

## **La tutela umanitaria: profili evolutivi dell'istituto**

di Giulia Guarino\*

12 febbraio 2021

Sommario: 1. Genesi dell'istituto. – 2. Il decreto Salvini: *discrimen* temporale che impone una riflessione sulla protezione in esame. – 3. La giurisprudenza si fa norma nella protezione speciale del decreto legge 21 ottobre 2020 nr. 130.

### **1. Genesi dell'istituto**

La protezione umanitaria rappresenta uno degli argomenti di maggiore attualità, strumento giuridico flessibile e modulabile, oggi destinato alla risoluzione di problemi dal più ampio respiro politico.

Dalla genesi di siffatta tutela alla legge del 1 dicembre 2018, fino all'ultimo decreto-legge del 21 ottobre 2020 nr. 130, che ne ridisegna nuovamente i lineamenti, è evidente che ci si trova di fronte alla necessità di una riflessione profonda sull'istituto, sulla sua genesi e la sua evoluzione nel tempo, normativa ed ermeneutica. La presente analisi si propone di esaminare schematicamente, in una prospettiva diacronica, le tappe di questo affascinante tema, in continua evoluzione, che, da momento residuale di tutela, è divenuto momento fondamentale di un sistema giuridico inidoneo a fare fronte alle istanze, che provengono dall'emergenza, seppure ordinaria, dell'immigrazione irregolare.

La protezione umanitaria nasce nel 1998, all'interno del t.u. immigrazione (d.lgs 286/98) ex art. 5, comma 6, quale tutela per tutti quei cittadini stranieri, richiedenti asilo, ai quali non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato politico ovvero, in subordine, non può essere concessa la protezione sussidiaria, contribuendo insieme a siffatti istituti giuridici a dare attuazione, nel nostro ordinamento, all'asilo politico, sancito dall'art. 10, comma 3, Cost<sup>1</sup>.

Al riguardo, è d'uopo rammentare che i due *status*, quello di rifugiato e di titolare di protezione sussidiaria, rappresentano due *species* del più esteso *genus* della

---

\*Dottore di ricerca in Teoria degli ordinamenti giuridici.

<sup>1</sup> Il diritto di asilo può definirsi come il diritto soggettivo attribuito ad uno straniero di entrare e soggiornare nel territorio italiano, dove gode di protezione contro l'espulsione e il respingimento verso un Paese nel quale la sua vita e l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana sono in pericolo. Alberto Di Gaetano, Rapporti tra diritto di asilo e status di rifugiato, in Codice dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza, Roma, 2014, pg. 701.

"*protezione internazionale*".

La condizione di rifugiato politico trova il suo fondamento nell'art 1.A nr. 2 della Convenzione di Ginevra del 28 Luglio 1951<sup>2</sup>, che effettua una tipizzazione normativa del suddetto *status*, ancorandolo al "*timore fondato di persecuzione per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica*"<sup>3</sup>.

La protezione sussidiaria, invece, trova riconoscimento nella Direttiva 2004/83/CE, c.d "Direttiva qualifiche", che amplia il sistema ginevrino di tutela, estendendo la nozione di "*protezione internazionale*" anche ai casi di "*rischio effettivo di subire un grave danno*". Nozione, quest'ultima, anch'essa oggetto di tipizzazione legislativa da parte del D.lgs. 251/2007, che ha dato attuazione alla predetta Direttiva nel nostro ordinamento<sup>4</sup>.

La protezione sussidiaria, pur nascendo quale complemento della condizione di rifugiato, sancito dalla Convenzione di Ginevra, costituisce, nella sua essenza, una "*protezione di carattere umanitario*", posto che, sin dalla sua elaborazione, è stata oggetto di analisi congiuntamente all'istituto di cui all'art. 5, comma 6, d.lgs 286/98. Quest'ultimo limitava, per seri motivi di carattere umanitario, il potere di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno allo straniero, privo dei requisiti previsti da convenzioni o accordi internazionali.

