

IL DIRITTO DI ASILO E LE SUE FORME DI ATTUAZIONE.

Davide Monego *

Abstract (ITA): l'attuazione del diritto costituzionale d'asilo (art. 10, comma 3) ha determinato un'interessante evoluzione normativa. Questo saggio mira ad analizzare il rapporto tra il diritto di asilo, da un lato, e dall'altro, lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e le diverse forme di protezione complementare, per evidenziare se, e in quali aspetti, sia attualmente possibile concepire l'asilo costituzionale come una situazione soggettiva autonoma.

Abstract (ENG): *the implementation of the constitutional right of asylum (art. 10, paragraph 3 Constitution) has led to an interesting regulatory evolution. This essay aims at analyzing the relationship between the right to asylum on the one side and on the other side the refugee status, the subsidiary protection and the different forms of complementary protection, to highlight whether, and in what aspects, it is currently possible to conceive of constitutional asylum as an autonomous subjective situation.*

SOMMARIO: 1. Il diritto di asilo costituzionale. – 2. La protezione umanitaria “prima versione”. – 3. L'apparente scomparsa della tutela umanitaria e la comparsa della protezione speciale. – 4. Il diritto di asilo costituzionale e le sue forme di attuazione. – 5. Asilo e territorio.

1. Il diritto di asilo costituzionale.

Il diritto di asilo (art. 10, comma 3, Cost. ¹) rappresenta senza dubbio una norma “fondante” l'impianto della nostra forma di Stato, sia quanto a collocazione (nei “Principi fondamentali” della parte prima), sia sotto il profilo contenutistico, essendo funzionale alla garanzia concreta delle libertà democratiche sancite dalla nostra Carta costituzionale anche verso coloro che non fanno parte della comunità nazionale, in una logica di tutela universalistica della dignità umana, impermeabile alla nazionalità della persona che nello Stato di origine subisce limitazioni al suo godimento. Trattasi di garanzia riconosciuta espressamente anche da altro testo “costituzionale”, qual è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che ne ragiona all'art. 18, il quale lo tutela nel rispetto

¹ * Ricercatore confermato in Diritto amministrativo e pubblico - Università di Trieste

Inteso quale asilo territoriale, da assicurare al beneficiario all'interno dei confini nazionali, ben diverso da quello extraterritoriale o diplomatico, consistente nella protezione che uno Stato offra ad uno straniero all'interno di una propria rappresentanza diplomatica o di altro “luogo”, esterno ai confini, ma ugualmente soggetto alla propria sovranità, il quale appare frutto di una concessione statale, anziché di un diritto soggettivo, quale prefigurato invece dall'art. 10, comma 3, Cost. (cfr. B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto del rifugiato*, Relazione al Convegno AIC 2009 su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, reperibile al link www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf, par. 2.).

del sistema formato dalla Convenzione di Ginevra (e relativo protocollo del 1967) – e dunque con riguardo allo stato di rifugiato – nonché dai Trattati europei, e, per conseguenza, dal diritto secondario che ne realizza gli obiettivi, offrendone attuazione².

Il disposto costituzionale, in sé considerato, ovvero indipendentemente dalla legge che avrebbe dovuto stabilirne le “condizioni di esercizio”, mai adottata, nonostante la riserva posta dal medesimo disposto, offre comunque alcuni punti di riferimento, pur lasciando aperte al contempo varie questioni. Alla stregua del testo sono individuabili anzitutto la configurazione dell’asilo come situazione soggettiva individuale, con conseguente obbligo della pubblica autorità di garantirne l’esercizio, e non quale oggetto di una possibile decisione sovrana; la sua causa di giustificazione, ovvero l’impedimento dell’esercizio effettivo delle libertà democratiche previste dalla Costituzione italiana, comunque inveratosi (mediante azioni od omissioni), purché verificabile in concreto; ed infine quanto meno un contenuto minimo del diritto, posto che il godimento delle libertà (negate altrove) nel territorio italiano implica che sia garantito l’ingresso del potenziale beneficiario, affinché ne possa ottenere il riconoscimento³, il che a sua volta necessita di un ulteriore diritto, quello di poter soggiornare in Italia, sino alla definizione della procedura di riconoscimento, e poi, una volta avvenuto il relativo accertamento, stabilmente⁴. Benché non si tratti di elementi sufficienti ad esaurire la relativa disciplina, essi rappresentano quel “corredo” essenziale che ne ha consentito (come si dirà a breve) l’immediata giustiziabilità⁵. Ciò non toglie ovviamente che residuino ulteriori problemi interpretativi, a volte oramai risolti, a volte ancora oggetto di contrapposte ricostruzioni dottrinali. Da quello del perimetro soggettivo di applicazione, dal momento che l’art. 10 menziona lo straniero ma tace sull’apolide⁶, a quello della precisa delimitazione della “libertà democratiche” da prendere in

