

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2021

LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE INTRODOTTA DAL D.L. 130/2020. TRA PRINCIPIO DI FLESSIBILITÀ, RESISTENZE AMMINISTRATIVE E PROBLEMATICHE APPLICATIVE

di Nazzarena Zorzella

Abstract: Il presente saggio analizza in primis le innovazioni apportate dal d.l. n. 130/2020, convertito con modifiche nella l. n. 173/2020, all'art. 19 TU immigrazione; in particolare focalizza la natura della protezione speciale ed illustra il doppio percorso delineato dal legislatore per il rilascio del permesso per protezione speciale (all'interno del sistema asilo o con domanda diretta al questore), mettendo anche in rilievo le resistenze dell'apparato amministrativo che rischiano di vanificare la riforma. Nel contempo ci si propone di verificare se, con la riforma del 2020, possa dirsi attuato l'art. 10, co. 3 della Costituzione. È quindi analizzata la portata normativa del ripristinato art. 5, co. 6 TU immigrazione e il contesto entro il quale può tornare ad espandersi. Infine, un focus riguarda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, uno dei presupposti cioè per il riconoscimento della protezione speciale, che, valorizzando l'integrazione sociale intesa in senso ampio, secondo i criteri forniti direttamente dal legislatore, amplia nell'ordinamento italiano la portata dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

Abstract: This essay first analyses the changes to art. 19 of the Consolidation Act on Immigration no. 286/1998 introduced by the Decree-Law n. 130/2020, converted with amendments into the Law n. 173/2020. In particular, it focuses on the nature of special protection, illustrating the dual path outlined by the legislator for issuing the permit for special protection (either within the asylum system or with a direct application to the police commissioner); and highlights the resistance of the public administration apparatus which risks undermining the reform. At the same time, it examines the question as whether art. 10, para. 3 of the Constitution could actually be considered implemented by the 2020 reform. The analysis is then carried out with regard to the regulatory framework of the reinstated art. 5, para. 6 of the Consolidation Act and its renewed scope of application. Finally, a focus is put on the right to respect for private and family life, that is, one of the prerequisites for the recognition of special protection. But fosters a broad concept of social integration based on the criteria directly provided by the legislator, it extends the scope of art. 8 of the European Convention on Human Rights into the Italian legal system.

LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE INTRODOTTA DAL D.L. 130/2020. TRA PRINCIPIO DI FLESSIBILITÀ, RESISTENZE AMMINISTRATIVE E PROBLEMATICHE APPLICATIVE

di Nazzarena Zorzella*

SOMMARIO: 1. Premessa: da dove arriva la nuova protezione speciale. – 2. La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020. – 2.1. L'interpretazione distorsiva delle Amministrazioni dello Stato. – 3. La relazione tra il potere del questore e il parere della Commissione territoriale. Vincolatività o autonomia? – 3.1. I provvedimenti amministrativi in materia di protezione speciale sono vincolanti anche per l'Autorità giudiziaria? – 4. La nuova protezione speciale e l'art. 10, co. 3, della Costituzione. – 5. L'art. 5, co. 6 TU 286/98 e la relazione con l'art. 19. – 6. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel nuovo art. 19 TU. – 7. Questioni aperte.

Se, da un lato, siamo di fronte a una circolazione massiccia a livello globale di immagini e notizie sulle migrazioni mediterranee, dall'altro non possiamo non constatare come queste riproducano, nella gran parte dei casi, un'iconografia uniforme e stereotipata volta a sottolineare i tratti di vulnerabilità estrema e niente più. Emerge, infatti, per contrasto, il peso di quello stato di sostanziale invisibilità e silenzio a cui individui che non sono considerati cittadini e, in alcuni casi, neanche esseri umani, sono di fatto confinati.

Monica Massari, *Corpi infranti dinanzi allo spettacolo dell'orrore in Europa* **

1. Premessa: da dove arriva la nuova protezione speciale

Per meglio comprendere la portata e il significato della nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020 è necessaria una breve e sintetica ricostruzione storica della protezione umanitaria, le cui vicende, legislativa e giurisprudenziale, hanno condotto all'attuale nuova forma di tutela.

Già il d.l. n. 416/89 (conv. con mod. in legge 39/90, cd. legge Martelli), in occasione della riforma attuata dalla legge 388/93 (di ratifica dell'Accordo di Schengen), prevedeva quale limite generale alla regolare presenza della persona straniera al venir meno delle

* Avvocata ASGI del foro di Bologna.

** Politics. Rivista di Studi Politici - www.rivistapolitics.it - n. 10, 2/2018, pp. 83-95.
https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/630152/1182987/Massari_Politics.pdf.

condizioni generali di soggiorno «applicabili nel territorio di uno degli Stati contraenti», l'esistenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 4, commi 12-bis e 12-ter). Una certa ambiguità nella formulazione della norma è stata superata nel 1998 dalla legge n. 40, poi trasfusa nel TU immigrazione d.lgs. 286/98, che ha espressamente introdotto una clausola generale di salvaguardia del diritto al soggiorno, imponendo al potere pubblico di derogare alle regole ordinarie in presenza di obblighi costituzionali o internazionali o a fronte di serie ragioni di carattere umanitario. Si tratta dell'art. 5, co. 6, che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno, espressamente denominato dal 2004 per «protezione umanitaria», il quale, a differenza di altre speciali disposizioni derogatorie contenute nel TU immigrazione¹, non tipizza(va) le ipotesi al verificarsi delle quali il diritto al soggiorno poteva essere riconosciuto, perché non circoscrivibili in numero chiuso ma fattispecie aperte e in continua evoluzione, normativa e/o interpretativa².

L'art. 5, co. 6 TU rientra(va) nella competenza del questore, inserito nella parte del corpo normativo dedicato al soggiorno della persona straniera, era (ed è) coerente con altra previsione generale del TU, l'art. 2, co. 1³, che espande il riconoscimento dei diritti fondamentali a tutte le persone straniere a prescindere dalla regolarità della loro presenza sul territorio nazionale e fin dal loro ingresso.

Entrambe le disposizioni rispondevano ai precetti costituzionali di cui agli artt. 2 e 10 della Costituzione e se, va precisato, vari diritti fondamentali hanno trovato immediata declinazione nel TU (si pensi all'art. 19, agli artt. 18, 18-bis, 22, co. 12-quater ma anche agli artt. 32, 35, 38 e 43), le clausole aperte espresse dagli artt. 2, co. 1 e 5, co. 6 certamente conferivano all'intero sistema quella flessibilità imprescindibile per dare concretezza, caso per caso, a fattispecie non pre-determinate né pre-determinabili.

L'applicazione pratica dell'art. 5, co. 6 TU non è stata né immediata né diffusa, inizialmente a causa dell'assenza di un'espressa previsione che conferisse il potere al questore di rilasciare questo specifico permesso di soggiorno, esplicitato solo nel 2011 per effetto della riforma attuata con il d.l. n. 89/2011⁴, nonostante già il regolamento di

1. Si vedano gli artt. 18 (protezione speciale per vittime di sfruttamento criminale) e 31, co. 3 (assistenza minori) TU, presenti nel testo originario, a cui nel corso degli anni si sono aggiunti gli art. 18-bis (violenza domestica) e l'art. 22, co. 12-quater (sfruttamento lavorativo).

2. Cass., SU, n. 19393/2009 e n. 11535/09; Cass., n. 10686/2012, n. 26887/2013, n. 26566/2013, n. 21903/2015, n. 23604/2017, n. 4455/2018, n. 4890/2019.

3. Art. 2, co. 1 TU: «*Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono 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*».

4. D.l. n. 89/2011 che ha aggiunto all'art. 5, co. 6 la previsione secondo cui «*Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione*».

attuazione d.p.r. 394/99, modificato nel 2004⁵, contemplasse il permesso di soggiorno umanitario tra le tipologie di permessi rilasciabili (art. 11, co. 1 lett. c-ter).

Anche la prassi delle questure ha reso difficile la presentazione della domanda diretta al questore di rilascio del permesso umanitario, sull'errato presupposto che fosse riconoscibile solo dalle Commissioni territoriali per la protezione internazionale, mentre era (ed è) indubbia l'autonomia dell'art. 5, co. 6 TU rispetto al sistema della protezione internazionale, confermata anche dalla previsione regolamentare poc'anzi citata, secondo cui il permesso è rilasciato «per motivi umanitari, nei casi di cui agli articoli 5, comma 6 e 19, comma 1, del Testo unico, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero acquisizione dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale» (art. 11, co. 1 lett. c-ter d.p.r. 394/99)⁶. La congiunzione disgiuntiva ovvero non lasciava dubbi sull'alternatività delle due ipotesi.

Tuttavia, è solo con l'implementazione del sistema della protezione internazionale di derivazione europea (d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 25/2008) che la protezione umanitaria ha avuto un'estesa e concreta applicazione, quale diritto residuale rispetto alle ipotesi del rifugio politico e della protezione sussidiaria, perché in forza dell'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 la Commissione territoriale, dopo avere escluso le forme maggiori di protezione, poteva rinviare al questore per l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU. È utile, però, ricordare che ancor prima del sistema attuativo delle direttive europee, l'art. 1-ter d.l. n. 416/89, introdotto dalla legge 189/2002, faceva espresso rinvio all'art. 5, co. 6 TU 286/98 disponendo che «Nell'esaminare la domanda di asilo le Commissioni territoriali valutano per i provvedimenti di cui all'articolo 5, comma 6, del citato Testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è firmataria e, in particolare, dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848».