I "*seri motivi di carattere umanitario*" non sono stati mai oggetto di una specificazione normativa, divenendo una clausola aperta di richiamo agli "*obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*"<sup>5</sup>. La valutazione, in tal senso, è stata rimessa alle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione

---

<sup>2</sup> Ratificata con legge 24 luglio 1954 nr. 722 e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con legge 14 febbraio 1970 nr. 95.

<sup>3</sup> Dalla lettura della norma deve rilevarsi come la categoria ginevrina dei rifugiati sia meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, richiedendo un timore di percuazione che l'art. 10, comma 3 non considera necessario. La norma costituzionale prevede, inoltre, che allo straniero sia garantito semplicemente l'ingresso sul t.n. e non un particolare regime di favore, come quello derivante dallo status di rifugiato. La giurisprudenza della Cassazione, tuttavia, ha osservato come in assenza di una legge organica attuativa del dettato costituzionale sul diritto di asilo, quest'ultimo non poteva risolversi nel semplice ingresso dello straniero nel nostro territorio ma imponeva un *quid pluris*, rappresentato dall'accesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. In tal senso, Cass. Civ. 8423/2004; 25028/2005; 18353/2006; 18459/2006; 18940/2006. A. Di Gaetano, Rapporti., pg. 702.

<sup>4</sup> Anche la nozione di "danno grave" viene tipizzata, con l'elencazione dei seguenti casi: a) condanna a morte o esecuzione di pena di morte; b) tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale". Art 2 in combinato disposto con l'art. 14 del D.lgs 251/2007, in Calogero Commandatore e Alberto Di Gaetano, Codice dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza, Roma, 2014, pg. 704-705.

<sup>5</sup> Art. 5, comma 6, d.lgs 286/98, in Calogero Commandatore e Alberto Di Gaetano, Codice., pg. 69.

internazionale. Ex art. 32 d.lgs 25/2008<sup>6</sup>, nel caso in cui la Commissione territoriale ritenesse sussistere ragioni di carattere umanitario, rimetteva gli atti al Questore per l'emissione di un permesso di soggiorno ai sensi del citato art. 5, comma 6, d.lgs 286/98. In tale contesto normativo, l'*agere* delle Commissioni non era orientato in maniera univoca nelle proprie determinazioni circa il rilascio di siffatta tipologia di permesso di soggiorno. L'elencazione dei casi che prevedevano l'emissione del menzionato titolo era, infatti, di tipo esemplificativo, e non tassativo, collegato ad un ventaglio di situazioni personali, riconducibile allo stato di salute, alla maternità, alla minore età, al tragico vissuto personale, alle traversie affrontate nel viaggio verso l'Italia, alla permanenza prolungata in Libia, fino a giungere ad essere un mezzo premiale dell'integrazione.

Eppure la protezione umanitaria, nella mente del legislatore, è nata come strumento residuale, tanto che la giurisprudenza del tempo lo aveva definito un "*istituto ad esaurimento*", destinato ad essere gradualmente sostituito dalla protezione sussidiaria. La Corte di Cassazione aveva, infatti, osservato come la specificità della tutela residuale in disamina spettasse quando le gravi ragioni di protezione accertate, aventi gravità e precisioni pari a quelle sottese alla tutela maggiore, fossero solo temporalmente limitate<sup>7</sup>. Nelle more della permanenza interinale della protezione umanitaria, quindi, ai titolari della stessa sarebbe dovuta essere riconosciuta una entità di diritti pari a quella garantita dalla nuova e più ampia protezione sussidiaria<sup>8</sup>.

Tuttavia, nel contesto di un'emergenza migratoria, che ha visto migliaia di persone chiedere asilo allo Stato italiano, le Commissioni territoriali, a fronte dell'impossibilità di riconoscimento della protezione internazionale, dagli ineludibili presupposti giuridici, hanno trovato nella protezione umanitaria una strada per poter dare voce e tutela a tutta una serie di situazioni di vissuto, tale da necessitare di una qualche forma di protezione. Una discrezionalità, quella delle Commissioni, orientata dalla giurisprudenza e dalle circolari ministeriali<sup>9</sup>, che ha condotto, negli ultimi anni, al

---

<sup>6</sup> Decreto emesso in attuazione della Direttiva 2005/85/ce, (c.d. Direttiva procedure) recante norme minime per le procedure applicate negli stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

<sup>7</sup> Ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione della situazione nel paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che facesse venir meno l'esigenza di protezione. Cass. Civ, sez. VI, 18 febbraio 2011 nr. 4139- Cass. Civ. Sez. VI, 24 marzo 2011, nr. 6879). A. Di Gaetano, La protezione sussidiaria, in Calogero Commandatore, Codice., pg. 705.