2 Come noto, il diritto derivato consta di una serie di direttive, recepite dal nostro Stato, ovvero le direttive cd. “qualifiche” (dir. 2011/95/UE, succeduta alla 2004/83/CE, e recepita mediante il d.lgs. n. 251/2007), “procedure” (dir. 2013/32/UE, succeduta alla 2005/85/CE, e recepita mediante il d.lgs. n. 25/2008)) e “accoglienza” (dir. 2013/33/UE, recepita mediante il d.lgs. 142/2015). Altra è invece la questione – di non agevole soluzione – di stabilire se l’art. 18 CDFUE abbia esaurito la propria portata attraverso la disciplina europea sulle varie forme di protezione, stratificatasi nel tempo, o se invece residui una capacità della norma di produrre ulteriori regole in sede applicativa (sul punto vedi C. PANZERA, *L’accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2023, p. 13 s.): dubbio sorto anche con riferimento all’art. 10, comma 3, Cost., in rapporto alla regolamentazione (europea e nazionale) che, secondo la giurisprudenza, ne offre attuazione (cfr. *infra*). E’ poi noto che l’asilo è disciplinato anche nell’art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, oltre che in varie Convenzioni di portata regionale, su cui vedi P. BONETTI, *L’evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2020, p. 753 ss.

3 Che si traduce in un accertamento del relativo diritto, non avendo la decisione (dell’amministrazione prima ed eventualmente del giudice poi, in caso di contenzioso) natura costitutiva, come la giurisprudenza ha affermato (vedi Corte di Cassazione SS.UU. Civili, ordinanza n. 19393/2009 e ordinanza n. 5059/2017).

4 P. BONETTI, *L’evoluzione*, cit., 789 ss., distingue a tal fine l’asilo provvisorio da quello definitivo, fermo restando che “definitivo” è il diritto di soggiorno sino a che permangano (nel paese di provenienza) le condizioni, di lesione dei diritti fondamentali, che ne hanno determinato l’insorgenza.

5 Sull’interpretazione dell’art. 10, comma 3, Cost., fra i molti si veda M. BENVENUTI, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2007, 1 ss., nonché, più ampiamente, *Il diritto di asilo nell’ordinamento costituzionale italiano. Un’introduzione*, Padova, Cedam, 2007, e, in tempi più recenti, C. PANZERA, *Il diritto all’asilo. Profili costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 97 ss. e P. BONETTI, *Art. 10 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 80 ss.

6 Problema risolto nel senso di includere anche questa categoria di persone, intendendosi dunque il vocabolo “straniero” ad indicare chiunque non abbia la cittadinanza italiana (cfr., fra i tanti, C. PANZERA, *Il diritto*, cit.,

considerazione⁷, sino a quello della possibilità di apporre limiti quantitativi, agli ingressi, a tutela di contrapposti interessi pubblici⁸. Senza dimenticare il problema relativo a *come* assicurare al potenziale beneficiario di raggiungere quel territorio in cui aspira ad ottenere ingresso, al *come* dell'accertamento, cioè al procedimento da seguire a tal fine⁹, nonché al complesso di diritti e doveri conseguenti al riconoscimento¹⁰ ed alle ipotesi di cessazione e revoca del medesimo¹¹.