La norma contenuta nell'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 (testo originario) era certamente più chiara della previsione del 2002, perché non limitata alle conseguenze del rimpatrio ai sensi dell'art. 3 CEDU ma riferita ad un catalogo ampio e non tipizzato di diritti connessi ai seri motivi di carattere umanitario o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali (ex

5. Modifica apportata dal d.p.r. 334/2004.

6. Per un maggiore approfondimento si rinvia a V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista* n. 4.2012, p. 59 ss. Sia consentito rinviare a N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018; <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2018-1/208-la-protezione-umanitaria-nel-sistema-giuridico-italiano>.

art. 5, co. 6 TU) e, come detto, è nel contesto della sua applicazione che l'istituto della protezione umanitaria ha avuto implementazione ed è stato intensamente esplorato dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁷, che ne hanno riconosciuto la natura di diritto fondamentale, al pari della protezione internazionale⁸.

Tuttavia, proprio perché ha avuto un'importante applicazione nel sistema asilo, prevalendo nel corso degli anni sulle forme tipiche della protezione internazionale⁹, sulla protezione umanitaria si è abbattuta la scure del legislatore del 2018 che, ritenendo i criteri per il suo riconoscimento dai contorni incerti¹⁰ e dunque arbitrari, con il d.l. n. 113/2018 ha abrogato l'art. 5, co. 6 TU nella parte in cui richiamava i seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali, espungendo anche l'ultimo periodo della norma, relativo alla competenza del questore al rilascio del permesso umanitario. Correlativamente ha abrogato la lettera c-ter dell'art. 11 regolamento di attuazione d.p.r. 394/99 e ha modificato l'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, da cui ha eliminato il richiamo all'art. 5, co. 6 TU immigrazione, sostituendolo con la previsione della possibilità per le Commissioni territoriali di riconoscere, in via residuale, la protezione, a cui è stata attribuita la denominazione «speciale», in presenza dei requisiti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU.

Disposizione che nel 2018 riguardava i divieti di espulsione e respingimento per il rischio di «persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione» (co. 1) o per il rischio della persona «di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani» (co. 2).

7. Tra le tante pronunce, si vedano Cass., SU, n. 19393/2009, n. 11535/09, n. 30658/2018; Cass., n. 10686/2012, n. 26887/2013, n. 26566/2013, n. 21903/2015, n. 23604/2017, n. 4455/2018, n. 28990/2018, n. 10922/2019, 13096/2019, n. 1104/2020, n. 8819/2020. Cfr. tra le varie analisi, M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, numero monografico *L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*,

https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-protezione-umanitaria-nelsistema-deidiritti-umani_536.php.

Si rinvia anche a M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista* n. 1.2019. <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2019-1/345-il-dito-e-la-luna-la-protezione-delle-esigenze-di-carattere-umanitario-degli-stranieri-prima-e-dopo-il-decreto-salvini>; dello stesso Autore, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2.2018

https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/506/qg_2018-2_03.pdf.

8. Cass., SU, n. 11535/2009 e SU, n. 19393/2009.

9. M. Giovannetti, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *Questione giustizia*, maggio 2021.

10. http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/50700_testi.htm.

Quel nuovo permesso di soggiorno aveva durata annuale e non convertibile in altro tipo di permesso, potendo solo essere rinnovato a fronte di parere positivo della Commissione territoriale, chiamata dunque a verificare di anno in anno la permanenza dei requisiti dell'art. 19. Prima della riforma, invece, la durata del permesso umanitario era biennale¹¹ e convertibile in lavoro o comunque rinnovabile previo parere della Commissione territoriale se sussistenti i presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU.

In buona sostanza, invertendo totalmente la natura aperta e flessibile della protezione umanitaria ex art. 5, co. 6 TU immigrazione, la protezione speciale del 2018 è (era) divenuta elemento di rigidità dell'intero sistema asilo e strumento di coazione della persona straniera a rimanere per sempre in una data condizione giuridica (quella afferente ai presupposti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1 TU 286/98), perdendo la quale scivolava in una condizione di irregolarità e dunque di perdita di tutti i diritti. Non stupisce, pertanto, che nell'ambito della protezione internazionale questa potente restrizione abbia fatto precipitare i tassi di accoglimento della protezione speciale ai minimi storici (1% nel 2019 e 2% nel 2020, a fronte del 25% nel 2017 e 21% nel 2018 per la protezione umanitaria¹²), complice anche una opinabile interpretazione, amministrativa e giurisprudenziale, secondo cui i presupposti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1. TU erano accertabili solo in presenza di cause ostative al riconoscimento del rifugio politico o della protezione sussidiaria (in genere: preclusioni ex art. 12, 13, 15, 16 d.lgs. 251/2007)¹³.

In realtà, la relazione tra ostatività al riconoscimento della protezione internazionale e requisiti indicati nell'art. 19 TU non è l'unica lettura che poteva darsi, perché i presupposti per i quali questa disposizione vieta(va) in modo assoluto l'espulsione o il respingimento solo in parte coincidono con i presupposti del rifugio politico di cui all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati e all'art. 8, d.lgs. 251/2007 o della protezione sussidiaria, di cui all'art. 14, d.lgs. 251/2007. Infatti, rispetto ai motivi in forza dei quali è riconoscibile il rifugio politico (razza, religione, nazionalità, particolare gruppo sociale, opinione politica), l'art. 19, co. 1 indicava (e indica ancora) ulteriori fattori, cioè la lingua, il sesso, la cittadinanza (elemento in parte diverso dalla nazionalità), le condizioni personali o sociali.

Motivi di rischio persecutorio che non entrano nella fattispecie del rifugio politico e pertanto non può sostenersi che i divieti contenuti nell'art. 19, co. 1 TU vengano in rilievo

11. La durata biennale era espressa nell'art. 6, co. 2, d.p.r. 21/2015, abrogato dal d.l. 113/2018.

12.

Vedi

http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/schede_riepilogative_al_2020.pdf.

13. Si veda, in proposito, P. Papa, *Esclusione, non respingimento, protezione umanitaria: brevi note a margine di Cassazione n. 11668 del 2020*, in *Questione giustizia*, Diritti senza confini, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/esclusione-non-respingimento-protezione-umanitaria-brevi-note-a-margine-di-cassazione-n-11668-del-2020>.

solo in presenza di cause ostative al riconoscimento del rifugio, perché una simile interpretazione restringerebbe illegittimamente la natura stessa della norma di non *refoulement*, facendola indebitamente coincidere con i (mancati) presupposti del rifugio. Lo stesso ragionamento vale per il rischio di tortura di cui al co. 1.1. dell'art. 19 pre-riforma 2020¹⁴, ritenuto applicabile in presenza di cause ostative al riconoscimento della protezione sussidiaria, in quanto il rischio tortura non si esaurisce in quello dei tre presupposti di cui all'art. 14 d.lgs. 251/2007.

In disparte queste considerazioni, la scure abbattutasi nel 2018 sulla protezione umanitaria ha lasciato un preoccupante vuoto in tutta la disciplina del diritto dell'immigrazione che, orfana della norma generale di salvaguardia dell'art. 5, co. 6 TU, si è trovata priva di uno strumento concreto di attuazione dei pur esistenti e persistenti obblighi costituzionali e internazionali. Questi, infatti, non potevano certamente essere abrogati, avendo fonte direttamente nella Costituzione, come affermato anche dal Presidente della Repubblica all'atto della firma al d.l. n. 113/2018¹⁵, ma è fuor di dubbio che, in assenza di procedure precise, sia sostanziali che processuali, erano di difficile concretizzazione.

Né il vuoto poteva dirsi riempito dalla previsione degli specifici permessi di soggiorno introdotti dal d.l. n. 113/2018, cioè quello per cure mediche (art. 19, co. 2 lett. d-bis TU) o per calamità (art. 20-bis TU), poiché entrambi coprivano determinati diritti, lasciandone fuori molti altri, tutti quelli che non possono essere tipizzati perché non predeterminabili. Infine, l'abrogazione del permesso umanitario ha reso estremamente difficile la conversione di quel titolo già rilasciato prima della riforma, in quanto la disposizione transitoria prevista dall'art. 1, co. 8 e 9, d.l. n. 113/2018 poneva l'alternativa tra il rinnovo per protezione speciale, secondo i nuovi criteri, o per lavoro, in presenza di un'attività in corso. Regole non facilmente concretizzabili, sia per l'improvvisa modifica di quelle precedenti, che per interpretazioni restrittive delle questure, che ancora oggi determinano un significativo contenzioso¹⁶.

Un parziale temperamento a questo nuovo restrittivo sistema è arrivato dalla giurisprudenza che, riflettendo sulla retroattività o meno delle nuove disposizioni nel sistema della protezione internazionale, l'ha esclusa, affermando che per tutte le domande di

14. Questo il testo dell'art. 19, co. 1.1 vigente nel 2018: «*Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*».

15. <https://www.quirinale.it/elementi/18098>.