<sup>8</sup> Cass. Sez. Un. 19 maggio 2009, nr. 11535, in A. Di Gaetano, cit. pg. 705.

<sup>9</sup>Viene in rilievo, in particolare, la circolare della stessa Commissione nazionale 3716/2015 che enuncia cinque casi, dal carattere non esemplificativo, di riconoscimento della protezione umanitaria: a) *il carattere assoluto del divieto di «esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio del richiedente»*<sup>24</sup>, a mente dell'art. 3 CEDU<sup>25</sup>, per come questo è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>26</sup>; b) *la rilevazione di «gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine»*<sup>27</sup>; c) *una «temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o della zona di origine»*<sup>28</sup>, nei casi in cui non possa essere riconosciuta la protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), del decreto qualifiche; d), *la presenza di «gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza»*<sup>29</sup>; infine, e) *la «situazione familiare del richiedente asilo che deve essere valutata ai sensi di*

riconoscimento di una percentuale pari al 28 % di permessi di soggiorno per motivi umanitari, a fronte del 7% dello status di rifugiato e del 15% della protezione sussidiaria.

## **2. Il decreto Salvini: *discrimen* temporale che impone una riflessione sulla protezione in esame**

E proprio alla luce di tali considerazioni, nel mese di luglio del 2018, il Ministro dell'Interno *pro tempore*, Matteo Salvini, ha emesso una circolare destinata anche alle Commissioni territoriali, avente come oggetto "la protezione internazionale e la tutela umanitaria"<sup>10</sup>. In tale atto, il Ministro, richiamando esigenze afferenti l'ordine e la sicurezza sociale, invita l'amministrazione, competente nell'analisi delle richieste di asilo, ad effettuare una valutazione delle situazioni di vulnerabilità, ai fini del riconoscimento della tutela umanitaria, sempre ancorata alla situazione oggettiva del Paese di origine. Al riguardo, la circolare in argomento aderisce alla sentenza della Corte di Cassazione nr. 4455 del 23 febbraio 2018, che impone una valutazione cumulativa di "*indici soggettivi ed oggettivi*" concernenti il richiedente<sup>11</sup>. La vulnerabilità, secondo siffatto orientamento ermeneutico, dunque, non può risolversi nella sfera personale del soggetto ma deve essere contestualizzata in una condizione oggettiva di "*violazione o privazione dei diritti umani nel paese d'origine*"<sup>12</sup>.

---

*quanto previsto dall'art. 8 della CEDU concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare»<sup>30</sup>, con la precisazione che «i legami personali e familiari devono essere particolarmente significativi in base alla loro durata nel tempo e alla loro stabilità» Commissione nazionale per il diritto d'asilo, Circolare nr. 3716/2015, in [goo.gl/KxdRHt](http://goo.gl/KxdRHt), pp. 1-2.*

<sup>10</sup>Circolare del Ministro dell'Interno, Roma, Protocollo 0008819 del 04.07.2018.

<sup>11</sup>La Corte ha escluso che l'inserimento sociale possa costituire motivo di rilascio del permesso per motivi umanitari, imponendo una valutazione pronostica sull'impatto del rimpatrio nei confronti del richiedente, in tema di nucleo minimo di diritti umani. La soglia inviolabile è quella garantita dall'art. 2 Cost. Eugenio Castronuovo, Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione nr. 4455/2018, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. nr. 3/2018, pag. 11.