Come noto, la previsione costituzionale non ha mai ricevuto puntuale attuazione legislativa, nonostante la riserva di legge assoluta – quanto alle “condizioni di esercizio” – ivi contemplata¹². E' infatti evidente che, anche a ritenere la natura precettiva (anziché meramente programmatica) della disposizione, con relativa e conseguente immediata applicabilità della stessa in sede amministrativa e/o giudiziaria, restano comunque scoperti profili tutt'altro che secondari, quali quelli appena evidenziati: profili che, al di là della diverso grado di problematicità, senz'altro avrebbero potuto essere chiariti attraverso l'interposizione del legislatore. Anzi, avrebbero *dovuto* esserlo, non solo per l'ovvia esigenza di dare attuazione ad ogni norma costituzionale, ma, a maggior ragione, per il fatto che trattasi di norma che esprime un diritto fondamentale, senz'altro rientrante nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, che spetta alla Repubblica riconoscere, ai sensi dell'art. 2 Cost., garantendone l'effettività, ciò che implica un'attivazione del potere legislativo allo scopo di colmare le lacune, adempimento che appare difficile lasciare per intero all'opera dalla giurisprudenza.

Un tentativo di provvedere in tale direzione risale alla fine degli anni '90, quindi a 50 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, e non è andato a buon fine. Il disegno di legge a ciò finalizzato, presentato insieme a quello concernente l'attuazione dell'altra riserva posta dall'art. 10 Cost. – quella sulla disciplina della condizione giuridica dello straniero –, a differenza di questo (che

p. 104 ss.).

7 Non dubitandosi che vi rientrino le libertà civili e politiche (fermo restando lo iato derivante per queste ultime dal fatto che, impedito altrove, non saranno esercitabili nemmeno in Italia, per lo meno sino a che rimarrà salda l'interpretazione dell'elettorato attivo e passivo come prerogativa riservata al solo cittadino), mentre più incerta è l'inclusione dei diritti sociali, e, in tal caso, di quali. Sul punto si vedano ad es. le posizioni, ben diverse, di M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., p. 102, e A. ALGOSTINO, *L'eccedenza del diritto di asilo costituzionale: il diritto di migrare in nome del «pieno sviluppo della persona»*, in *Questione giustizia*, 2023, 4 ss.

8 Profilo discusso durante i lavori dell'Assemblea costituente, senza giungere però ad una soluzione univoca, posto che un emendamento, volto a consentire al legislatore di apporre restrizioni numeriche, venne ritirato a favore dell'attuale formulazione, lasciando irrisolto il dubbio (cfr. C. PANZERA, *Il diritto*, cit., p. 103).

9 Sotto questo profilo si potrebbe forse pensare di mutuare le regole procedurali fissate per il rilascio del permesso di soggiorno allo straniero non asilante, contenute nel testo unico immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) e nel relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 394/1999). Ma si tratterebbe di una soluzione alquanto forzata, data la diversità dei motivi che giustificano il rilascio dei vari tipi di permesso ivi previsti, in rapporto alla peculiarità delle situazioni da accertare ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost., che, concernendo situazioni collocate “altrove” implicano soluzioni istruttorie altrettanto peculiari (come quelle adottate nel settore della protezione internazionale).

10 Fermo restando che non si potrà negare quanto meno uno *status* corrispondente a quello previsto dalla disciplina sulla condizione giuridica dello straniero (non comunitario) in generale, di cui al TU immigrazione: il che, in virtù del suo art. 2, oltre alla titolarità dei diritti fondamentali contemplati dal diritto interno e internazionale – assicurati a prescindere dalla regolarità del beneficiario (comma 1) – implica la parità di trattamento, rispetto al cittadino italiano, quanto ai diritti “in materia civile”, prevista dal comma 2 a favore dello straniero regolarmente soggiornante.

11 Non si tratta di un elenco completo delle varie questioni rilevanti ai fini della corretta interpretazione della norma, per le quali cfr. gli autori citati nella nota n. 5.

12 Che si tratti di riserva assoluta è pacifico. Si veda per tutti A. CASSESE, *Art. 10 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p. 526 ss. E' parimenti pacifico che si tratti di riserva di legge statale, giusta la riserva di competenza in tal senso operata dall'art. 117, comma 2, lett. a), Cost.

ha dato origine al d.lgs. 286 del 1998, l'attuale testo unico in materia di immigrazione) non è infatti mai stato approvato. D'altronde, risale al 1989 anche la regolamentazione interna, nei suoi aspetti essenziali, dello *status* di rifugiato, benché la Convenzione di Ginevra del 1951, di per sé priva di un adeguato corredo procedimentale – e quindi necessitante a sua volta di implementazione legislativa – fosse stata ratificata sin dal 1954¹³. Il che sta ad attestare come l'interesse ad affrontare per intero il problema del diritto di asilo costituzionale, e dei suoi rapporti con la condizione del rifugiato, non fosse particolarmente pressante per le forze politiche avvicendatesi alla guida del paese sino a quel momento, probabilmente anche in ragione della dimensione del fenomeno migratorio, ben diversa da quella successivamente inverteasi.