16. Ad esempio, in molti casi le conversioni sono state riconosciute dalle questure solo in presenza di un lavoro in corso e non in forza di mera iscrizione al Centro per l'impiego, oppure pretendendo una continuità lavorativa o la dimostrazione di un determinato reddito, ecc.

riconoscimento della protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018) debba essere accertata la “vecchia” protezione umanitaria e non la speciale di nuova introduzione (Cass., SU, n. 29459, 29460 e 29461 del 2019).

Tuttavia, il ripristino della legalità costituzionale, cioè il rispetto da parte del legislatore dell’obbligo di cui all’art. 10, commi 1 e 2 Cost.¹⁷, è avvenuto solo con il d.l. n. 130/2020, entrato in vigore il 21 ottobre 2020 e convertito con modifiche nella legge n. 173/2020, pubblicata in G.U. il 19 dicembre 2020.

2. La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020

La riforma del 2020 è intervenuta su vari aspetti che riguardano i permessi di soggiorno, oltre che in relazione ad alcune ipotesi procedurali della protezione internazionale, al sistema di accoglienza, in materia di contrasto al salvataggio in mare o per alcune disposizioni penali¹⁸.

Per quanto riguarda i permessi di soggiorno è stata, innanzitutto, reintrodotta la parte dell’art. 5, co. 6 TU relativa al dovere di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali ma senza ripristino dei seri motivi di carattere umanitario e senza espressa previsione della competenza del questore al rilascio del titolo di soggiorno¹⁹. Inoltre, è stata modificata la disciplina di permessi di soggiorno fino ad allora ritenuti temporanei e/o non convertibili (permessi per calamità, ex art. 20-bis TU, per residenza elettiva, ex art. 11, co. 1 lett. c-quater) ex d.p.r. 394/99, per acquisto cittadinanza o riconoscimento apolidia, ex art. 11, co. 1 lett. c) d.p.r. 394/99, per attività sportiva, ex art. 27, co. 1, lettera p) TU, per lavoro artistico, ex art. 27, co. 1, lettere m), n) ed o), per motivi religiosi, ex art. 5, co. 2 TU, per assistenza di minori, ex art. 31, co. 3 TU e, infine, in sede di conversione in legge è stato reso convertibile anche il permesso di soggiorno per cure mediche, ex art. 19, co. 2-bis TU.

Modifiche, tutte, che hanno reso estremamente flessibile e tendenzialmente uniforme il sistema regolatorio del diritto al soggiorno delle persone straniere, consentendo l’adattamento giuridico alla modificazione della propria condizione conseguente all’evolversi del progetto esistenziale, non più cristallizzata al solo motivo dell’ingresso in Italia o all’acquisizione originaria di un titolo di soggiorno, così attenuandosi quel principio alla base

17. «L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

18. Per una prima analisi dell’intero d.l. n. 130/2020 cfr. M. Giovannetti, N. Zorzella, (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

19. Il testo attuale è, dunque, questo: «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

dell'originario Testo unico immigrazione, d.lgs. 286/98, che prevede uno stretto legame tra motivo dell'ingresso e motivo del soggiorno (art. 5, co. 2), con temperamenti limitati al solo lavoro e famiglia (art. 6, co. 1 TU) o introdotti in attuazione del diritto europeo (art. 5, co. 5 TU in materia di coesione familiare).

L'odierna disciplina, dunque, ha reso più elastico l'intero sistema, ma la straordinaria modificazione del nuovo approccio alla questione migratoria (limitata, non può tacersi, alla condizione di chi è già presente sul territorio nazionale, mentre nulla è stato modificato rispetto ai canali di ingresso regolari) è stata completata con la radicale riforma operata dal d.l. n. 130/2020 all'art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2 TU e con il ripristino quasi completo dell'art. 5, co. 6 TU nella parte abrogata nel 2018.

Introdotta nel 1998 con la legge n. 40/98, poi trasfusa nel TU, l'art. 19 ha rappresentato il limite assoluto, inderogabile, del potere statale di allontanare o respingere una persona straniera in presenza del rischio di persecuzione, nel Paese di origine o in quello di rinvio, per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (co. 1). Nel 2017, per effetto dell'introduzione nell'ordinamento italiano del delitto di tortura con legge n. 110/2017, la norma è stata integrata con il comma 1.1, recante il divieto assoluto di espulsione, respingimento o estradizione per il rischio di assoggettamento a tortura, tenendo conto anche «anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

La protezione da questi rischi, va evidenziato, non era e non è limitata al Paese di origine della persona straniera, ma è indicata dal legislatore senza specificazione, ovverosia in modo indeterminato verso uno Stato o verso un altro Stato, comprendendovi dunque sia quello di origine che di eventuale rinvio e pertanto proteggendo anche dal respingimento indiretto. Accezione che dovrebbe rilevare, ad esempio, per i respingimenti indiretti (o i mancati soccorsi, speculari ai primi) delle persone migranti verso la Libia, ove è indiscutibilmente accertato che sono assoggettate a torture e violenze immani nei Centri di detenzione ufficiali e soprattutto in quelli informali, ben più numerosi, gestiti da gruppi criminali. Raramente, tuttavia, l'art. 19, commi 1 e 1.1 TU è stato applicato in quei termini, in sede amministrativa o giudiziale, in relazione alle domande di riconoscimento della protezione internazionale nella forma della protezione speciale, nonostante la stragrande maggioranza dei richiedenti asilo sia arrivata, nell'ultimo decennio, dalla Libia.

A parte questo inciso, su cui però è bene riflettere, è con il d.l. n. 130/2020 che l'art. 19 ha subito una profonda revisione, sia al comma 1 ma soprattutto al comma 1.1 e con introduzione del comma 1.2, che estende la protezione speciale al di fuori del sistema asilo, così mutando, per certi versi, la natura stessa della norma, da obbligo negativo dello Stato a obbligo anche positivo. Se, infatti, quei divieti assoluti di espulsione, respingimento o estradizione valgono, oggi come ieri, in tutti i contesti giuridici nei quali una persona

straniera si trovi (penale, civile, amministrativo), con la riforma del 2020 diventano anche presupposto per il riconoscimento del diritto al soggiorno mediante rilascio di specifico titolo denominato di «protezione speciale».

Per quanto riguarda le modifiche apportate al comma 1, in sede di conversione del decreto n. 130 in legge n. 173/2020, ai fattori di rischio già presenti sono aggiunti quelli per orientamento sessuale e identità di genere, così completando il catalogo dei divieti assoluti in presenza dei quali non può disporsi né espulsione né respingimento.

Ma è il comma 1.1 che riceve una più radicale trasformazione, in quanto all'originario rischio tortura sono aggiunti:

il rischio di trattamenti inumani e degradanti, con evidente evocazione dell'art. 3 Convenzione europea dei diritti umani, che rappresenta già divieto assoluto inderogabile ai sensi dell'art. 15 della stessa Convenzione, rispetto a cui recedono anche le esigenze dello Stato afferenti alla sicurezza dello Stato (Corte EDU, Grande Chambre, 23.2.2012, Hirsi Jamaa c. Italia; Corte EDU 23.2.2016, n. 44883/09);

in sede di conversione del decreto in legge n. 173/2020 è inserito, nel medesimo primo periodo, il diritto al rispetto dell'art. 5, co. 6 TU, ripristinato dallo stesso d.l. n. 130/2020 e, dunque, il dovere dello Stato di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali;

il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con l'unica eccezione relativa a ragioni di sicurezza nazionale, ordine e sicurezza pubblica o di protezione della salute ma «nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

Rinviando a successiva parte l'analisi soprattutto di quest'ultima innovazione, va qui evidenziato che è con l'introduzione del comma 1.2 che i precedenti commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU acquistano una notevole potenza espansiva, trasformando la norma, come già accennato, da mero obbligo negativo (astensione da espulsione, respingimento ed estradizione) a obbligo positivo, di riconoscimento del diritto al soggiorno mediante rilascio del permesso per protezione speciale (denominazione che il legislatore ha, inopportunamente, conservato). Il diritto al soggiorno, in presenza di uno dei presupposti contenuti nei commi 1 e 1.1, non è più limitato al sistema della protezione internazionale, come è stato dopo la riforma del 2018, ma si ripristina quella possibilità già originariamente prevista dall'art. 5, co. 6 TU di rilascio del permesso richiesto direttamente al questore. Infatti, il co. 1.2 stabilisce che «Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il questore, previo parere della Commissione

territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale».

L'inciso «Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno» rende evidente il doppio percorso che può condurre al rilascio di un permesso per protezione speciale: 1) nell'ambito della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, qualora la Commissione territoriale non riconosca né il rifugio politico né la protezione sussidiaria ma ritenga sussistente uno dei presupposti indicati nei commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU; 2) con istanza rivolta direttamente al questore, il quale non decide autonomamente ma deve attivare un sub-procedimento inviando alla Commissione territoriale affinché esprima un parere in merito.

Se l'innovazione è chiara con riguardo al dovere per le Commissioni territoriali di valutare, all'interno del sistema di protezione internazionale, l'esistenza di uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale di nuovo conio, rinviando al questore per il rilascio dello specifico titolo (come avveniva prima della riforma 2018 per la protezione umanitaria e dal 2018 per quella speciale all'epoca vigente), è altrettanto chiaro il secondo percorso, attivabile con istanza rivolta direttamente al questore, il quale non decide autonomamente ma deve richiedere il parere alla Commissione territoriale per l'accertamento di uno dei presupposti di cui ai commi 1 e 1.1.

