984 contro la tortura, ratificata con legge n. 498/1988),

il diritto all'unità familiare e alla vita privata (artt. 29, 30, 31 Cost.; art. 8 CEDU, art. 17 Patto internazionale diritti economici, sociali e culturali del 1966, art. 13 Convenzione OIL n. 143/1975 ratificata con legge n. 158/198: Corte cost. nn. 28/1995, 203/1997, 376/2000, 202/2013),

il diritto del minore alla protezione (art. 31 Cost.; Corte cost. 198/2003; Conv. di New York sui diritti del fanciullo del 1989⁴⁰; art. 24 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

il diritto all'istruzione obbligatoria (art. 34 Cost.),

il diritto di difesa, sia attiva che passiva (artt. 24, 25, 26 e 113 Cost.; Corte cost. nn. 120/1967, 109/1974, 492/1991, 198/2000, 227/2000, 257/2004, 254/2007, 276/2008; art. 14 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 13 CEDU),

la libertà e la segretezza di corrispondenza e comunicazione (art. 15 Cost., Corte cost. n. 366/1991),

la libertà di pensiero (art. 21 Cost.; Corte cost. n. 168/1971; art. 18 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici),

i diritti previsti dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976 e ratificato in Italia con legge 881/1977).

Ai fini che qui interessano, ovverosia *quanto* e *come* quei diritti fondamentali rilevino per l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, va detto che non è sufficiente che una persona straniera possa vantarne la titolarità per conseguire in Italia la specifica tutela (astrattamente, in quanto diritti umani fondamentali, sono riconoscibili a tutti indistintamente), occorrendo invece operare un accertamento se quel diritto le sia riconosciuto o meno nel Paese di appartenenza, in quali termini e con quale grado di effettività. Comparazione che giustifica la deroga alle regole ordinarie espressa dalla

40. Ratificata con l. n. 176/1991.

norma in esame, poiché solo se nel Paese di origine quel diritto sia negato in concreto, si integrerà l'obbligo costituzionale e/o internazionale per riconoscere qui la tutela, a salvaguardia del diritto leso.

Accertamento che, ragionevolmente, dovrà riguardare anche l'effettivo esercizio del diritto di difesa (garanzia imprescindibile di fronte alla negazione di ogni diritto), in termini sia di accesso alla giustizia (con rilevanza della presenza o meno, e in che termini, di un sistema di *legal aid*), che di effettiva protezione giurisdizionale dello specifico diritto (anche statisticamente).

In questi termini deve essere inteso il richiamo alla *sistematicità* della violazione dei diritti umani, che si ritrova in varie pronunce emesse nell'ambito della protezione internazionale come condizione per l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98. Va, infatti, escluso che con la qualificazione di *sistematicità* si possa ancorare la sussistenza della violazione ad una continuità temporale, in assenza di alcun criterio oggettivo individuato dal legislatore (a cui solo compete di definire la condizione giuridica della persona straniera) e pertanto va intesa come *effettività della violazione* nei termini sopra detti. Sarebbe comunque auspicabile un cambiamento lessicale nella giurisprudenza, per non indurre facili quanto pericolose restrizioni del diritto alla protezione umanitaria.

7. La protezione umanitaria all'interno del sistema della protezione internazionale. I dati e i fondamenti giuridici

Come già rilevato nella precedente parte, pur esistendo prima della disciplina sulla protezione internazionale, l'art. 5, co. 6 TU 286/98 non ha mai avuto una diffusa applicazione, un po' per la resistenza delle questure a decidere in merito a domande presentate direttamente⁴¹, un po' perché il TU immigrazione contempla già varie ipotesi di riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno in deroga alle ordinarie regole (ad esempio: artt. 5, co. 5, art. 19, co. 2, art. 30, co. 1, art. 31, co. 3) ed anche per l'inesistenza di una specifica disciplina processuale.

È con l'avvento della normativa sulla protezione internazionale (d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 25/2008) e l'aumentato flusso dei richiedenti asilo negli ultimi anni che la protezione umanitaria ha avuto una sorta di "esplosione", rappresentando di fatto una delle forme di protezione statisticamente più riconosciuta dalle Commissioni territoriali (nel 2017: il 25%), pur tenendo conto che più della metà della domande di protezione

41. L'applicazione più concreta si è avuta in presenza di gravi motivi di salute, prassi abbandonata negli ultimi anni a favore del rilascio di un permesso per *cure mediche*, del tutto inappropriato ma che, secondo l'Autorità di P.S. impediva l'accesso gratuito al Sistema sanitario nazionale e dunque non incideva sulla spesa pubblica.

internazionale è rigettata⁴². Dal *Quaderno statistico dal 1990 al 2016* della Commissione nazionale asilo⁴³ e dal *Rapporto Protezione internazionale 2017*⁴⁴ emerge, infatti, che anche nel 2016 è stata accordata a circa il 21% delle domande, a fronte del 5% del rifugio politico ed al 14% della protezione sussidiaria. Percentuale che oscilla, negli ultimi anni, tra il 24% ed il 21%, a parte il picco del 54% del 2012, conseguenza della decisione della Commissione nazionale asilo di riconoscere indistintamente la protezione umanitaria ai richiedenti asilo provenienti dalla Libia (cd. Emergenza Nord Africa), in ragione della sola provenienza da quel Paese, improvvisamente caduto in una guerra civile ancora in corso. Nel 2017, come si è detto, la percentuale si è leggermente alzata al 25%.