<sup>12</sup>*L'accertamento della situazione oggettiva del Paese di origine e della condizione soggettiva del richiedente in quel contesto, alla luce delle peculiarità della sua vicenda personale costituiscono il punto di partenza ineludibile dell'accertamento da compiere". Cass. Civ. 4455 del 23 febbraio 2018, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it). Si tratta di un orientamento che sembra ricalcare la nozione di "displaced person", ossia di un soggetto che è costretto a fuggire dal proprio paese, a seguito di eventi che ne possono mettere in pericolo anche la vita, ma che non siano riconducibili a vere e proprie persecuzioni individuali. Ci si trova di fronte a una nozione di rifugiato non accolta dalla Convenzione di Ginevra e dalla Direttiva qualifiche, che ha trovato precisazione nella Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (O.U.A) (adottata ad Addis Abeba il 10 settembre 1969, entrata in vigore il 20 giugno 1974), cui l'Italia non ha aderito. A. Di Gaetano, cit. pg. 697. Fa sistema con tale sentenza l'Ordinanza della Corte di Cassazione nr. 231/2019, secondo la quale, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, è necessario dimostrare il carattere individualizzante della violazione dei diritti umani nel Paese di origine. Secondo la Corte "il tema della generale violazione dei diritti umani nel Paese di provenienza costituisce senz'altro un necessario elemento da prendere in esame nella definizione della posizione del richiedente: tale elemento, tuttavia, deve necessariamente correlarsi alla vicenda personale dell'istante, perché altrimenti si finirebbe per prendere in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo Paese d'origine in termini del tutto generali*

Il tentativo di incidere sul rilascio della protezione umanitaria si è, dunque, dispiegato prima a livello amministrativo e giurisprudenziale e, solo successivamente, normativo.

Il 04 ottobre del 2018 viene emanato il decreto legge 113/2018, successivamente convertito in legge, il 01.12.2018<sup>13</sup>.

La norma *de qua* contiene una *pars destruens*, che abroga l'art 5, comma 6, d.lgs 286/98 e l'art. 13, comma 1, d.p.r 394/99 e una *pars construens* che istituisce una nuova tipologia di permessi, con la denominazione di "*protezione speciale*".

Con riferimento al primo momento del decreto, che vuole l'eliminazione della tutela umanitaria "*anche derivante da obblighi costituzionali e internazionali*", deve rilevarsi che l'incisione su delle norme non può mai svolgersi in maniera disancorata dal contesto normativo di riferimento, che possiede una sua coerenza intrinseca da rispettare. Autorevole dottrina ha icasticamente osservato come la soppressione, all'interno di una norma, del riferimento agli obblighi costituzionali non comporta di per sé una loro *evaporazione*. Tale *deminutio* di tutela, infatti, sarebbe espressione di un *infantilismo giuridico*, paragonabile a quello di chi, come in un'antica favola orientale, guarda il dito che indica la luna e non la luna stessa, in un contesto in cui il 'decreto sicurezza' è il dito mentre la luna è la nostra Costituzione<sup>14</sup>.

La *pars construens* vede la previsione di cinque nuovi permessi "per protezione speciale": due, rilasciati all'interno della procedura di asilo, e tre, emessi al di fuori di tale contesto.

---

*ed astratti in contrasto col parametro normativo di cui all'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 2007» (n. 1998)». Ricollegandosi, dunque, alla sentenza 4455/2018, la Cassazione aggiunge un tassello al quadro delineato richiedendo che la violazione dei diritti nel Paese di origine determina una "incoltabile sproporzione" tra la condizione cui era assoggettato al momento della partenza, la condizione in cui versa in Italia e quella cui andrebbe incontro in caso di rientro nel proprio paese. Vedi anche le ordinanze della Cass. n. 538/2019, n. 658/2019, n. 1863/2019, 4013/2019, n. 11105/2019, n. 15069/2019, n. 17072/2018, 779/2019. Martina Flamini, Nazarena Zorzella, La protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Rassegne di Giurisprudenza, Fascicolo nr. 2, Luglio 2019.*

<sup>13</sup>Gazzetta Ufficiale nr. 231 del 04.10.2018 in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

