

La «nuova protezione speciale»: limiti e possibilità interpretative introdotte dal DL 130/2020

17 novembre 2020

avv. Livio Neri

La «protezione umanitaria»

L. n. 388, 30 settembre 1993, art.14, comma 3, che modifica, introducendo i commi 12 bis e ter, l'art.4 d.l. n. 416, 30 dicembre 1989, convertito in L. 39/90:

il Legislatore ha per la prima volta previsto che non possa rifiutarsi o revocarsi un permesso di soggiorno quando ricorrano ***“seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”***

Segue: la «protezione umanitaria»

Il Legislatore del 1998 (quello della c.d. legge “Turco – Napolitano”) conserva una norma di identico tenore rispetto a quella del 1993, che poi viene inserita nel Testo Unico in materia di immigrazione approvato quello stesso anno, al **comma 6 del suo articolo 5**, in vigore sino alla sua abrogazione ad opera del d.l. 113/2018.

Il relativo permesso è previsto dall'**art.28 DPR 394/1999** (in caso di sussistenza dei presupposti di cui al primo comma dell'art.19 TUI) e poi, dal 2011, con il d.l. 89/2011 (norma di «completamento» del recepimento delle direttive 2004/38/CE e 2008/115/CE), **dall'ultimo periodo del comma 6 dell'art.5 TUI**

Con il D.Lgs. 25/2008 (art.32) si recepisce la prassi amministrativa che prevedeva la possibilità per la Commissione territoriale di accertarne i presupposti

Segue: La «protezione umanitaria»

Queste le conclusioni alle quali è giunta negli anni la giurisprudenza di legittimità:

- quello al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari è un **diritto soggettivo** ed il giudice che ha giurisdizione in materia di rilascio e rinnovo dello stesso è quello **ordinario** (Cass. civ, sezioni unite, n. 11535/2009);
- il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari è **diritto umano fondamentale** (Cass. civ., sezioni unite, n. 19393/2009);
- la protezione umanitaria ha **carattere residuale** (rispetto a quella internazionale) e temporaneo (Cass. civ., sezioni unite, n.11525/2009);
- l'esistenza di tale forma di protezione nazionale garantisce, affiancando lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria, la **piena attuazione del diritto d'asilo** come previsto dalla Costituzione all'art.10, comma 3 (Cass. civ. n.10686/2012).
- i “seri motivi” che giustificano il riconoscimento della protezione umanitaria costituiscono un **catalogo aperto** (Cass. civ. n. 26566/2013);

Segue: La «protezione umanitaria»

Ipotesi di riconoscimento della protezione umanitaria (circolare Commissione Nazionale per il diritto di asilo n. 3716/2015, che recepisce la giurisprudenza della Corte di Cassazione):

- sussistenza di **clausole di esclusione o di diniego**. Il c.d. «diritto di Caino»
- **gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie** che non possano essere adeguatamente trattate nel Paese di origine
- temporanea impossibilità del rimpatrio per **l'insicurezza del Paese di destinazione**
- gravi **calamità naturali** o altri fattori locali ostativi ad un rientro in sicurezza
- **situazione familiare** del richiedente, da valutarsi nell'ottica del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art.8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU)

L'espressione «diritto di Caino» è tratta da EMANUELA PISTOIA, Il posto di Caino. Limiti all'accoglienza nell'UE degli stranieri colpevoli di reati, in G.Caggiano, I percorsi giuridici dell'integrazione, Torino, Giappichelli, 2014, pp.729 e ss.