Non ci sono, allo stato, studi che descrivano in maniera completa e certa il tasso di accoglimento dei ricorsi in sede giurisdizionale e con particolare riguardo alla protezione umanitaria. Di recente il CSM (Consiglio Superiore della Magistratura) ha pubblicato dei dati (parziali) del contenzioso giudiziario in materia, per l'anno 2016, dai quali risulta che in media il 34% dei ricorsi è accolto⁴⁵. Tuttavia, un recente articolo di stampa indica, su dati del Ministero dell'interno acquisiti nell'ambito di un accesso civico, che un ricorso su due trova accoglimento in sede giudiziale⁴⁶. Da notare, infine, che, in più occasioni, l'ex presidente della Commissione nazionale asilo, prefetto Trovato, davanti alle Commissioni parlamentari d'inchiesta sul sistema protezione internazionale, ha affermato che circa il 70/80% di ricorsi giudiziari sono accolti.

In tutti i casi, tuttavia, i risultati non sono disaggregati per tipologia di protezione né di nazionalità. In attesa che il Ministero di giustizia riesca a monitorare davvero l'entità del contenzioso, è indubbio che già oggi si possa affermare che la protezione umanitaria è un elemento importante nel sistema della protezione internazionale.

Nonostante sia ritenuta un istituto solo italiano, in realtà la protezione umanitaria è una forma di tutela presente, pur con differenti presupposti, in 20 dei 28 Paesi UE⁴⁷, con percentuali di riconoscimento assai diversificate.

Un riferimento giuridico europeo è rinvenibile nel *Considerando 15*⁴⁸ della Direttiva 2011/95/UE⁴⁹, che consente ad ogni Stato membro di riconoscere al di fuori della

42. Per il Riepilogo dell'anno 2017 si veda: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/dati_asilo_2017_.pdf.

Per il riepilogo dei dati dal 1990 si veda: *Quaderno statistico dal 1990 al 2016*, cit. a nota 6.

43. Cfr. nota 6.

44. Cfr. nota 10, p. 87 ss.

45. <https://www.csm.it/documents/21768/137951/Analisi+dei+flussi+in+materia+di+protezione+internazionale/072ff6df-3d2c-0440-97b7-348b823e5f48>.

46. *I migranti vincono i ricorsi per l'asilo*, di R. Zanotti, La Stampa Mondo 1.11.2017, <http://www.lastampa.it/2017/11/01/esteri/i-migranti-vincono-i-ricorsi-per-lasilo-UEJAnLkuXlnsNK6LjMCjCN/pagina.html>.

47. Cfr. Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017, cit., p. 188 ss.

protezione internazionale il diritto di soggiorno *per motivi caritatevoli o umanitari* e vari Stati dell'Unione europea l'hanno contemplato o già la prevedevano e dunque la applicano secondo il proprio ordinamento giuridico nazionale.

Nelle Tabelle pubblicate da Eurostat⁵⁰ è interessante notare che, in genere, nella comparazione tra i vari Stati, questa residuale forma di protezione è maggiormente accordata in quei Paesi nei quali più basso è il riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale⁵¹. Sono dati che possono trovare spiegazione nella (parzialmente) diversa nazionalità dei richiedenti asilo che presentano la domanda nei singoli Stati⁵², ma non può escludersi che la forte diversità sottenda di per sé un diverso approccio applicativo della normativa europea da parte dei singoli Stati membri. Dati che, in ogni caso, mostrano quanto si sia ancora lontani da un'effettiva armonizzazione del sistema europeo d'asilo.

L'Italia è uno dei Paesi dove la protezione umanitaria è la tutela maggiormente riconosciuta. Nel sistema della protezione internazionale, essa è prevista espressamente dall'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008, che consente alla Commissione territoriale, in sede di esame della domanda, se escluso il riconoscimento del rifugio politico o della protezione sussidiaria, di rinviare al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, co. 6 TU immigrazione. Da precisare che la protezione umanitaria è richiamata anche da altre disposizioni della specifica normativa, in particolare dagli artt. 9 e 15 d.lgs. 251/2007, i quali, trattando delle ipotesi di cessazione dello *status* di rifugio politico e di protezione sussidiaria, prevedono che, al venir meno delle condizioni che ne hanno consentito il riconoscimento, debba essere accertato che la cessazione abbia «*natura non temporanea e tale da eliminare il fondato timore di persecuzioni e non devono sussistere gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine*». Evidente è il rinvio all'art. 5, co. 6 TU 286/98.