Comunque sia, in simile contesto era naturale che si ponesse un doppio quesito: se la norma fosse immediatamente applicabile, nonostante l'inerzia del legislatore, anziché avere carattere meramente programmatico, e, se sì, quale fosse il contenuto del diritto riconosciuto allo straniero e come ne avvenisse il riconoscimento. Il primo problema ha subito trovato soluzione affermativa nella dottrina¹⁴ ed anche nella giurisprudenza di legittimità, per lo meno nei suoi primi pronunciamenti. La Corte di Cassazione, a Sezioni unite (sentenza n. 4674/1997) ha infatti affermato che la fattispecie delineata dall'art. 10, comma 3, Cost. è sufficientemente definita nella causa di giustificazione del diritto (l'impedimento nell'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione), configurando un vero e proprio diritto soggettivo immediatamente azionabile dallo straniero: per di più attestandone l'autonomia rispetto al diverso *status* concernente i rifugiati, previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, con relativa inapplicabilità della regolamentazione interna in materia¹⁵ a chi vanti il (diverso) diritto configurato dall'art. 10, comma 3, Cost.. Il che si riflette sulla soluzione del secondo quesito, quello sul contenuto del diritto di asilo costituzionale, individuato nel solo diritto all'ingresso nel territorio italiano, quindi in una situazione soggettiva dal perimetro ben più circoscritto rispetto alla "status di particolare favore" assicurato al rifugiato. La distinzione fra le due situazioni soggettive era attestata non solo dalla diversa sfera soggettiva di applicazione, più circoscritta per i rifugiati, in quanto legata alla "persecuzione" (cfr. art. 1 A Convenzione di Ginevra), non contemplata

13 Ci si riferisce ovviamente alla Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951, ratificata in forza della l. n. 722/1954 (accompagnata dal Protocollo del 1967, ratificato in forza della l. n. 95/1970) la cui prima (e non organica) attuazione – poi, come noto, interverrà sul punto la normativa europea – si deve al d.l. n. 416/1989, convertito dalla l. n. 39/1990 (cfr. art. 1). Il quale peraltro in termini procedurali si limitava a rinviare ad un successivo regolamento governativo, emanato con il d.P.R. n. 136/1990, con cui venne istituita la Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, quale autorità competente all'esame delle relative domande (e fissata una cornice procedurale), in sostituzione della Commissione paritetica di eleggibilità, che dal 1952 in avanti si era occupata delle richieste di asilo, ad esclusione di quelle provenienti da paesi non europei, giusta la riserva geografica apposta dal Governo italiano alla Convenzione di Ginevra, rimossa soltanto grazie al medesimo art. 1 del d.l. n. 416/1989. Sul punto cfr. P. BONETTI, *L'evoluzione* cit., p. 774 ss., il quale giustamente rileva che l'art. 1 d.l. n. 416/1989, rimettendo ad una fonte secondaria gli aspetti procedurali del diritto alla protezione internazionale, ledeva la riserva di legge posta dall'art. 10, comma 3, Cost., in quanto riserva di legge assoluta. Il problema è poi venuto meno quando la legge cd Bossi – Fini (l. n. 189/2002) ha introdotto nel corpo del decreto n. 416 una serie di articoli (1-ter e 1-quater) con cui delineare la procedura di attribuzione dello *status* di rifugiato, assegnando fra l'altro la potestà decisoria alle neoistituite Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che hanno sostituito a tal fine la precedente Commissione centrale nazionale.

14 C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano 1958, 222 ss., il quale contestava l'opinione, che pur riteneva al tempo "diffusa" (par. 3), circa la natura programmatica dell'art. 10, comma 3, Cost., pur riconoscendo che per "alcune parti" la disciplina dell'istituto non potesse dirsi completa, ciò che però non ne precludeva la diretta efficacia.