Non ci sarebbe stata necessità di introdurre l'ultimo periodo del comma 1.2 se il legislatore avesse inteso esclusivamente ampliare i criteri per il riconoscimento della protezione speciale nell'ambito del sistema della protezione internazionale, e il rinvio al parere della Commissione territoriale, anche per il percorso "questorile", si giustifica con le competenze tecniche proprie di essa, estranee a quelle dell'Autorità di P.S. Solo un organo a cui il legislatore ha già assegnato compiti di conoscenza tecnica della realtà dei Paesi di origine o di transito dei richiedenti asilo, che si forma attraverso l'acquisizione di precise ed aggiornate fonti di informazione (artt. 4, 8 e 27, d.lgs. 25/2008 e art. 3, d.lgs. 251/2007), può effettivamente accertare se in un dato Paese, di origine o di rinvio, vi siano rischi tra quelli indicati nei commi 1 e 1.1. Conoscenza che certamente non appartiene al questore, organo locale di pubblica sicurezza non dotato di quelle specifiche competenze tecniche ed è irrilevante che il necessario intervento delle Commissioni territoriali avvenga al di fuori del sistema asilo, giacché è nella discrezionalità del legislatore ampliare le competenze in capo ad un determinato organo amministrativo.

Nonostante la chiarezza della disposizione in commento, si è subito assistito ad una forte resistenza dell'apparato amministrativo nel recepirlo e dunque nell'attuare la straordinaria riforma dell'art. 19 operata con il d.l. n. 130/2020.

2.1. *L'interpretazione distorsiva delle Amministrazioni dello Stato*

È accaduto, infatti, che pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 la Commissione nazionale asilo ha emesso, il 3 novembre 2020, una Nota indirizzata alle Commissioni territoriali²⁰ in cui, con specifico riferimento alla valenza dell'art. 19, co. 1.2, riconosce che la nuova ipotesi della protezione speciale si applica anche al di fuori della procedura di asilo, ma nel contempo afferma che essa «ricorre nel caso in cui il questore, “in sede di esame di un’istanza per il rilascio di un permesso di soggiorno ad altro titolo” ritenga che sussistano le condizioni di cui ai commi 1 ed 1.1 dell’art. 19 TUI e, al riguardo, chiede il “parere” della Commissione territoriale».

L'inciso ad altro titolo era ed è palesemente ultroneo rispetto al testo normativo, che non lo contiene affatto, oltre ad essere illogico, se si considera che l'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 è specificamente dedicato alla protezione speciale e dunque il permesso di soggiorno in forza di esso rilasciabile non può che essere disciplinato dalla medesima disposizione. Quell'inciso ha comportato da subito l'indisponibilità delle questure ad accettare la formalizzazione della domanda diretta di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, osteggiata con varie modalità informali, fino a quando il Ministero dell'interno ha formalizzato detta contrarietà con circolare 19 marzo 2021 prot. 23186²¹.

In essa, in caso di domanda rivolta direttamente al questore, il Ministero ritiene che il secondo capoverso del comma 1.2 dell'art. 19 TU «disciplini il caso in cui lo straniero abbia presentato una **istanza di rilascio di un permesso di soggiorno per altro motivo** (ad es. studio, lavoro, etc.)» (n.d.r.: il grassetto è contenuto nella circolare) precisando che «In tale circostanza il questore, qualora ritenga possano ricorrere i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, previo parere favorevole della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale».

La circolare, a prescindere dalla sua irrilevanza giuridica (questo atto amministrativo non rientra tra le fonti del diritto), è palesemente illegittima sotto due profili: da un lato perché nega che possa essere formulata espressa domanda di rilascio del permesso per protezione speciale, dall'altro perché sembra sottendere un potere valutativo autonomo del questore rispetto al parere espresso dalla Commissione territoriale.

Quanto al primo aspetto, l'interpretazione del comma 1.2 della Commissione nazionale asilo e del Ministero dell'interno si configura come manifestamente errata, perché disattende il tenore letterale della norma e ne stravolge l'intera ratio. Come già detto, infatti, sul piano

20. Il testo della Nota della CNA è allegata alla rubrica dell'Osservatorio italiano, a cura di P. Bonetti, in questa *Rivista* n. 1/2021.

21. La circolare in commento è pubblicata nel n. 2.2021 di questa *Rivista*, nella rubrica *Osservatorio italiano*, a cura di P. Bonetti.

sistematico l'art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2 TU è interamente dedicato alla protezione speciale, della quale sono disciplinati sia i presupposti (commi 1 e 1.1) che la procedura (co. 1.2), quest'ultima integrata, per la sola tutela riconoscibile nell'ambito della protezione internazionale, dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 novellato dal medesimo d.l. n. 130/2008²². Del resto, le stesse Amministrazioni dello Stato riconoscono il doppio percorso all'esito del quale può essere rilasciato il permesso per protezione speciale, ma non condividono che nel percorso attivato direttamente davanti al questore la domanda possa essere espressamente denominata per protezione speciale.

Sia la circolare della CNA che quella del Ministero non motivano tale ritenuta impossibilità, cioè non spiegano perché si debba far finta di presentare un permesso di soggiorno per altro motivo (ad es. studio, lavoro, etc.) pur sapendo di non averne i requisiti, solo per consentire al questore di valutare l'esistenza, o meno, dei requisiti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, chiedendo in tal caso il parere alla Commissione territoriale. Un meccanismo, all'evidenza irrazionale e ipocrita, che nega la corrispondenza della domanda alla propria (ritenuta) condizione giuridica (art. 5 TU) e sottrae il diritto alla persona di rappresentarla effettivamente, nel contempo affidando al questore un potere discrezionale, che sconfinava con l'arbitrio (in violazione dell'art. 10, co. 2 Cost.), di decidere se vi siano, o meno, i presupposti per la richiesta di parere alla Commissione. Lo scenario di una siffatta pretesa è, infatti, che la persona straniera chieda, ad esempio, il rilascio di un permesso per studio o per lavoro, senza allegare la documentazione richiesta per l'uno o l'altro permesso (documentazione che risponde ai requisiti indicati nel TU 286/98 e nel suo regolamento di attuazione d.p.r. 394/99, nonché elencata nelle tipologie di permesso fornita dalle polizie di Stato²³), eventualmente priva di indicazione di alcuno dei presupposti di cui all'art. 19 (lo stesso vale anche se siano indicati ma non pertinenti alla motivazione del titolo richiesto) e per effetto di essa il questore abbia consapevolezza, d'ufficio, che quella persona integri uno dei presupposti di cui al citato art. 19 e allora, solo allora, attivi il sub-procedimento richiedendo il parere alla Commissione territoriale.

È palese, va ribadita, l'irrazionalità di un siffatto scenario, tanto più se si considera che in molti casi la persona straniera che può accedere alla protezione speciale di nuovo conio

22. Art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 riformato dal d.l. n. 130/2020: «*Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno biennale che reca la dicitura "protezione speciale", salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga. Il permesso di soggiorno di cui al presente comma è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa, fatto salvo quanto previsto in ordine alla convertibilità dall'articolo 6, comma 1-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*».

23. Ad esempio: [https://questure.poliziadistato.it/statics/18/2_rilascio-rinnovo-questura.pdf?lang=it#:~:text=1\)%20marca%20da%20bollo%20da,nel%20permesso%20di%20soggiorno%20.https://questure.poliziadistato.it/statics/16/documenti-per-permesso-di-soggiorno.pdf?lang=it.https://www.portaleimmigrazione.it/?wt.ac=1473800378142.](https://questure.poliziadistato.it/statics/18/2_rilascio-rinnovo-questura.pdf?lang=it#:~:text=1)%20marca%20da%20bollo%20da,nel%20permesso%20di%20soggiorno%20.https://questure.poliziadistato.it/statics/16/documenti-per-permesso-di-soggiorno.pdf?lang=it.https://www.portaleimmigrazione.it/?wt.ac=1473800378142.)

non ha mai avuto un pregresso titolo di soggiorno e pertanto dovrebbe inventarsi una domanda oggettivamente e sin dall'inizio inaccoglibile.

Non si ignora che una disposizione generale del TU immigrazione prevede che «Il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente Testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente Testo unico.» (art. 5, co. 9). Norma che, a parte la sua totale disapplicazione nella prassi da parte delle questure, esprime un principio che non nega ma, al contrario, valorizza il diritto della persona straniera di chiedere il permesso che ritiene coincidente con la propria condizione giuridica, imponendo al questore, se non la rinvenga, di accertare l'esistenza di altri presupposti. L'art. 5, co. 9 TU rappresenta, infatti, un ulteriore elemento di flessibilità dell'intero sistema, che riguarda tutte le tipologie dei permessi di soggiorno, ognuna delle quali ha una specifica disciplina che stabilisce sia i requisiti che le procedure per il suo rilascio, i quali vanno prioritariamente accertati, e solo se ritenuti non esistenti, il questore dovrà valutare la possibilità di rilasciare un permesso ad altro titolo. Questo non significa che per il solo permesso di soggiorno per protezione speciale il questore non debba prima verificare l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 19 TU e poi, se ritenuti insussistenti, verificare se vi siano i presupposti per altro permesso di soggiorno. Ciò che fa la circolare del Ministero è di invertire, irragionevolmente, questo schema generale.