Si tratta, pertanto, di un insieme di disposizioni che possono far sorgere il bisogno di tutela umanitaria, che dovrà essere accertata secondo i presupposti di cui s'è detto con riguardo alla protezione umanitaria "ordinaria", ovvero quella già prevista nel TU

48. Considerando 15: «La presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale».

49. Precedentemente il Considerando 9 della Direttiva 2004/83/CE.

50. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics/it.

51. [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Distribution_of_first_instance_decisions_on_\(non-EU\)_asylum_applications,_2016_\(%25\)_YB17.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Distribution_of_first_instance_decisions_on_(non-EU)_asylum_applications,_2016_(%25)_YB17.png).

52. [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Five_main_citizenships_of_\(non-EU\)_asylum_applicants,_2016_\(number_of_first_time_applicants,_rounded_figures\)_YB17.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Five_main_citizenships_of_(non-EU)_asylum_applicants,_2016_(number_of_first_time_applicants,_rounded_figures)_YB17.png).

immigrazione. Nessuna diversità di approccio sarebbe, infatti, ammissibile a fronte dell'unicità della previsione normativa.

8. I principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Alcune criticità

Alcune precisazioni sono necessarie alla luce della giurisprudenza formatasi nello specifico settore della protezione internazionale, con riguardo a principi espressi dalla Corte di cassazione che appaiono, ad oggi, punti fermi.

a) La protezione umanitaria è inserita nel pluralistico sistema della protezione internazionale (Cass. 26887/2013, n. 6880/2011), ha natura di diritto soggettivo che rientra nel novero dei diritti umani fondamentali e gode «*quantomeno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost.*» e dell'art. 3 CEDU. Per tale ragione è assoggettato alla giurisdizione ordinaria (Cass. SU nn. 11535/2009, 19393/2009, 19577/2010) non solo in sede di diniego da parte della Commissione territoriale ma anche qualora sia impugnato il diniego di permesso di soggiorno emesso dal questore, su parere negativo della Commissione territoriale (Cass. SU 5059/2017).

b) I motivi in forza dei quali può essere riconosciuta la protezione umanitaria rappresentano un «*catalogo aperto non necessariamente fondato sul fumus persecutionis o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione del d.lgs. n. 251 del 2007, art. 14*» (Cass. civ. n. 26566/2013 - 15466/2014). Dunque i presupposti dai quali può originare il bisogno di tutela umanitaria sono diversi da quelli afferenti la protezione internazionale.

c) Il riconoscimento della protezione umanitaria può discendere, tuttavia, dai medesimi fatti posti a base della domanda di protezione internazionale ma «*con valutazione corrispondente alla diversa tutela*» (Cass. civ. 21903/2015 e n. 23604/2017).

d) La protezione umanitaria ha natura residuale e temporanea (Cass. SU n. 11535/2009, n. 4130/2011, n. 4139/2011, n. 4189/2011, n. 3491/2012, n. 24544/2011, n. 10686/2012, n. 26887/2013). In particolare, nella ordinanza n. 10868/2012, ripresa di fatto da tutta la giurisprudenza successiva anche di merito, si afferma che questa tutela è «*non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, spetta quando le gravi ragioni di protezione accertate, ed aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla tutela maggiore, siano sol temporalmente limitate (ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione del Paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione)*».

e) Il diritto d'asilo ex art. 10, co. 3 Cost. è oggi «*interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad*

opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e dell'art. 5, co 6 del TU approvato con d.lgs. 286 del 1998, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale» (Cass. n. 10686/2012, n. 16362/2016, n. 28015/2017).

f) Come per le protezioni maggiori, anche per quella umanitaria va accertata l'effettiva situazione nel Paese di origine, vale a dire se, ad esempio, rispetto a violenze poste in essere da soggetti privati, vi sia un'effettiva tutela statale. Precisa la Cassazione che tale doveroso accertamento deve verificare se *«pur non sussistendo una totale inefficacia dei poteri statuali di contrasto dei descritti fenomeni di grave violenza familiare, si riscontrano gravi insufficienze e deficit di tutela dei diritti umani quanto meno nella situazione attuale» (Cass. 26887/2013).*

g) Tra i motivi per i quali è possibile accordare la protezione umanitaria non rientrano l'integrazione sociale e lavorativa in Italia (Cass. n. 25075/2017), né il versare in condizioni di indigenza o con problemi di salute, *«necessitando, invece, che tale condizione sia l'effetto della grave violazione dei diritti umani subita dal richiedente nel Paese di provenienza, in conformità al disposto degli artt. 2, 3 e 4 della CEDU» (Cass. 28015/2017, n. 26641/2016).*

Alcuni di questi principi non sono condivisibili.

Sulla *natura temporanea della protezione umanitaria*, già si è argomentato nel paragrafo 4, a cui si rinvia. Infatti, l'art. 5, co. 6 TU 286/98 non offre alcun elemento che giustifichi la ritenuta temporaneità della tutela, né può attribuirsi la medesima natura agli obblighi costituzionali e/o internazionali sottesi alla disposizione, i quali, più di quelli ordinari, richiedono un rigorosissimo accertamento per dichiararne la cessazione.