<sup>14</sup>Marco Benvenuti, Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Fascicolo nr 1/2019, pg. 17. In dottrina è stato, altresì, osservato che bisognerebbe verificare se la clausola dei seri motivi di carattere umanitario non sia comunque desumibile dai parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, e 10, 3 comma della nostra Costituzione nonché da una serie di obblighi internazionali, che vincolano il nostro ordinamento, tra cui, *in primis*, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) - Roma, 4 Novembre 1950). Se così fosse, se il Giudice delle Leggi venisse chiamato a svolgere una valutazione del corretto esercizio della discrezionalità politica del legislatore *sub specie* della ragionevolezza, una eventuale questione di legittimità costituzionale potrebbe condurre a delle sentenze di tipo additivo della Corte Costituzionale. I giudici ordinari, dunque, sarebbero vincolati ad una valutazione in concreto, da condurre caso per caso, della situazione giuridica soggettiva del richiedente asilo al quale dover riconoscere un permesso per protezione speciale, anche al di là delle ipotesi tipizzate dalla novella legislativa. In tal senso, Antonello Ciervo, Le principali questioni di legittimità del c.d decreto Salvini e le possibili letture costituzionalmente orientate, in I primi orientamenti interpretativi del c.d decreto immigrazione e sicurezza Salvini, Convegno del 14 novembre 2018, Roma, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Fascicolo nr. 2/2019, pg. 4-5.

I primi due si ricollegano al principio di *non refoulement*, codificato all'art 19 del d.lgs 286/98, di derivazione ginevrina<sup>15</sup> ed europeistica<sup>16</sup>. Gli altri, invece, di nuovo conio, concernono i cittadini stranieri, che necessitano di particolari cure mediche<sup>17</sup> o vittime di calamità naturali<sup>18</sup> o che si siano resi protagonisti di azioni dal particolare merito civile<sup>19</sup>. Acquisiscono la denominazione di "casi speciali", invece, le fattispecie già disciplinate dal t.u. immigrazione agli art. 18, 18-bis e 22<sup>20</sup>, che vengono preservate intatte dal decreto Salvini.

Il predetto atto di normazione primaria ha portato con sé non poche problematiche connesse alla disciplina intertemporale sui procedimenti amministrativi e giudiziari, iniziati prima del 05.10.2018, e non ancora conclusi in quella data.

Al riguardo, deve rilevarsi che il decreto pur non prevedendo clausole di retroattività espressa, presenta all'art. 1 una disciplina intertemporale parziale, non escludendo una qualche forma di "*retrovalutazione giuridica*"<sup>21</sup>. Siffatta circostanza

---

<sup>15</sup>L'art 33 della Convenzione di Ginevra vieta agli Stati contraenti di respingere un rifugiato in uno Stato in cui lo stesso rischi di essere perseguitato per motivi afferenti la sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o politico.

<sup>16</sup>Al riguardo, vengono in rilievo l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; l'art. 18 della Carta di Nizza, parte integrante del Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia l'8 agosto 2008; l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. F. Paterniti, Art. 19, I vincoli internazionali e comunitari, in Calogero Commandatore e Alberto Di Gaetano, Codice., pg. 358.

<sup>17</sup>Si tratta di un titolo che spetta allo straniero che versa in condizioni di salute di particolare gravità, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla sua salute in caso di rientro nel Paese di origine. In questo frangente, il Questore, previo accertamento mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale, rilascia un permesso di soggiorno della durata pari al tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di particolare gravità debitamente certificate. Non è specificata la possibilità di conversione in motivi di lavoro o meno.

<sup>18</sup>Esso spetta allo straniero proveniente da un Paese che versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità, che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza. In questo caso, lo straniero si vede rilasciato dal Questore un permesso di soggiorno della durata di sei mesi e rinnovabile per un periodo ulteriore di sei mesi, se permangono le condizioni di eccezionale calamità; tale permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa, ma non è convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Esiste, tuttora, una norma, l'art. 20 del d.lgs 286/98, che prevede misure di protezione temporanea da adottarsi in caso di "disastri naturali o altri eventi di particolari gravità". Si tratta di una disposizione che concerne situazioni di tipo collettivo e non individuale e che consente l'adozione di provvedimenti in deroga alle norme in materia di ingresso e soggiorno e nei confronti di persone in situazioni di soggiorno irregolare.