15 Cioè del d.l. n. 416/1989, cit.

invece dall'art. 10, comma 3, Cost., ma anche dalla spettanza della giurisdizione sulle relative controversie a differenti magistrature: quella amministrativa sui provvedimenti in materia di rifugio, quella ordinaria relativamente all'asilo costituzionale. Interesse legittimo da un lato, diritto soggettivo dall'altro, con le ordinarie conseguenze in tema di giurisdizione. Situazione questa ormai superata dall'assimilazione nella figura del diritto soggettivo di entrambe¹⁶, il che peraltro non implica necessariamente che l'una si risolva nell'altra, come invece affermano i successivi arresti giurisprudenziali.

E' infatti altrettanto vero che si registra un'evoluzione (o involuzione, a seconda dei punti di vista) nella linea interpretativa adottata dalla Corte di Cassazione, passata dall'iniziale assunto sull'efficacia diretta della norma costituzionale a quello inverso della sua integrale attuazione mediante le tre forme di protezione consistenti nello status di rifugiato, nella protezione sussidiaria ed in quella umanitaria¹⁷, tale da escludere ogni spazio di residuale autonomia per il diritto di asilo risultante dall'art. 10, comma 3, Cost. In sintesi, il percorso parte dalla già citata sentenza n. 4674/1997 per giungere all'ordinanza n. 10686/2012, in cui si trova affermata l'integrale "dissoluzione" dell'asilo costituzionale nelle varie forme di protezione internazionale ed umanitaria menzionate nel testo (orientamento confermato anche recentemente, fra le molte, da Corte di Cassazione, ordinanza n. 10898/2024). Fra l'una e l'altra si situano altri passaggi che comunque si allontanano dal precedente del 1997: prima nel senso di applicare le formalità procedurali relative al rifugio alla domanda di asilo costituzionale (pur riconoscendo tuttavia la distinta natura dei due diritti, come afferma Corte di Cassazione, sentenza n. 25028/2005), poi nel senso di ritenere il diritto *ex art.* 10 interamente funzionalizzato a far valere la domanda per il riconoscimento dello stato di rifugiato (Corte di Cassazione, ordinanza n. 11535/2009) e dunque di per sé privo di uno specifico contenuto sostanziale¹⁸.

Ed è proprio l'introduzione della protezione umanitaria di diritto interno a completare (in modo esaustivo, stando a questa ricostruzione) il disegno costituzionale concernente il diritto di asilo *ex art.* 10 Cost. La stessa Corte costituzionale (sentenza n. 194/19) ha seguito (o comunque non ha contraddetto) questa linea interpretativa, collegando le vigenti tipologie di protezione (internazionale ed umanitaria) al precetto di cui al terzo comma dell'art. 10 Cost., seppur al fine di ricondurre le modifiche in tema di tutela umanitaria, apportate dal cd. decreto "sicurezza" o "Salvini" (d.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018), alla materia "asilo", cioè allo scopo di risolvere un conflitto sulla competenza legislativa, il che potrebbe pure non escludere la possibilità di dedurre, dal medesimo art. 10 comma 3, un diritto autonomo e discosto dal sistema della protezione internazionale.

16 La giurisdizione amministrativa sui provvedimenti in materia di rifugiati era prevista dall'art. 5 del d.l. n. 416/1989, successivamente abrogato dalla l. n. 40/1998 (art. 46). Venuta meno la riserva di giurisdizione amministrativa, la Corte di Cassazione (SS.UU. Civili, ordinanza n. 907/1999) ha sancito la natura di diritto soggettivo della situazione sottostante alla qualifica di rifugiato, come poi espressamente confermato dal legislatore (cfr. art. 35, d.lgs. n. 25/2008, c.d. decreto procedure). Parla di una funzione "emulativa" del diritto di asilo costituzionale verso le altre forme di protezione, nel senso di una loro assimilazione in una comune natura di diritto soggettivo, con conseguente spettanza delle relative controversie alla giustizia ordinaria, M. BENVENUTI, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2010, p. 49 ss.