Neppure può ragionevolmente sostenersi che la (ritenuta) natura residuale della tutela umanitaria, rispetto alle due forme della protezione internazionale, coincida con la temporaneità, essendo in tutta evidenza concetti ben diversi e non sovrapponibili. Come già detto, l'art. 5, co. 6 TU immigrazione è una norma di salvaguardia dell'intero sistema afferente la condizione giuridica della persona straniera, che va oltre il sistema della protezione internazionale, non giustificato affatto da esigenze transitorie bensì dalla sola imprescindibilità, costituzionalmente garantita, di rispettare obblighi costituzionali e/o internazionali.

Come per la protezione internazionale, anche per quella umanitaria si potrà porre la questione della cessazione delle ragioni che le hanno consentite, ma con procedimento specifico e in contraddittorio con la persona interessata. Non può, però, ritenersi che la temporaneità possa essere assunta *ab origine*, nel momento in cui è accertato il bisogno di protezione, poiché rappresenta di per sé un ossimoro.

Un discorso più ampio meritano le affermazioni della giurisprudenza con riguardo alla esclusione dall'ambito della protezione umanitaria di condizioni afferenti la povertà e, correlativamente, dell'integrazione sociale e/o lavorativa, o per l'instabilità del Paese, oltre che sulla ricomprensione dell'asilo costituzionale esclusivamente nell'ambito della protezione internazionale ed in particolare di quella umanitaria.

9. La protezione umanitaria, la povertà, l'integrazione sociale

Secondo la Cassazione la povertà o l'indigenza, dunque i motivi (definiti) economici della migrazione, non rientrano nella protezione internazionale e neppure in quella umanitaria. A ben vedere, tuttavia, tale esclusione non pare giuridicamente giustificata.

La povertà, infatti, è una condizione in cui la persona si trova per mancanza dei mezzi necessari per provvedere al proprio sostentamento (ed eventualmente a quello dei familiari), non potendo accedere a risorse o a chances, quali il lavoro, non per propria volontà ma per responsabilità o incapacità dello Stato. Impossibilità che incide direttamente sulla dignità umana, che nel lavoro ha un preciso fondamento costituzionale (art. 36, co. 1 Cost.)⁵³, che è richiamata in maniera più estesa dall'art. 3 della Carta costituzionale in rapporto alla comunità (*pari dignità sociale*) ed è noto che il diritto di uguaglianza in esso espresso è riconoscibile anche alla persona straniera⁵⁴. Del resto, la dottrina ritiene che la dignità sia un diritto soggettivo autonomo *il cui fondamento costituzionale viene individuato nell'art. 2 Cost.*⁵⁵, tant'è che vengono richiamate non solo la pronuncia della Corte costituzionale n. 561/1987 ma della stessa Corte di cassazione a Sezioni Unite in materia risarcitoria (Cass. SU 26972/2008).

Come già evidenziato nel paragrafo 6, l'art. 3 Cost. va letto in connessione con gli artt. 2 e 10 della Carta⁵⁶, ma va ricordato che anche la Carta fondamentale dell'Unione europea richiama espressamente la dignità della persona quale elemento fondante (art. 1) e che nel Preambolo al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del

53. Cfr. tra tanti, M. Della Morte, *Articolo 36*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, il Mulino, 2018, p. 242 ss. Sul concetto di dignità cfr. G. Monaco, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto* XLII n. 1, marzo 2011, con molte indicazioni bibliografiche <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/34272>.

N. Colaianni, *L'Europa e i migranti: per una dignitosa libertà (non solo religiosa)*, in <https://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/9318>.

54. Tra le tante cfr. Corte cost. 104/1969, 144/1970, 109/1974 e 244/1974, 432/2005, 249/2010, 245/2011. Si vedano anche C. Corsi, *Stranieri, Diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi* n. 3.2014, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=27711>. P. Bonetti, *Diritti fondamentali*, cit. (nota 34). D. Tega, *Articolo 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*. Vol. I, Bologna, il Mulino, 2018, p. 21 ss.

55. G. Monaco, *op. cit.*, p. 13.

56. P. Bonetti, *Diritti fondamentali degli stranieri*, cit. (nota 34).

1966 si afferma che la «*dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo*» e che «*questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana*». Tra essi il diritto al lavoro «*che implica il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto od accettato*» (art. 6), il diritto ad un livello di vita adeguato (art. 11), il diritto alla salute (art. 12), il diritto all'istruzione (art. 13).

Parimenti, nel Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1999 si afferma che «*in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'ideale dell'essere umano libero, che goda delle libertà civili e politiche e della libertà dal timore e dalla miseria, può essere conseguito soltanto se vengono create condizioni le quali permettano ad ognuno di godere dei propri diritti civili e politici, nonché dei propri diritti economici, sociali e culturali*».