<sup>19</sup>In questo caso, lo straniero si vede rilasciato dal Questore, su autorizzazione del Ministro dell'Interno e previa proposta del prefetto competente, un permesso di soggiorno della durata di due anni e rinnovabile; tale permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa ed è convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

<sup>20</sup>Le principali novità sui permessi di soggiorno introdotte dal decreto legge nr. 113/2018, su [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org).

<sup>21</sup>Una parte della dottrina ritiene che il concetto di "*retrovalutazione*" sia meno ambivalente di quello di "*retroattività*". L'interprete, infatti, ha l'onere di valutare gli effetti di una legge che vada a incidere sulle situazioni giuridiche durevoli, cioè quei rapporti che permangono in essere per un certo tempo e che, quindi, possono essere oggetto di una diversa disciplina legislativa nel corso del loro svolgimento, senza tuttavia disancorarsi, dal principio di certezza e tutela dell'affidamento. Vero è che, pur essendo impossibile modificare il passato, si può comunque incidere sugli effetti di rapporti che si sono già esauriti, riconnettendo agli stessi delle conseguenze diverse da quelle originariamente previste. In tal senso, alcuni autori aderiscono al concetto di "*rivalutazione o retrovalutazione*" del diritto anteriore. Vedi

impone all'interprete di domandarsi se è lecito riconsiderare, a partire dal 5 ottobre 2018, lo *status* giuridico degli stranieri, che avevano già diritto alla protezione umanitaria.

La nuova normativa non ha voluto privare del permesso né coloro che ne erano già titolari né i cittadini stranieri ai quali tale diritto era stato già riconosciuto dalle Commissioni territoriali, anteriormente all'entrata in vigore del decreto. Tuttavia, permane incertezza relativamente a quelle istanze di protezione internazionale su cui la Commissione non si è ancora pronunciata, sui ricorsi ancora *sub iudice* contro il diniego delle Commissioni e sui ricorsi già definiti ma senza che vi sia stato il rilascio del titolo da parte del Questore.

Il decreto 113/2018, ad ogni modo, a prescindere dai risvolti applicativi ai quali ha condotto, rappresenta un discrimine temporale importante, che ha imposto, a diversi livelli (politico, giuridico, amministrativo e sociale) una riflessione profonda sulla protezione umanitaria. Uno strumento concepito quale momento residuale di tutela e oggi divenuto, invece, presidio essenziale delle esigenze umanitarie, costituzionalmente e internazionalmente sancite.

### **3. La giurisprudenza si fa norma nella protezione speciale del decreto legge 21 ottobre 2020 nr. 130**

Le prospettazioni applicative del decreto Salvini hanno dimostrato come le esigenze umanitarie dei cittadini stranieri risultino ancora catafratte, laddove ancorate ad obblighi costituzionali e internazionali. Ed è proprio in tale contesto che, il 21 ottobre 2020, viene emesso dal Governo il decreto-legge nr. 130, che contiene "*disposizione urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare*". Ancora una volta la protezione umanitaria è oggetto di riflessione politica e l'intenzione del Governo appare quella di voler superare definitivamente le obiezioni di incostituzionalità e contrasto con i principi di diritto internazionale, che sono state sollevate l'indomani della abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

L'attuale formulazione dell'art 5, comma 6, t.u. immigrazione, prevede che "*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*<sup>22</sup>".

A questo si aggiunge un ampliamento dei casi di "*non refoulement*", principio che fa sistema con la tutela di carattere umanitario. L'art. 19 t.u. imm. al comma 1.1. prevede

---

Nicola Canzian, Profili di diritto intertemporale del decreto legge nr. 113/2018, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* Fascicolo nr. 1/2019, pg. 4-6.