La pretesa del Ministero dell'interno di non accettare le domande espressamente finalizzate al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, dichiarandole irricevibili in forza della circolare del 19 marzo 2021, ha già innescato critiche e richieste di revoca sia di essa che di quella della CNA²⁴ e ha già indotto un contenzioso giudiziale di cui non c'era certamente bisogno, costringendo a presentare ricorsi d'urgenza per riconoscere il diritto alla formalizzazione della domanda. La giurisprudenza già formatasi sul punto è concorde nel ritenere illegittima la circolare ministeriale che, aggiungendo la locuzione ad altro titolo sovverte il tenore letterale dell'art. 19, co. 1.2 TU, riconoscendo pertanto il diritto alla presentazione della domanda di rilascio dello specifico permesso per protezione speciale²⁵.

24. Si veda la richiesta di ASGI ai Ministeri, del 6 maggio 2021, in

<https://www.asgi.it/notizie/protezione-speciale-divieti-di-espulsione-asgi-scrive-al-ministero-dellinterno/>.

25. Trib. Bologna 6.5.2021 RG. 3246/2021; Trib. Bologna 17.5.2021 RG. 3877/2021; Trib. Napoli 24.5.2021 RG. 11264/2021; Trib. Ancona 29.5.2021 RG. 2505/2021; Trib. Venezia 3.6.2021 RG. 3057/2021; Trib. Bologna 3.6.2021 RG. 3926/2021. I decreti sono pubblicati in questo numero della *Rivista*, nella rubrica *Asilo e protezione internazionale*.

3. La relazione tra il potere del questore e il parere della Commissione territoriale. Vincolatività o autonomia?

In parte connessa alla questione trattata nel precedente paragrafo è quella del potere del questore nel caso di domanda diretta²⁶, se cioè sia autonomo rispetto al parere espresso dalla Commissione territoriale (ai sensi del co. 1.2 dell'art. 19 TU) o se, invece, sia a questo vincolato. La richiamata circolare del Ministero dell'interno sembra propendere per l'affermazione dell'autonomia del questore rispetto al parere della Commissione o quantomeno si pone in termini ambigui («qualora ritenga possano ricorrere i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, previo parere favorevole della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale»), ma, in entrambi i casi, trattasi di interpretazione non giustificata dal tenore letterale della norma, se non nei limiti che seguono.

Innanzitutto va precisato che il legislatore non ha qualificato espressamente in termini di vincolatività il parere della Commissione territoriale, mentre è indubbio che la sua richiesta sia certamente obbligatoria. Tuttavia, la vincolatività esiste in entrambi i percorsi (nell'ambito della protezione internazionale o con domanda diretta al questore), quando la Commissione territoriale accerta l'esistenza di uno dei divieti assoluti declinati nell'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, perché è proprio la natura dei divieti che esclude possa ritenersi sussistente un diverso ed autonomo potere del questore di negare il diritto al soggiorno.

Così è per i rischi di cui al co. 1, il cui divieto è preceduto dall'inciso «In nessun caso», ma altrettanto può dirsi per i divieti connessi ai rischi tortura, trattamenti inumani o degradanti o in presenza di obblighi costituzionali o internazionali (art. 5, co. 6 TU), ricompresi nel primo periodo del co. 1.1 dell'art. 19 TU. Se per i primi due, infatti, già la normativa da cui traggono origine li qualifica come inderogabili²⁷, per quanto riguarda gli obblighi costituzionali o internazionali, questi partecipano alla medesima natura in forza dell'indicazione offerta del singolo obbligo dal legislatore stesso (si vedano gli artt. 2, co. 1, 19, 35, 43 TU) o in forza dell'elaborazione costituzionale (si pensi, ad esempio, al diritto alla salute come limite all'espulsione, di cui alla Corte cost. 252/2001 o il diritto all'unità familiare anche per le persone prive di permesso di soggiorno, di cui alla Corte cost. 202/2013) o perché discendono da specifiche Convenzioni internazionali, laddove esse contengano precetti direttamente applicabili nell'ordinamento interno (si veda, ad esempio, la Convenzione di Istanbul del 2011, ratificata in Italia con d.l. n. 93/2013, conv. con mod.

26. All'interno del sistema asilo è pacifica la natura vincolata del rinvio, operato dalla Commissione territoriale al questore per il rilascio del permesso *ex* art. 5, co. 6 TU (Cass., SU, 11535/2009 e SU, n. 19393/2009) e in termini analoghi vale per la protezione speciale.

27. Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, ratificata in Italia con legge n. 489/1988 e art. 3 CEDU, inderogabile *ex* art. 15 della medesima Convenzione.

in legge 119/2013, senza dimenticare la stessa Convenzione europea dei diritti umani e i suoi artt. 2 e 4, par. 1 e 7, oltre ovviamente all'art. 3).

Gli esempi potrebbero essere molteplici. La stessa natura di clausola di salvaguardia attribuita pacificamente all'art. 5, co. 6 TU conferma l'inderogabilità della violazione di obblighi costituzionali o internazionali, proprio perché segna il limite invalicabile al potere attribuito dal legislatore al questore di rifiutare il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno "altro", in caso di difetto dei presupposti indicati dalla specifica disciplina del TU immigrazione per quel dato permesso di soggiorno.

In tutti questi casi è indubbia la vincolatività del parere della Commissione territoriale per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, poiché i diritti sottostanti prevalgono sulle esigenze dello Stato di regolamentazione della circolazione dei non cittadini sul territorio nazionale, tant'è che essi sono stati inseriti in una norma – l'art. 19 TU – titolata Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili.

Maggiore difficoltà comporta, invece, la qualificazione di vincolatività del parere della Commissione territoriale in relazione all'ultima fattispecie introdotta dal d.l. n. 130/2020 all'art. 19, co. 1.1 TU, vale a dire l'obbligo di rispetto del diritto alla vita privata e familiare, in relazione al quale il legislatore stesso ha provveduto a indicare compiutamente i criteri per il suo accertamento: natura ed effettività dei vincoli familiari, durata del soggiorno in Italia ed esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese di origine. Diritto che, si preciserà meglio di seguito, non è perfettamente coincidente con quello sancito dall'art. 8 CEDU o meglio con l'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quello che si intende qui porre in rilievo è se l'accertamento di questo diritto sia di esclusiva pertinenza della Commissione territoriale o se lasci margine di discrezionalità al questore, non tanto in riferimento alla natura del diritto quanto per effetto dell'incompletezza della procedura amministrativa di cui al co. 1.2 dell'art. 19, in cui mancano indicazioni chiare di cosa il questore debba inviare alla Commissione territoriale (una propria relazione o la documentazione fornita dall'interessato/a?) e quale istruttoria questa debba espletare per accertare l'esistenza del diritto, se cioè debba o possa acquisire direttamente dall'interessato/a elementi utili per l'accertamento del diritto, se debba o meno sentirlo/a. Mancanza di regole procedurali che può condurre ad un inadeguato parere da parte della Commissione, qualora il questore non invii tutta la documentazione eventualmente fornita dalla persona straniera o quest'ultima l'abbia fornita parzialmente, rendendo astrattamente necessaria la sua convocazione davanti alla Commissione territoriale, che tuttavia non è formalmente prevista.

È, dunque, urgente che il legislatore provveda all'introduzione di regole procedurali, che, senza indurre una burocratizzazione eccessiva, diano indicazioni precise alle Amministrazioni dello Stato, escludendo comportamenti arbitrari perché non disciplinati dalla legge e dunque contrari all'art. 10, co. 2 della Costituzione, che assegna al solo legislatore il potere di disciplinare la condizione giuridica della persona straniera.

A parte queste difficoltà, che però rischiano di compromettere, negandolo, il diritto alla protezione speciale, non pare potersi dubitare che anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare condivida la natura inderogabile degli altri diritti compresi nel novellato art. 19 TU, con le sole eccezioni individuate direttamente dal legislatore per questo solo diritto (non per gli altri), cioè qualora «sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute». Eccezioni che richiamano quelle preclusive all'ingresso (e dunque anche al soggiorno) per le persone straniere che chiedano il ricongiungimento familiare, secondo quanto previsto dall'art. 4, co. 3 TU e pertanto l'accertamento di esse dovrà essere svolto secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in relazione al diritto all'unità familiare (inteso anche come coesione familiare ex art. 5, co. 5 TU).

Ferme restando le carenze procedurali dianzi indicate, si può concludere nel senso di qualificare la natura del diritto al rispetto della vita privata e familiare come relativamente inderogabile e dunque anche per esso è certamente vincolante il parere della Commissione territoriale, richiesto dal co. 1.2 dell'art.19, ma il questore ha il potere di discostarsi da esso solo in presenza di ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute.

3.1. I provvedimenti amministrativi in materia di protezione speciale sono vincolanti anche per l'Autorità giudiziaria?

La natura vincolante, assoluta o relativa, del parere della Commissione territoriale non vincola certamente l'Autorità giudiziaria, perché la natura fondamentale del diritto alla protezione speciale non impedisce la disapplicazione del provvedimento amministrativo se accertata giudizialmente la sua esistenza.