In coerenza con quei principi, in successivi atti le Nazioni Unite hanno declinato ulteriormente il concetto di povertà. Infatti, nei *Principi guida delle Nazioni Unite su povertà estrema e diritti umani*, adottati dal Consiglio dei Diritti umani delle Nazioni Unite il 27 settembre 2012⁵⁷ si afferma che «*La povertà è di per sé un problema urgente che attiene alla sfera dei diritti umani. Insieme causa e conseguenza di violazioni dei diritti umani, è una condizione che porta ad altre violazioni. La povertà estrema è caratterizzata da molteplici e interconnesse violazioni dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali e le persone che vivono in povertà si vedono esposte con regolarità alla negazione della propria dignità e parità*» (par. 3).

Secondo l'ONU «*La povertà non è solo una questione economica; si tratta di un fenomeno multidimensionale che comprende la mancanza sia di entrate sia di capacità basilari per poter vivere dignitosamente. Il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali ha dichiarato nel 2001 che la povertà è “una condizione umana caratterizzata dalla privazione continua o cronica di risorse, capacità, opzioni, sicurezza e potere necessari per poter godere di un tenore di vita adeguato e di altri diritti civili, culturali, economici, politici e sociali” (E/C.12/2001/10, par. 8). La povertà estrema, a sua volta, è stata definita come “una combinazione di penuria di entrate, sviluppo umano insufficiente ed esclusione sociale” (A/HRC/7/15, par. 13), in cui una mancanza prolungata della sicurezza fondamentale di base interessa contemporaneamente vari aspetti dell'esistenza umana, compromettendo seriamente le possibilità delle persone di esercitare o riacquisire i propri diritti in un futuro prevedibile (E/CN.4/Sub.2/1996/13).» (par. 2).*

57. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/UNGuidelines_Italian.pdf.

Obiettivo dei Principi è «*di offrire un orientamento in merito alle modalità di applicazione delle norme in materia di diritti umani alle iniziative di lotta alla povertà*» ma è chiaro che «*l'attuazione dei Principi guida deve essere considerata come parte degli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale*» (par. 11).

Se, dunque, la povertà attiene alla sfera dei diritti umani, se l'affrancamento da essa è e deve essere obbligo internazionale di ogni Stato, se il Paese di appartenenza del richiedente il riconoscimento della protezione internazionale è incontestabilmente incapace di gestire e risolvere tale drammatica condizione, è indubbio che l'obbligo si sposti sullo Stato ove il richiedente è forzatamente approdato per sfuggire a tale condizione.

Obbligo che bene si coniuga con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, nei termini sopra detti, tenendo anche presente che gli obblighi internazionali entrano nella tutela costituzionale attraverso l'art. 10, co. 1 e 2 della Carta.

Ecco, pertanto, che la povertà, o meglio l'emancipazione da quella condizione, non può non sottendere l'obbligo costituzionale ed internazionale di garantire a tutti la realizzazione della dignità personale anche (ma non solo) attraverso il lavoro, qualora nel Paese di origine della persona straniera sia concretamente negata. Si può discutere quale sia la forma migliore per garantire questo diritto fondamentale, ma non può dubitarsi della sua natura inviolabile e pertanto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, che richiamando gli obblighi costituzionali ed internazionali richiama il dovere di solidarietà sociale ed economico afferente i diritti inviolabili della persona umana.

Quanto all'integrazione sociale, che secondo la giurisprudenza della Cassazione è estranea alla protezione umanitaria, l'attenzione va posta all'art. 8 della CEDU, nella sua accezione di diritto al rispetto della vita privata. Sul punto, merita di essere richiamata la giurisprudenza della Corte EDU che ha incluso nella nozione di vita privata la *vita privata sociale*, quale diritto allo sviluppo personale e di stabilire e mantenere rapporti con altri esseri umani ed il mondo esterno (Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 4.12.2008, par. 66). In applicazione di tale principio, la Corte di Strasburgo ha qualificato come ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata l'espulsione di stranieri da anni residenti ed integrati nel tessuto socio-economico del Paese ospitante, pur in assenza di rilievo dei legami familiari (Corte EDU *GC, Slivenko c. Lettonia*, 9.10.2003, par. 93-98). In altre circostanze la Corte EDU ha dato valore alla *vita privata* protetta dall'art. 8 della Convenzione⁵⁸, svincolato dal diritto all'unità familiare (più conosciuto e che nello specifico

58. Si vedano anche le sentenze *Boultif vs. Suisse* del 2.8.2001; *Benhebbat c. Francia* del 10.10.2003; *Mokrani c. Francia* del 15.10.2003; Grande Camera, *UNER c. paesi Bassi* 18.10.2008. Grande Camera, *Maslov v. Austria*, 23.6.2008; *Samsonnikov v. Estonia*, 3.7.2012.

della condizione giuridica della persona straniera ha già adeguata e precisa tutela.⁵⁹). La conseguenza non è di poco conto, perché, come bene evidenziato dalla dottrina, «*Ne deriva che, anche quando siano rivolte a migranti senza famiglia, le misure statali di esclusione dal territorio possono considerarsi compatibili con l'art. 8 CEDU solo a condizione che si fondino anch'esse – come le misure destinate ai migranti con famiglia – su un "giusto equilibrio" tra gli interessi pubblici e privati coinvolti*»⁶⁰.