<sup>22</sup>Art. 1, lett. a) Decreto nr. 130 del 21 ottobre 2020 in *GU Serie Generale* 261 del 21.10.2020, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

oggi il divieto di respingimento, espulsione o estradizione, non solo in caso di rischio di tortura, altro trattamento inumano o degradante o violazione sistematica dei diritti umani, ma anche nelle ipotesi in cui l'allontanamento comporti una violazione della vita privata e familiare del cittadino straniero.

Ai fini della valutazione di siffatto rischio, deve tenersi conto "*della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine*"<sup>23</sup>.

Ci troviamo di fronte a un principio di creazione ermeneutica che, in un affascinante meccanismo di avvolgimento esegetico del pensiero, si fa norma.

La menzionata sentenza della Corte di Cassazione 4455/2018, richiamata dalla circolare dell'allora Ministro Salvini per deflazionare il ricorso alla protezione umanitaria da parte delle Commissioni territoriali, aveva ritenuto rilevante valutare l'integrazione sociale dello straniero, fino a quel momento ritenuta inconferente dalla precedente giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup>. La suprema Corte ha ancorato il contenuto giuridico dell'integrazione al diritto al rispetto alla vita privata e familiare, previsto dall'art. 8 CEDU, combinato con la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.

Si tratta di un principio al quale la Corte EDU ha dato rilievo per la prima volta nel 2003, con la decisione del caso *Slivenko c. Lettonia*, individuando nel grado di integrazione sociale (inteso come "*the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being*")<sup>25</sup> un limite al potere di espulsione dello Stato. L'orientamento della Corte EDU è stato sempre improntato, nel tempo, alla distinzione tra "*settled migrant*" o "*long term resident*" e "*non settled migrant*". Per quest'ultimi, infatti, rappresentati da cittadini stranieri il cui soggiorno nel territorio non ha basi giuridiche stabili, non opererebbe alcun divieto di respingimento o espulsione da parte dello Stato. Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si ricava, dunque, un importante principio, secondo il quale quando uno Stato contraente tollera la presenza di uno straniero nel proprio territorio, autorizzandolo, in tal modo, ad attendere l'esito della richiesta di permesso di soggiorno o l'esito del ricorso avverso il diniego o una nuova istanza di rilascio, il predetto Stato consente allo straniero "*to take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there*"<sup>26</sup>. Vero è, precisano i giudici di Strasburgo, che la

<sup>23</sup>Art.1, comma 1.1 Decreto nr. 130 del 21 ottobre 2020, in GU Serie Generale 261 del 21.10.2020, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>24</sup>Eugenio Castronuovo, *Il permesso.*, cit, pg. 10-11.

<sup>25</sup>*Slivenko c. Lettonia*, Corte EDU 9.10.2003, par. 96, in Eugenio Castronuovo, *Il Permesso.*, pg. 13.

<sup>26</sup> In tale sentenza, la Corte richiama la propria giurisprudenza antecedente, a mente della quale, qualora la situazione familiare sia stata creata in un momento in cui i soggetti coinvolti conoscevano la precarietà del loro *status* conseguente all'immigrazione, la rimozione del soggetto illegalmente presente sul territorio costituirebbe una violazione della disposizione convenzionale solo in casi eccezionali. Tuttavia, nel caso della sig.ra Jeunesse, i giudici accolgono il ricorso avverso l'espulsione alla luce di diverse circostanze: "i) tutti i membri della famiglia ad eccezione della ricorrente erano cittadini olandesi e quindi risiedevano legalmente sul territorio, ii) la posizione della ricorrente era assolutamente differente da



circostanza che lo straniero abbia formato una famiglia non obbliga automaticamente lo Stato ad autorizzarne il soggiorno nel proprio territorio. E' richiesto un bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti (la Corte parla di "*balancing fair test*") tra il diritto a una vita privata e familiare e l'apprezzamento dello Stato in materia di immigrazione. Dall'art. 8 CEDU non discende un obbligo positivo per gli Stati di rilascio di un titolo di soggiorno a cittadini stranieri "*non settled migrant*" ma il dovere di effettuare un valutazione comparativa tra i predetti interessi<sup>27</sup>. La Corte di Strasburgo, dunque, pur riconoscendo aprioristicamente la possibilità per un migrante non stabilito di rivendicare un diritto al soggiorno fondato sull'art. 8 CEDU, lo circoscrive negli stringenti limiti della sussistenza di circostanze eccezionali<sup>28</sup>.