In tal senso può richiamarsi la giurisprudenza formatasi con riguardo ad altre fattispecie di diritti riconosciuti a specifiche categorie di persone straniere in ragione della peculiarità della loro condizione personale, quali le vittime di sfruttamento criminale (art. 18 TU), o di violenza domestica (art. 18-bis TU) o di grave sfruttamento lavorativo (art. 22, co. 12-quater TU), per le quali il TU immigrazione ha delineato specifiche tutele e permessi di soggiorno. Situazioni, queste, qualificate di diritto soggettivo, per le quali è stata innanzitutto riconosciuta la giurisdizione ordinaria perché «In tutti questi casi – che sono particolarmente delicati e meritevoli di tutela – non si può certamente dubitare della natura

della posizione soggettiva del richiedente come “diritto soggettivo” da annoverare tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall’art. 2 Cost. e dall’art. 3 CEDU, che non è affievolibile per atto della PA» (Cass., SU, n. 32044/2018 ma si vedano anche: Cass., SU, n. 11535/2009; SU, n. 19393/2009; SU, n. 26480/2011; SU, n. 15115/2013; SU, n. 5059/2017; SU, n. 10291/2018; SU, n. 32044/2018 ed altre).

Giurisdizione ordinaria che, per quei permessi di soggiorno, è stata poi formalizzata dal d.l. n. 13/2017.

In relazione a dette fattispecie, la Cassazione ha ritenuto che il questore e/o l’Autorità giudiziaria, chiamata ad esprimere il parere propedeutico sia per gli artt. 18 e 18-bis che per l’art. 22, co. 12-quater, esercitino un potere solo ricognitivo, frutto di discrezionalità di tipo tecnico, poiché i presupposti del diritto sono già stati individuati dal legislatore (Cass., SU, n. 30658/2018 tra le varie). In forza di detti principi, la Corte di legittimità ha escluso che il parere reso nell’ambito del procedimento amministrativo abbia un valore vincolante per l’Autorità giudiziaria davanti a cui la persona straniera abbia proposto ricorso avverso il diniego di rilascio del permesso di soggiorno, perché la natura fondamentale del diritto alla protezione di tipo umanitario, a prescindere dalla denominazione ad essa attribuita dal legislatore, comporta che esso non abbia natura costitutiva ma accertativa, con conseguente ampio potere del giudice di accertarlo in concreto, a prescindere da quanto avvenuto in sede procedimentale amministrativa (Cass., SU, n. 30658/2018; SU, n. 32044/2018; SU, n. 32774/2018).

Lo stesso ragionamento vale, indubbiamente, anche per la protezione speciale, che condivide con le altre fattispecie derogatorie del TU 286/98 la natura fondamentale del diritto sotteso al permesso di soggiorno, tanto più se si considera che i suoi presupposti sono stati allocati dal legislatore nei divieti espulsivi, a protezione generale dei diritti ivi compresi e che la nuova protezione speciale da concreta attuazione all’art. 10, co. 1 e 2 della Costituzione e a tutti gli obblighi ad essi relativi.

4. La nuova protezione speciale e l’art. 10, co. 3, della Costituzione

Nonostante l’ampia riformulazione dell’art. 19 TU, attuata con il d.l. n. 130/2020, consenta oggi di ritenere che la nuova protezione speciale dia concreta attuazione ai principi espressi dall’art. 10 della Costituzione, commi 1 e 2²⁸, pur con le carenze procedurali di cui

28. Co. 1: L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Co. 2: La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

s'è detto nel paragrafo 2, residuano ancora dubbi che sia effettivamente attuato anche il comma 3 della norma costituzionale²⁹.

Se, infatti, tra gli obblighi costituzionali – richiamati sia dall'art. 19 che dall'art. 5, co. 6 TU – va compreso anche quello dello Stato di garantire le libertà democratiche previste dalla Carta fondamentale allo straniero a cui esse siano impedito nel suo Paese (contenuto dell'asilo costituzionale di cui al co. 3 dell'art. 10 Cost.), si potrebbe ritenere che le due norme del TU attuino anche questo precetto costituzionale. Tuttavia, l'esito del riconoscimento di questo fondamentale diritto, astrattamente compreso oggi nella protezione speciale e nel correlato permesso di soggiorno, determina una condizione giuridica inferiore alla garanzia assoluta che la norma costituzionale ha inteso affermare, sia perché viene definita all'esito di un procedimento che presenta evidenti e gravi carenze procedurali, per i motivi descritti nel precedente paragrafo, sia perché il titolo che ne consegue è fragile in termini di durata e di contenuto e anche la prevista sua convertibilità in lavoro non garantisce la persona straniera dalla perdita di regolarità di soggiorno. Certamente è una condizione giuridica inferiore e più precaria rispetto a quella che esita al compimento del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale.

Il permesso per protezione speciale, infatti, pur nella sua indubbiamente positiva flessibilità, non ha un chiaro contenuto, se non applicando ad esso in via analogica i diritti sottesi a molti altri titoli di soggiorno in forza di quanto previsto dall'art. 2, co. 2 TU (secondo cui le persone straniere regolarmente soggiornanti godono dei medesimi diritti civili attribuiti al cittadino italiano) o indicato in specifiche disposizioni del TU in relazione a precisi diritti (art. 34/diritto all'iscrizione al SSN e 41/diritto alle misure di assistenza sociale).

C'è, tuttavia, un vuoto con riguardo al diritto al ricongiungimento familiare³⁰ e lo stesso diritto a svolgere attività lavorativa è espressamente previsto solo dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, cioè nell'ipotesi di riconoscimento della protezione speciale da parte della Commissione territoriale all'esito del procedimento di protezione internazionale, così come la convertibilità in lavoro, prevista dal nuovo art. 6, co. 1-bis TU, è correlata a detto art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, che solo ne definisce il contenuto (durata biennale, svolgimento attività lavorativa, rinnovabilità previo parere della Commissione, convertibilità in lavoro).

Certo, sarebbe irragionevole e discriminatorio ritenere che solo il permesso per protezione speciale rilasciato nel percorso di protezione internazionale abbia quelle

29. Co. 3: Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

30. Prima dell'abrogazione della parte dell'art. 5, co. 6 TU e della correlata eliminazione del permesso umanitario, operate dal d.l. 113/2018, l'art. 29, co. 10 TU escludeva il ricongiungimento familiare «nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6», che il d.l. 113 ha parimenti abrogato. Il d.l. 130/2020 non ha ripristinato detta esclusione ma non ha nemmeno inserito il permesso per protezione speciale tra i titoli in forza dei quali l'art. 28 TU afferma il diritto all'unità familiare.

caratteristiche, le quali, pertanto, vanno riconosciute in analogia anche a quello rilasciato a fronte di domanda diretta al questore, stante l'identità dei presupposti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, ma non può negarsi che già queste incongruenze possono indurre incertezza sulla condizione giuridica del titolare di permesso per protezione speciale conseguito al di fuori del sistema asilo.

Riconoscendo, per le ragioni dette, identità di contenuto del permesso per protezione speciale, se si ritiene che esso sia attuativo anche dell'art. 10, co. 3 della Costituzione, concretizzando nell'ordinamento giuridico l'asilo costituzionale, non può negarsi che la condizione giuridica che ne discende sia precaria e certamente inferiore, quanto a garanzie, a quella stabilita a conclusione del sistema di protezione internazionale, il cui titolo di soggiorno ha durata quinquennale, il cui contenuto ha una serie di garanzie previste da specifiche disposizioni contenute nel d.lgs. 251/2007 (artt. 19 e ss.), oltre che poter essere trasformato in permesso di lungo soggiorno ai sensi dell'art. 9 TU, stabilizzando a tempo indeterminato la condizione giuridica e consentendo una più ampia libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea.

Differenza di contenuto e garanzie sottese ai due titoli di soggiorno – per protezione speciale e per protezione internazionale – che inducono ad escludere che mediante il primo possa dirsi attuato il precetto costituzionale di cui all'art. 10, co. 3 Cost., perché la fragilità e per certi versi l'indeterminatezza del suo contenuto sono difformi dalla garanzia assoluta prevista dall'art. 10, co. 3 Cost.

È, pertanto, difficile sostenere che l'art. 19 di nuovo conio dia concreta attuazione all'art. 10, co. 3 della Costituzione ma se si ritenesse, al contrario, che lo attui, non può non escludersi la sua illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento tra due condizioni (asilo costituzionale e protezione internazionale) che sottendono due diritti di natura fondamentale e assoluta ed anzi con un diritto – l'asilo costituzionale – che, a differenza della protezione internazionale, non è soggetto a limiti e/o ostatività.

Prospettazione comunque non facile, perché non vi è una norma espressa che affermi l'attuazione dell'art. 10, co. 3 della Costituzione, derivando da mera interpretazione dottrinale o giurisprudenziali e anche per questa difficoltà dovrebbe usarsi estrema prudenza prima di affermare che tale attuazione sia oggi avvenuta.