Ecco, dunque, che l'art. 8 CEDU, in questa accezione di diritto al rispetto della vita privata, rileva nell'ambito di applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, in quanto l'integrazione della persona straniera in Italia, non esclusivamente lavorativa ma sociale in genere, è parte della vita privata e va rispettata, accertando caso per caso quale lesione comporti il suo allontanamento dopo anni di soggiorno in Italia.

È un aspetto che va considerato, evidentemente, anche in sede di applicazione della protezione umanitaria "ordinaria", data l'unitarietà della fattispecie.

Le questioni sono, certamente, complesse, ma non per questo non vanno affrontate con doveroso rigore giuridico, senza interferenze, spesso implicite, di valutazioni latamente politiche.

10. L'instabilità socio-politica del Paese di origine e la protezione umanitaria

La Corte di cassazione esclude la protezione umanitaria anche in riferimento alla instabilità del Paese di origine del richiedente (Cass. 7492/2012: «*situazione di instabilità di un Paese o la generica limitazione delle libertà civili*», riferita al Pakistan), senza però chiarire né il perché, né quale sia la differenza, o il confine, tra *generica* limitazione e *compressione* della libertà civili rilevante *ex art. 10*, co. 3 Cost. Le libertà civili, invero, comprendono la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di domicilio e di corrispondenza (art. 14 e 15 Cost.), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), la libertà di difesa (art. 24 Cost.), la libertà di pensiero religioso (art. 19 Cost.), la libertà di associazione e di riunione (art. 17 e 18 Cost.).

Ove vi sia compressione di una di quelle libertà si integra il diritto d'asilo costituzionale, accertabile in forma autonoma se lo si colloca al di fuori del sistema della protezione internazionale (cfr. il paragrafo successivo), ma rilevante anche seguendo l'orientamento della Cassazione che lo ritiene compreso nell'art. 5, co. 6 TU 286/98,

59. Artt. 5, co. 5, 28, 29, 30 e 31 TU d.lgs. 286/98.

60. M. Savino, L'espulsione dal territorio dello Stato, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1.2014, p. 30.

poiché quella compressione sarà inevitabilmente motivo di riconoscimento della protezione umanitaria.

Certo, si tratta di accertare quale sia l'effettività della limitazione delle libertà (l'impedimento, in realtà, secondo l'art. 10, co. 3 Cost.) – e a tal fine soccorrono le varie fonti di informazione che l'autorità competente all'esame della domanda è tenuta a consultare (art. 3 d.lgs. 251/2007 e artt. 8 e 27 d.lgs. 25/2008) –, ma è indubbio che l'accertamento vada effettuato e se anche solo una di quelle libertà risulta impedita, non vi è ragione giuridica per non riconoscere quantomeno la protezione umanitaria. Non è questa la sede per indicare Paese per Paese, tra quelli dai quali proviene la maggior parte dei richiedenti la protezione internazionale, quali siano le libertà violate o compromesse, ma può affermarsi senza tema di smentita che molti, se non tutti, presentano gravi violazioni, impedimenti, compressioni delle libertà garantite dalla nostra Costituzione.

Sotto questo profilo, l'effettiva verifica della situazione in un determinato Paese è importante anche per quelli nei quali le acclamate (da tutti) violenze e/o violazioni dei diritti umani e delle libertà sono circoscritte ad una determinata area del territorio nazionale, perché il fatto stesso di non potersi liberamente spostare in tutte le zone del proprio Paese è di per sé una limitazione grave della libertà di circolazione e della libertà di soggiorno, tutelate dall'art. 16 Cost.

L'instabilità di un Paese, dunque, è un concetto che va bene precisato in termini giuridici, senza frettolose e non motivate esclusioni.

11. L'asilo costituzionale e la protezione internazionale ed umanitaria

Si è visto che è concorde la giurisprudenza della Corte di cassazione nel ritenere che l'asilo costituzionale, di cui all'art. 10, co. 3 Cost., sia oggi interamente attuato attraverso il sistema pluralistico della protezione internazionale, al cui interno è compresa anche la protezione umanitaria, e che dunque non sia più autonomamente esercitabile. Posizione che è condivisa da parte della dottrina⁶¹, ma che non convince.

Non convince, innanzitutto, se si dovesse seguire la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, che qualifica come temporanea la protezione umanitaria, al cui interno si

61. In questo senso P. Bonetti, Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria, in questa Rivista, n. 1.2008, p. 14 ss.

P. Bonetti, *Articolo 10*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, il Mulino 2018, p. 71 ss.; M. Acierno, *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Relazione tenuta all'incontro di studi *Tutela dei nomadi, rifugiati, migranti* organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Roma il 27/29 settembre 2010

<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/115/Acierno.pdf>.

Contra: M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto costituzionale*, cit., p. 36 ss.

collocherebbe l'asilo costituzionale. Caratteristica che non è compatibile con la lettura dell'art. 10, co. 3 della Costituzione, che in maniera chiara ed inequivoca *garantisce* asilo politico al cittadino straniero alla sola condizione che soffra nel suo Paese l'impedimento delle libertà fondamentali, ove la protezione può cessare solo quando quelle libertà si riespandano nel loro effettivo esercizio. Nessun cenno alla temporaneità della tutela e, dunque, se la protezione umanitaria è (fosse) temporanea, non potrebbe ricomprendere l'art. 10, co. 3 Cost.