Nell'ambito della protezione umanitaria, nel nostro paese, è di tutta evidenza che ci si trova di fronte alla categorie di "*non settled migrants*", ammessi a presentare richiesta di asilo nel nostro paese e imbrigliati per anni nelle attese delle decisioni delle Commissioni e dell'autorità giudiziaria, a seguito dei ricorsi. Il baricentro della questione è, inoltre, antitetico rispetto a quello concepito ex art. 8 CEDU, considerato che non si basa sulla necessità di non essere allontanati dall'Italia, divenuta il fulcro della vita familiare, ma sulla necessità di essere allontanati dal paese di origine.

Dalla lettura della norma del nuovo decreto, sembra potersi evincere il riferimento ai cittadini stranieri già sul territorio nazionale da tempo, alla luce del sintagma "inserimento sociale", che postula un *mimum* di permanenza da parte dello straniero.

E' ancora prematuro prospettare le applicazioni della norma *de qua*, come già evidenziato di matrice ermeneutica, ma è ragionevole ritenere che la giurisprudenza nazionale troverà in quella della Corte EDU e nei principi dalla stessa enunciati il percorso per effettuare quel "bilanciamento" tra interessi costituzionalmente rilevanti, rappresentati dal diritto alla famiglia e alla vita privata (art. 29 Cost) e la gestione dell'immigrazione, di esclusiva competenza statale (art. 117 Cost).

La Pubblica Amministrazione, dal canto suo, dovrà, invece, individuare *ex novo* soluzioni di opportunità, coerenti al nuovo dettato normativo. Altresì, dovrà fare i conti con il regime intertemporale dell'istituto in questione, barcamenandosi nel fitto sottobosco di domande presentate *ante* e *post* Decreto Salvini, prima, e *ante* e *post* Decreto Immigrazione, adesso.

---

quella di altri migranti in quanto ella era stata già cittadina olandese sino al 1975, anno in cui il Suriname ottenne l'indipendenza, iii) la sua situazione era stata conosciuta dalle autorità olandesi e tollerata per sedici anni, nel corso dei quali la ricorrente aveva costruito legami familiari, affettivi e culturali nel territorio di residenza, iv) era necessario tener conto delle pessime conseguenze che un eventuale allontanamento della signora avrebbe avuto sui figli" *Jeunesse c. Olanda, Corte EDU 3.10.2014 su www.questionegiustizia.it*

<sup>27</sup>"...the question to be examined in the present case is whether, having regard to the circumstances as a whole, the Netherlands authorities were under a duty pursuant to Article 8 to grant her a residence permit, thus enabling her to exercise family life on their territory. The instant case concerns not only family life but also immigration". *Jeunesse c. Olanda*, cit.

<sup>28</sup>Eugenio Castronuovo, *Il permesso.*, pag. 16.

Quest'ultimo, inoltre, mantiene intatta la terminologia del decreto Salvini. Scompare l'espressione "umanitaria" e si continua a interloquire di una protezione dal carattere "speciale", che potrà essere rilasciata dal Questore, previo parere delle Commissioni Territoriali, in caso di diniego dell'istanza di protezione internazionale. Ecco, dunque, che, nella nuova veste di "protezione speciale", nell'ambito delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, si continua a dar voce a quelle istanze di tutela dal carattere "umanitario", presidiate dalla norma costituzionale sul diritto di asilo ex art. 10, comma 3 Cost.

Una protezione, questa speciale, che, nelle more di più imponenti innovazioni legislative, quali la modifica del Regolamento Dublino (oggetto di discussione nel periodo attuale tra gli Stati contraenti), con la vecchia "protezione umanitaria" condivide tutto, fuorchè l'originaria residualità, rappresentando oggi norma di chiusura dell'intero sistema della protezione internazionale nel nostro Paese.