5. L'art. 5, co. 6 TU 286/98 e la relazione con l'art. 19

Come anticipato, l'art. 5, co. 6 TU è stato parzialmente reintegrato nel testo originario pre-riforma 2018, in quanto il d.l. n. 130/2020 ha inserito il solo richiamo al «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» e non anche ai «seri motivi, in particolare di carattere umanitario», ed ha omesso anche di ripristinare la previsione del permesso di soggiorno rilasciabile dal questore. La perdita per strada dei seri motivi

umanitari non desta grande preoccupazione, sia per l'indeterminatezza che ne caratterizzava originariamente l'individuazione, sia perché ogni seria ragione umanitaria può e deve trovare collocazione in uno degli obblighi costituzionali o internazionali oggi nuovamente richiamati dall'art. 5, co. 6 TU.

Induce, invece, maggiori riflessioni la coesistenza del ripristinato art. 5, co. 6 con il nuovo art. 19 TU, al cui co. 1.1 è stato inserito, in sede di conversione del decreto in legge n. 173/2020, anche il divieto di espulsione, respingimento ed estradizione in presenza di obblighi costituzionali o internazionali di cui all'art. 5, co. 6 TU. Norma che pertanto è collocata in due differenti parti del TU e a cui occorre dare precisa interpretazione e applicazione, escludendo che possa ritenersi mera ripetizione o norma di principio laddove collocata all'interno del complessivo art. 5.

Non si ignora che, prima dell'abrogazione del 2018, la disposizione indicava, dal 2011, espressamente il potere del questore di rilascio del permesso umanitario³¹, ancor prima già previsto dall'art. 11, co. 1 lett. c-ter), d.p.r. 394/99³² e che nessuna di queste due disposizioni è stata reintrodotta dal d.l. 130/2020, che sembra, dunque, lasciare un vuoto applicativo all'art. 5, co. 6, mentre il novellato art. 19 esplicita il tipo di permesso di soggiorno rilasciabile se accertato uno dei presupposti ivi delineati, quello per protezione speciale.

L'apparente vuoto dell'art. 5, co. 6 va, tuttavia, superato innanzitutto riconoscendo la sua ripristinata natura di clausola di salvaguardia generale dell'intero sistema regolatorio del diritto al soggiorno della persona straniera, certamente oggi integrato ed implementato dal nuovo art. 19, ma che conserva la sua autonomia perché inserito nella parte del TU immigrazione che, disciplinando modi e condizioni per il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno, rappresenta un obbligo positivo dello Stato, a cui corrisponde un preciso diritto della persona se carenti i precisi requisiti previsti per una data tipologia di permesso ma in presenza di obblighi costituzionali o internazionali.

L'apparente sovrapposizione con l'art. 19 TU è superata proprio dalla collocazione sistematica dell'art. 5, co. 6 TU all'interno della regolamentazione del soggiorno, quale limite invalicabile per il potere pubblico di negare la legittimazione al soggiorno anche se mancano o vengono a mancare i requisiti per il rilascio dello specifico permesso richiesto dalla persona straniera. Ad esempio, potrà accadere che venga chiesto il rilascio o il rinnovo del permesso per famiglia (ex art. 5, co. 5 TU) o per lavoro (ex artt. 5 e 22 TU) o per studio (ex art. 5 e 38) o per motivi religiosi (ex art. 11 d.p.r. 394/99), o delle altre variegata tipologie di permesso, e se il questore ritenga insussistenti i suoi presupposti non potrà limitarsi a negarlo ma sarà tenuto a verificare la presenza di un obbligo costituzionale o

31. Introdotto dall'art. 3, co. 1 lett. a) d.l. 89/2011, conv. in l. 129/2011.

32. Introdotto nel 2004 con la modifica al regolamento di attuazione di cui al d.p.r. 334/2004.

internazionale, nel caso svolgendo adeguata istruttoria per accertarlo, in contraddittorio con il/la richiedente, nel rispetto delle regole procedurali fissate dalla legge n. 241/90 e s.m.

Va escluso che l’Autorità di P.S. debba o possa chiedere, a tal fine, il parere della Commissione territoriale, perché quello specifico sub-procedimento è delineato espressamente per il solo art. 19 TU.

In questo modo, l’esistenza degli obblighi costituzionali o internazionali, di cui all’art. 5, co. 6, rappresenta un’estensione/integrazione dei criteri di valutazione, ordinari e straordinari insieme, per il rilascio di uno specifico titolo di soggiorno senza modificarne la tipologia e, pertanto, il permesso che verrà rilasciato potrà senz’altro avere la denominazione della tipologia del permesso richiesto dall’interessato/a, soggiacendo alle medesime regole per esso delineato dal TU immigrazione. Potrà, per esempio, accadere che un lavoratore straniero chieda il rinnovo del permesso per lavoro e il questore ritenga insufficiente il reddito posseduto o superato il periodo massimo di disoccupazione (ex art. 22, co. 11 TU): in tal caso dovrà verificare se, ad integrazione dei requisiti previsti dal TU, vi sia un obbligo costituzionale o internazionale da rispettare e se presente condurrà al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro. E così per tutti gli altri.

Prospettazione che porta, per converso, ad escludere che dopo la riforma 2020 possa chiedersi al questore il rilascio di un permesso sulla base della sola esistenza di uno degli obblighi costituzionali o internazionali, come accadeva prima dell’abrogazione del 2018, perché esso ricade oggi nell’ambito esclusivo di applicazione dell’art. 19, commi 1.1 e 1.2 TU. È fuori di dubbio, tuttavia, che l’art. 5, co. 6 TU conservi la sua piena autonoma e applicabilità nel contesto procedimentale dianzi descritto.

6. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel nuovo art. 19 TU

Un’ultima riflessione merita di essere posta con riguardo alla parte dell’art. 19, co. 1.1, introdotta dal d.l. n. 130/2020, che vieta l’espulsione e il respingimento se comportino violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (per un’ampia e approfondita analisi si rinvia all’intervento M. Ferri in questo numero della *Rivista*). Divieto che evoca l’art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, ma che non coincide strettamente con esso, in quanto il legislatore ha da un lato indicato i criteri sulla base dei quali accertare il rischio di violazione (natura ed effettività dei vincoli familiari, effettivo inserimento sociale in Italia, durata del soggiorno nel territorio nazionale, esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d’origine) e dall’altro ha circoscritto i limiti al suo riconoscimento ai soli motivi di sicurezza dello Stato, ordine e sicurezza pubblica o per necessità di salute pubblica, mentre nell’art. 8 CEDU sono riferiti anche al benessere economico del Paese, alla protezione della morale o dei diritti e delle libertà altrui.

La differenza tra il testo della Convenzione e quello introdotto nel nuovo art. 19, co. 1.1 TU non è di poco conto, sotto entrambi i profili, perché certamente quello nazionale oggi vigente è più ampio del primo e si differenzia anche dall'interpretazione che dell'art. 8 CEDU è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e da quella nazionale³³.

Partendo dai limiti al riconoscimento del diritto, le ragioni di ordine pubblico devono essere interpretate alla luce dei principi vigenti in fattispecie analoghe, come per il diritto all'unità familiare, rispetto al quale, già si è anticipato, è precluso ogni automatismo impeditivo al riconoscimento del diritto in presenza di cause astrattamente ostative, quali le condanne o le inammissibilità indicate nell'art. 4, co. 3 TU, dovendo l'Autorità verificare se in dipendenza da esse vi sia una concreta ed effettiva pericolosità sociale. Principi che sono coerenti con quelli elaborati anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani proprio con riguardo all'art. 8 della Convenzione e riassumibili nei cd. criteri Boultif³⁴, implementati con ulteriori pronunce³⁵, che impongono un ragionevole bilanciamento, caso per caso, tra le ragioni dello Stato e i diritti della persona straniera di mantenere la presenza sul territorio nazionale dello Stato ospite.

Quanto alla sicurezza dello Stato, è di per sé un impedimento legittimante l'esclusione del diritto, ritenuto recessivo solo in presenza dei diritti inderogabili previsti dall'art. 15 CEDU, ma che va però motivato, nel rispetto dell'art. 3, l. 241/90 e tenuto conto che si contrappone all'esercizio di un diritto fondamentale, perché compreso nell'alveo dell'art. 10, co. 1 e 2 della Costituzione.

Per quanto riguarda, invece, i presupposti per il riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, va innanzitutto precisato che riguardano disgiuntivamente sia la vita privata che quella familiare³⁶, ricordando, nel contempo, che quest'ultima ha già una sua precisa attuazione nell'art. 5, co. 5 TU, come novellato nel 2007 per effetto dell'attuazione della dir. 2003/86/CE in materia di ricongiungimento familiare, che si esprime mediante la cosiddetta coesione familiare, cioè il diritto al permesso per famiglia anche in difetto di ingresso con formale ricongiungimento familiare; diritto alla famiglia che la Corte costituzionale ha ricondotto ad unità ribadendone la natura fondamentale (Corte cost. n. 202/2013). Assumerà, pertanto, maggior rilievo, con il nuovo art. 19 TU, il diritto

33. Per una recente analisi della giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 8 CEDU, sia come vita privata che familiare, si rinvia a C. Favilli e M. Ferri, *Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in M. Giovannetti e N. Zorzella (a cura di), *IUS MIGRANDI. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 299 ss., scaricabile liberamente in https://www.francoangeli.it/Ricerca/scheda_libro.aspx?id=26609.