Inoltre, già si è detto, la giurisprudenza della Corte di cassazione esclude che rientri nella protezione umanitaria «*la situazione di instabilità di un Paese o la generica limitazione delle libertà civili*», ma non è chiaro quale sia il confine tra la *genericità* della limitazione delle libertà civili e la loro *compromissione* rilevante ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost.

La stessa qualificazione di misura residuale ed atipica della protezione umanitaria, affermata dalla unanime giurisprudenza sia di legittimità che di merito, è incompatibile con la previsione costituzionale dell'art. 10, co. 3 Cost., in quanto il suo valore giuridico, costituzionale, sarebbe inferiore a quello recato dalle norme ordinarie, quali quelle della protezione internazionale. L'asilo costituzionale, in altri termini, voluto dai costituenti come garanzia massima, ineliminabile e imprescindibile per la democrazia dello Stato e l'universalismo delle libertà costituzionali, diventa disposizione residuale, cioè inferiore nella scala giuridica a fattispecie previste da leggi ordinarie.

Ma non convince soprattutto per la degradazione che subirebbe il diritto costituzionale se sussumibile nell'ambito della mera tutela umanitaria. Infatti, pur essendo previsto direttamente dalla Costituzione e qualificato come diritto fondamentale ed inviolabile, l'effetto del suo riconoscimento è il permesso di soggiorno umanitario, che ha caratteristiche, però, inferiori a quelle sottese alle due forme di protezione internazionale. Se il diritto di soggiorno afferente a queste ultime è certamente caratterizzato da stabilità e da un pieno riconoscimento dei diritti sociali esercitabili attraverso di esso, non altrettanto può dirsi con riguardo al permesso umanitario, che condivide, senz'altro, con gli altri tipi di permessi di soggiorno la parità di trattamento prevista dall'art. 2, co. 2 TU 286/98, ma per il quale è formalmente escluso il diritto all'unità familiare (art. 29, co. 9 lett. c) TU 286/98). Il titolare di permesso per protezione umanitaria non può ricongiungersi con il proprio nucleo familiare, con conseguente negazione di un diritto fondamentale⁶², mentre al titolare di *status* di protezione internazionale quel diritto è

62. Corte cost. 202/2013, tra le tante.

riconosciuto a condizioni più favorevoli rispetto alle persone straniere titolari di ordinario diritto di soggiorno (art. 29-*bis* TU 286/98 e art. 22 d.lgs. 251/2007).

Si potrà discutere della questione di illegittimità costituzionale della limitazione, ma fino a quando la disposizione non verrà espunta dall'ordinamento, creerà una oggettiva disparità di trattamento tra il titolare di permesso umanitario e di permesso per rifugio politico o protezione sussidiaria, la cui conseguenza è, allo stato, una diminuzione del contenuto del diritto d'asilo costituzionale.

Senza dimenticare la diversa durata del permesso di soggiorno (due anni, a fronte dei cinque dei titolari di protezione internazionale), che comporta un più stringente controllo sui requisiti di permanenza delle condizioni originarie (oltre che tempi lunghissimi per l'acquisizione del parere della Commissione territoriale). La maggiore precarietà della protezione umanitaria è data anche dal fatto che può essere negato il rinnovo del titolo di soggiorno se si ritiene (dal questore o dalla Commissione territoriale) siano venute meno le condizioni che l'hanno originariamente determinata. Come sta avvenendo, ad esempio, per i permessi umanitari rilasciati su indicazione della Commissione nazionale asilo nel 2012, per la c.d. Emergenza Nord Africa. Non esiste, infatti, per l'umanitaria un procedimento che, come per la protezione internazionale, delinea presupposti e regola per la cessazione della tutela, lasciando così alla PA un'ampia discrezionalità e una minore garanzia procedimentale.

Un diritto costituzionale, insomma, che avrebbe un contenuto inferiore di quello previsto, per la protezione internazionale, da leggi ordinarie.

L'aspetto, tuttavia, che ancor di più rileva è quello evidenziato da autorevole, pur minoritaria, dottrina⁶³ (ad avviso di chi scrive, mai efficacemente confutata), secondo cui la differenza, irriducibile, tra l'asilo costituzionale e la protezione umanitaria (ed anche la protezione internazionale) è (anche) l'indifferenza alla presenza del richiedente sul territorio italiano ai fini del suo riconoscimento. L'art. 10, co. 3 Cost., infatti, *«prescinde in toto dalla preventiva presenza di chi lo richiede nel territorio della Repubblica, in quanto il riferimento a questo luogo, contenuto all'art. 10, co. 3, Cost., indica in tutta evidenza quello nel quale uno straniero potrà godere il (contenuto del) diritto di asilo, mentre esso non si pone affatto come requisito ulteriore per la relativa domanda, la cui causa di giustificazione discende unicamente da quanto previsto in quella stessa*

63. M. Benvenuti, Andata e ritorno per l'asilo costituzionale, cit.; si veda anche M. Benvenuti, La protezione internazionale, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 00.2010; M. Benvenuti, Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia, in Costituzionalismo.it, 2009, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/313/>.