Per una disamina di tale casistica si rinvia a EUGENIO CASTRONUOVO, Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, n.3/2018, pp.5 e ss., NAZZARENA ZORELLA, La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, n.1/2018, p.15, e MARIA ACIERNO, La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani, in Questione Giustizia, n.2/2018, pp.104 - 106

Segue: La «protezione umanitaria»

L'integrazione, il diritto al rispetto della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Cass. civ., sez.I, n.4455/2018 e Cass. civ. SS.UU., n. 29459/2019:

*«In tema di protezione umanitaria, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la **valutazione comparativa** della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza»*

Necessario *«verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, **al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale**»*

La protezione speciale e le altre forme di protezione «complementare» introdotte e disciplinate dal d.l. 113/2018

Il d.l. 113/2018 abroga i due ultimi periodi del comma 6 art.5 TUI e, con essi, la «protezione umanitaria», che sostituisce con:

- Protezione speciale
- Permesso per «casi speciali»
- Permesso per cure mediche
- Permesso per calamità
- ...permesso per atti di particolare valore civile

La protezione speciale nel d.l. 113/2018

Art.19, co.1 e 1.1, TUI, a seguito dell'entrata in vigore del d.l.:

«1. In nessun caso puo' disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto 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 rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

1.1. 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».

L'art.32, co.3, D.Lgs. 25/2008 prevede che, sussistendo tali ipotesi, la Commissione territoriale debba trasmettere gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di durata annuale, non convertibile in lavoro, per «**protezione speciale**»

IL DL. 130/2020 ED IL «NUOVO PERMESSO PER PROTEZIONE SPECIALE»

Nuova modifica dell'articolo 5, comma 6, TUI: ripristinato il vincolo del **rispetto degli «obblighi costituzionali e internazionali» dello Stato italiano**, ma non la formulazione sui «seri motivi di carattere umanitario»

La vera innovazione si trova però nella riforma **dell'articolo 19 (non coordinato con il 5, comma 6,....)**, che amplia le ipotesi di divieto di respingimento, espulsione ed estradizione e, di conseguenza, quelle di riconoscimento di tale forma di protezione

Nuovo art.19 TUI (co.1, 1.1 e 1.2)

In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto 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 rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

((1.1. 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** o a **trattamenti inumani o degradanti**. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di **violazioni sistematiche e gravi di diritti umani**. **Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una **violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica**. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene 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**.)**

((1.2. 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**.)

Il permesso di soggiorno per protezione speciale

- ha **durata biennale** (nuovo art. 32, comma 3 D.Lgs. 25/2008)
- è **convertibile** in permesso per motivi di lavoro (art. 6 1-bis TUI)
- **può essere rilasciato anche dalla Questura**, previo parere della Commissione, anche se non è stata presentata domanda di protezione internazionale ma è stato richiesto un altro titolo di soggiorno (art. 19 comma 1.2 TUI)

La protezione speciale prevista dal co.1.1, terzo e quarto periodo, dell'art.19 TUI

Struttura della norma

Art.8 CEDU e relativa giurisprudenza

E' ancora previsto il giudizio di comparazione?

Rapporto tra art.5, co.5, e 19, co.1.1, TUI

Nuovo art.19 TUI (co.1, 1.1 e 1.2)

In nessun caso puo' disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto 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 rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

((1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a **tortura** o a **trattamenti inumani o degradanti**. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di **violazioni sistematiche e gravi di diritti umani**. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una **violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica**. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della **natura e della effettivita' dei vincoli familiari dell'interessato**, del suo **effettivo inserimento sociale in Italia**, della **durata del suo soggiorno** nel territorio nazionale nonche' **dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine**.)

((1.2. 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**.)

Articolo 3 CEDU

«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»

La **protezione contro il refoulement implicitamente offerta** dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - a beneficio di tutte le persone che, se respinte, sarebbero a rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti - ha carattere assoluto; sicché, a differenza di quanto già visto per la corrispondente protezione offerta ai rifugiati dalla Convenzione di Ginevra, non contempla la possibilità di **nessuna deroga**.