34. Corte EDU, n. 54273/00 del 2.8.2001, *Boultif v. Switzerland*.

35. *Üner v. the Netherlands* [GC], App. No. 46410/99, 18 ottobre 2006. *Hamidovic v. Italy*, App. No. 31956/05, 4 dicembre 2012; *Ejimson v. Germany*, App. No. 58681/12, 1° marzo 2018.

36. Si rinvia all'articolo indicato alla nota 32, in cui le autrici offrono un'approfondita disamina dell'art. 8 CEDU sotto entrambi i profili.

al rispetto della vita privata sganciato dalla presenza di un nucleo familiare in Italia, così come l'esistenza di un nucleo familiare i cui membri sono tutti privi di titolo di soggiorno (fermo restando che, in presenza di figli minori può sempre applicarsi l'art. 31, co. 3 TU, oggi convertibile in lavoro).

È perciò importante ribadire che i criteri per il suo riconoscimento sono quelli indicati dal legislatore nazionale, che consentono non solo di andare al di là dei limiti espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU ma anche di quelli della giurisprudenza nostrana.

Quanto ai primi, è noto che il ragionevole bilanciamento operato dalla Corte di Strasburgo per il riconoscimento del diritto di cui all'art. 8 riguarda prevalentemente le persone straniere stabilmente residenti (*settled migrants*), anche se non mancano timide aperture, ancora incomplete, a tutela di situazioni di precarietà di soggiorno. Rispetto a questo profilo, l'art. 19 di nuovo conio supera quel limite giurisprudenziale perché non pone, in generale, alcun elemento di distinzione tra persone straniere già in precedenza regolari e coloro che non hanno mai avuto un titolo di soggiorno (distinzione impossibile, stante i divieti assoluti posti dai commi 1 e 1.1 prima parte) e nello specifico del diritto al rispetto della vita privata e familiare non qualifica in alcun modo il tipo di presenza sul territorio nazionale, neppure in relazione alla sua durata, come del resto avvenuto per la coesione familiare di cui all'art. 5, co. 5 TU. Pertanto, può ritenersi che il diritto contemplato dall'art. 19, co. 1.1 ultima parte, richiami certamente l'art. 8 ma che in esso non si esaurisca, comprendendo, invece, tutte le situazioni nelle quali devono essere valutati natura ed effettività dei vincoli familiari, effettivo inserimento sociale in Italia, durata del soggiorno nel territorio nazionale, esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine.

Criteri che consentono di superare anche la necessità di comparazione tra la condizione della persona straniera sul territorio nazionale e il rischio di compromissione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio, che la giurisprudenza ha richiesto per il riconoscimento della protezione umanitaria all'interno del sistema della protezione internazionale, riferita all'integrazione sociale e dunque all'art. 8, (Cass. n. 4455/2018, confermata anche da Cass., SU, nelle pronunce gemelle nn. 29459, 29460 e 29461 del 2019; si vedano anche Cass., nn. 8020/2020, 11935/2020, 13753/2020, 28316/2020, tra le tante). Se nel previgente regime quella comparazione era necessaria in applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 8 della Convenzione, l'adattamento ampliativo effettuato con il nuovo art. 19, co. 1.1 TU supera quella necessità, perché i criteri oggi delineati spostano la lente sul territorio nazionale, sull'effettività della condizione in Italia e il riferimento al Paese di origine non riguarda più il rischio di lesione dei diritti fondamentali ma la mera rilevanza di legami familiari/culturali/ sociali con esso. Legami che sono

oggettivamente risibili maggiore è la durata della presenza sul territorio nazionale e le relazioni qui intessute.

In questa ottica, la Nota della Commissione nazionale asilo, emanata il 3 novembre 2020 e già citata, si configura errata perché restringe l'ambito di riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e dalla giurisprudenza nazionale espressa dalla sentenza n. 4455/2018 della Corte di cassazione, quando la modifica rispetto ad entrambi è palese. Del resto, nella prospettiva quantomeno dell'attenuazione del "vincolo" della comparazione, è interessante richiamare la recentissima pronuncia della Corte di cassazione (ord. n. 29316/2020) che, proprio a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, ha rinviato alle Sezioni Unite per verificare se, anche per l'accertamento della protezione umanitaria, *ratione temporis* applicabile, «il *vulnus* possa conseguire direttamente, anche, proprio dall'allontanamento del cittadino straniero dal Paese di accoglienza. Infatti, a fronte di una situazione di "stabile insediamento", per usare la stessa espressione della Corte EDU, da accertarsi secondo precisi parametri connessi alla durata, stabilità e consistenza qualitativa della condizione di permanenza in Italia, l'allontanamento può configurarsi come evento idoneo a provocare la lesione dei diritti umani fondamentali che connotano il "radicamento" dello straniero nel Paese di accoglienza e dei quali il richiedente risulterebbe privato nel Paese di origine. Dunque, la vulnerabilità, in questa ipotesi, può scaturire dallo "sradicamento" del cittadino straniero che, col tempo, abbia trovato nel Paese ospitante una stabile condizione di vita, da intendersi riferita non solo all'inserimento lavorativo, che è indice indubbiamente significativo, ma anche ad altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8.». Quello che la Cassazione chiede alle Sezioni Unite è, dunque, un'attenuazione della comparazione ed è importante non solo per la sorte dei giudizi nei quali va ancora applicata la "vecchia" protezione umanitaria (ex art. 15 d.l. n. 130/2020), ma anche per il riconoscimento del nuovo paradigma entro cui leggere il nuovo istituto della protezione speciale.

Quanto, infine, alla effettività dell'integrazione sociale, va posta attenzione che non venga limitata al solo aspetto lavorativo ma siano valorizzati tutti gli aspetti della vita della persona straniera, cioè le sue relazioni sociali, culturali, politiche, il concreto inserimento nella comunità territoriale, gli studi eventualmente svolti, oltre, come detto, la durata della presenza in Italia.

7. Questioni aperte

Gli aspetti trattati in questo articolo sono solo una parte delle questioni che pone la nuova disciplina, altri ne sono esclusi, come, ad esempio, la sua immediata applicazione nei procedimenti amministrativi e giudiziari di 1° grado, con esclusione di quelli di rinvio dalla

Cassazione, ex art. 15 d.l. n. 130/2020³⁷, oppure la disciplina processuale all’esito delle riforme del 2017 e del 2018 rilevanti anche in relazione all’odierna ultima riforma e, non da ultimo, una approfondita disamina dei singoli presupposti per il riconoscimento della protezione speciale delineati nel nuovo art. 19 TU. Aspetti sui quali la Rivista certamente tornerà, completando un’analisi di cui il presente lavoro può essere ritenuto un’introduzione, monitorando anche quella che sarà l’interpretazione giurisprudenziale.

Già ora, tuttavia, pare importante evidenziare che solo se effettivamente colta la radicale portata della riforma recata dal d.l. n. 130/2020, sia all’art. 5, co. 6 che all’art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 TU, senza resistenze del potere amministrativo, potrà dirsi davvero modificata la disciplina sulla condizione giuridica della persona straniera, quantomeno per quella già presente sul territorio nazionale.

È, invece, ancora tutta da compiere l’inversione di rotta per le regole d’ingresso, sempre più imprescindibile per un razionale approccio alla questione migratoria, priva delle distorsioni politiche che la caratterizzano da decenni.

Solo completando, e per certi versi modificando, il complessivo approccio alla questione, si potrà abbandonare anche quella qualificazione di vulnerabilità attribuita dalla giurisprudenza per tutte le situazioni che sfuggono all’ordinarietà prevista dal TU immigrazione, oggi comprese nell’art. 5, co. 6 e nell’art. 19 TU e nella normativa sulla protezione internazionale, le quali hanno fonte nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali e, pertanto, sottendono diritti forti di cui le persone sono titolari. La qualificazione di vulnerabilità è ambigua, perché rischia di inferiorizzare la persona, collocandola in una categoria giuridicamente subalterna perché caratterizzata da debolezza, mentre le persone alle quali quei diritti appartengono sono state “semplicemente” privati di essi.

Non di soggetti vulnerabili si tratta ma di soggetti portatori di diritti fondamentali e, dunque, anche il linguaggio potrebbe essere riformulato per riconoscere loro la pari dignità prevista per tutti gli esseri umani dall’art. 2 della Costituzione, nel contempo rendendo più manifesto il dovere dello Stato³⁸.

37. Si vedano, in proposito, D. Consoli, *La disposizione transitoria. (Art. 15 d.l. n. 130/2020, conv. con modd. da l. n. 173/2020)* in M. Giovannetti, N. Zorzella, (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021; L. Minniti, *Prime note sull’immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020*, in *Questione giustizia*, 1 febbraio 2021, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/prime-note-sull-immediata-applicabilita-ai-procedimenti-in-corso-di-alcune-norme-del-d-l-n-130-2020>.

38. Sul tema della vulnerabilità, in generale, si veda O. Giolo, B. Pastore, (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018; B. Pastore, *Vulnerabilità situata e risposte alle vulnerazioni*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, n. 1, http://www2.units.it/etica/2020_1/PASTORE.pdf; G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma, Carocci, 2019.