*disposizione (ovvero l'impedimento nel suo Paese dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana)*⁶⁴.

Dottrina che richiama, appropriatamente, la chiara sentenza della causa Ocalan, di cui s'è detto (cfr. par. 1), che supera il criterio della territorialità dell'asilo, riconoscendo davvero l'inviolabilità del diritto, ma richiama anche la giurisprudenza della Cassazione secondo cui il diritto d'asilo costituzionale «*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*» (Cass. n. 25028/2005). Diritto ad accedere al territorio per vedersi riconosciuto l'asilo costituzionale, mentre la protezione umanitaria presuppone che il richiedente sia già in Italia, essendo l'art. 5, co. 6 TU 286/98 norma che deroga alle regole relative al soggiorno, non certo all'ingresso.

Ecco, dunque, che l'art. 10, co. 3 Cost. non può essere ristretto alla sola protezione umanitaria di cui all'art. 5, co. 6 TU 286/98, perché più ampio e definito nei presupposti, garantito sin da prima dell'ingresso sul territorio nazionale, insuscettibile di discrezionalità (essendo ben chiaro il precetto costituzionale), non degradabile a condizione temporanea o precaria o residuale, oltre a non potere avere un contenuto inferiore ai diritti riconosciuti in leggi ordinarie.

12. Brevi conclusioni in un percorso appena iniziato

Lo scenario politico e legislativo attuale esclude che una persona straniera possa fare ingresso legalmente in Europa e/o in Italia per motivi diversi dalla protezione internazionale, ciò che rende forse necessitato, in taluni casi (pochi o tanti che siano, non importa), il percorso della protezione internazionale, partendo da bisogni che afferiscono anche a ragioni economiche ma che hanno una caratteristica comune, quella di fuggire dalla miseria. Condizione che afferisce, si è visto, alla dignità della persona e dunque diritto umano.

L'attuale sistema, sia europeo che italiano, non offre alcuna soluzione sistemica a tale obbligato percorso e le ipotesi che, in varie sedi, si propongono non necessariamente coincidono con il rigoroso rispetto dei diritti della persona, ma nemmeno con l'interesse dello Stato ad un ordinato, coerente e razionale approccio alla realtà migratoria e ad una conseguente riduzione della spesa pubblica.

Il sistema di accoglienza italiano è oggettivamente inadeguato e inutilmente dispendioso, non programmato per offrire effettive ed omogenee opportunità di

64. M. Benvenuti, *Andata e ritorno per l'asilo costituzionale*, cit., p. 55.

inserimento sociale ai richiedenti; il sistema giudiziario è altrettanto inadeguato, costringendo i richiedenti ad attendere per anni la definizione della propria condizione giuridica; l'intero sistema è fallimentare perché, per coloro che non riescono ad ottenere una qualche forma di protezione, la strada è l'invisibilità giuridica e sociale, il lavoro nero, l'impossibilità di esercitare anche i più elementari diritti fondamentali.

E allora occorre cambiare il punto di vista, soprattutto da parte dello Stato, riaprendo i canali regolari di ingresso per motivi di lavoro (di fatto inesistenti da anni, con poche eccezioni), programmandone seriamente i flussi, consentendo alla persona straniera che dimostra di avere un lavoro di ottenere il permesso di soggiorno senza ricorrere all'ipocrisia e all'irrazionalista del sistema attuale dei flussi. Non da ultimo, aprendo, nel versante più drammatico ed impellente, canali umanitari strutturati e non casuali ed esigui come oggi avviene.

Tutto il resto, sono parole.

Ma occorre anche, fin che non cambia lo sguardo dello Stato, che ognuno degli attori che partecipano al complesso procedimento della protezione internazionale non perda mai di vista il diritto, la persona e la cornice costituzionale entro cui si collocano. Si è cercato di dimostrare che la protezione umanitaria non è, né può essere, così residuale, non è secondaria rispetto alla protezione internazionale, come non lo è nel sistema giuridico generale del diritto delle persone straniere, in quanto l'art. 5, co. 6 TU 286/98 ha radici (e potenzialità di applicazione) in precisi obblighi costituzionali ed internazionali, che non si possono disattendere.

Nello specifico della protezione internazionale, quella umanitaria ha un valore giuridico incredibilmente più ampio, proprio per quelle radici che espandono i motivi di tutela ben oltre il pre-definito catalogo del rifugio politico e della protezione sussidiaria.

A vent'anni dalla sua entrata in vigore, l'art. 5, co. 6 TU 286/98 è maturo per essere totalmente ed effettivamente applicato, senza considerare la protezione umanitaria, che esso esprime, una soluzione caritatevole o compassionevole, concetti estranei al sistema giuridico democratico e ugualitario.