Giurisprudenza CEDU

- sentenza del 13 aprile 2010, causa n. 50163/08, Trabelsi c. Italia;
- sentenza 9 marzo 2010, causa n. 41827/07, R. C. c. Svezia;
- [sentenza del 19 gennaio 2010, causa n. 41442/07](#), Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio;
- sentenza del 22 settembre 2009, causa n. 30471/08, Abdolkhani e Karminia c. Turchia;
- sentenza del 6 luglio 2009, causa n. 246/07, Ben Khemais c. Italia;
- decisione 30 giugno 2009, causa n. 6864/06, Tubajika c. Paesi Bassi;
- sentenza dell'11 giugno 2009, causa n. 53541/07, S.D. c. Grecia;
- sentenza 5 maggio 2009, causa n. 12584/08, Sellem c. Italia;
- sentenza del 17 luglio 2008, causa n. 25904/07, NA c. Regno Unito;
- sentenza del 22 febbraio 2008, causa n. 37201/06, Saadi c. Italia;
- sentenza del 24 gennaio 2008, causa n. 29787 e 29810/03, Riad e Idiab c. Belgio;
- sentenza del 26 aprile 2007, causa n. 25389/05, Gebremedhin c. Francia;
- sentenza dell'11 gennaio 2007, causa n. 1948/04, Salah Sheek c. Netherlands.

articolo 8 CEDU

Diritto al rispetto della vita privata e familiare

1. Ogni persona ha diritto al **rispetto della propria vita privata e familiare**, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. **Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.**

Giurisprudenza CEDU

Boultif c. Svizzera, 2 novembre 2001, caso 54273/00

Uner c. Svizzera, 18 ottobre 2006, caso 46410/99

I.M. c. Svizzera, 9 aprile 2019, caso 23887/2016

Saber e Boughassal c. Spagna, 18 dicembre 2018, caso 76550/2013 e 45938/2014

Omojudi c. Regno Unito, 24 novembre 2009, caso 1820/08

Mokrani c. Francia, 15 ottobre 2003, caso 52206/99

Jakupovic c. Austria, 6 maggio 2003, caso 36757/97

Nasri c. Francia, 13 luglio 1995, caso 19465/92

Moustaquim c. Belgio, 18 febbraio 1991, caso 12313/1986

Beldjoudi c. Francia, 26 marzo 1992, caso 12083/86

Direttiva 2003/86

Articolo 17

In caso di rigetto di una domanda, di ritiro o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione **la natura e la solidità dei vincoli familiari** della persona e la **durata del suo soggiorno nello Stato membro**, nonché **l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine**.

norma già trasposta nel comma 5 dell'art.5 TUI

Nel nuovo comma 1.1 dell'art.19 rilevante anche «l'effettivo inserimento sociale in Italia»

....ed il giudizio di comparazione?

Il nuovo art.5, co.6, TUI:

Ipotesi interpretative e rapporto con il nuovo art.19:

- ✓ si tratta di un mero richiamo al rispetto, da parte della PA, degli obblighi costituzionali ed internazionali
- ✓ integra le precise fattispecie previste dall'art.19, così ricostruendo una protezione del tutto analoga a quella umanitaria
- ✓ è norma direttamente attuativa (tra l'altro) dell'art.10, co.3. Cost., così che l'asilo costituzionale possa essere per essa direttamente invocabile (con conseguente rilascio di permesso «per asilo» ex art.11 DPR 394/99)

Disposizione transitoria e diritto intertemporale

Art.15 d.l. 130/2020;

*«1. Le disposizioni di cui **all'articolo 1, comma 1, lettere a), e) ed f)** si applicano anche ai **procedimenti pendenti** alla data di entrata in vigore del presente decreto avanti alle commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali, **con esclusione dell'ipotesi prevista dall'articolo 384, comma 2 del codice di procedura civile**»*

Nel d.l. 113/2020 non c'era norma transitoria...

...ed infatti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 29459/2019, hanno statuito come la protezione umanitaria possa ancora essere riconosciuta a chi ne abbia fatto domanda prima della data di entrata in vigore, il 5 ottobre 2018, del d.l. 113/2018

Ed ora, con il d.l. 130/2020?

- Sostituzione della protezione umanitaria con la «nuova» protezione speciale, che le si sovrapporrebbe esattamente?
- Coesistenza ed alternatività delle due forme di protezione?