17 Disciplinate, quanto alle protezioni maggiori, oltre che nella Convenzione di Ginevra (quanto allo stato di rifugiato) – col relativo protocollo del 1967 –, nella direttiva qualifiche (concernente sia il rifugio che la protezione sussidiaria). Mentre la protezione per motivi umanitari (oggi "speciale" per quanto si dirà poi), si traduce in un istituto di diritto interno, introdotto dal TU immigrazione.

18 Per la rivisitazione critica delle varie fasi della giurisprudenza di legittimità relativamente all'applicazione dell'art. 10, comma 3, Cost., vedi M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attenuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, pp. 14-27.

2. La protezione umanitaria “prima versione”.

La protezione per “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano” (secondo quanto previsto dall’art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998, nel testo originario, vigente sino alla sua abrogazione ad opera del d.l. n. 113/2018) ha attraversato diverse “stagioni”, complice la tendenza del legislatore a tornare a più riprese sulla relativa disciplina, soprattutto negli ultimi anni. Essa nasce con la legge n. 40 del 1998 (art. 5, comma 6), per poi confluire immutata nel corrispondente articolo del TU immigrazione, quale limite al potere del questore di negare il rilascio di un permesso di soggiorno, o di revocarlo (ma anche di non rinnovarlo, benché la disposizione non menzioni questo caso) in presenza delle ipotesi menzionate dalla norma, descritte in modo alquanto ampio ed indeterminato. Una tutela concepita in chiave derogatoria rispetto al sistema generale delle norme sullo straniero, destinata a mitigarne gli effetti “espulsivi” quando contrari al senso di umanità e/o ad obblighi costituzionali e internazionali gravanti sullo Stato. Inizialmente l’art. 5, comma 6, TU non prevedeva testualmente il rilascio di un corrispondente permesso di soggiorno, introdotto successivamente, prima in via regolamentare¹⁹, e poi mediante una modifica apportata nel 2011 al medesimo art. 5²⁰: collocazione che sembra la più idonea alla stregua della riserva di legge esistente, che si tratti di quella sulle condizioni di esercizio del diritto di asilo, come dovrebbe ritenersi nella logica della sua attuazione, o quella sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2, Cost.), e comunque alla stregua del principio di legalità, posto che si tratta di definire il tipo di provvedimento da adottare a favore dello straniero in condizione di vulnerabilità, piuttosto che definire i dettagli procedurali attinenti al suo rilascio.

Dal punto di vista procedurale, la protezione poteva essere riconosciuta dal questore, senza alcuna interferenza con l’iter concernente il rifugio, posto che la Commissione centrale, autorità allora chiamata a decidere su tale *status*, non era investita di un potere valutativo sui presupposti della protezione umanitaria²¹, potere poi attribuito, in virtù della riforma Bossi-Fini (l. 189/2002, in uno con il relativo regolamento di attuazione, il d.P.R. n. 304/2004), alle nuove Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, previste in sostituzione di quella centrale²², oppure previa “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, comma 1, lett. *c-ter* d.P.R. n. 394/1999, nel testo allora vigente). Un doppio binario, dunque, confermato, una volta introdotte, a livello unionale, le protezioni maggiori, dall’art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008 (decreto procedure), il quale, nell’ambito del procedimento di protezione internazionale, prevede che la Commissione, qualora neghi il rifugio e la protezione

19 Mediante il d.P.R. n. 334/2004 (che ha inserito la lett. *c-ter* nell’art. 11, comma 1, d.P.R. n. 394/1999 – regolamento di attuazione del TU immigrazione –), adottato proprio al fine di superare talune chiusure giurisprudenziali sulla spettanza dell’apposito titolo di soggiorno, come rileva C. PANZERA, *Il diritto all’asilo*, cit., p. 201, nota n. 199.

20 Ad opera del d.l. n. 89/2011 che ha novellato, per questo aspetto, l’art. 5, comma 6, TU immigrazione.

21 La Commissione centrale è stata istituita con d.P.R. 136/1990, regolamento di attuazione del d.l. n. 416/1989, regolamento finalizzato a fissare un’essenziale procedura per il riconoscimento dello stato di rifugiato, unica protezione internazionale a quel tempo vigente. Sul *modus operandi* della tutela umanitaria in quel periodo, cfr. M. ACIERNO, *La protezione internazionale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, relazione tenuta all’incontro di studi “*Tutela dei nomadi, rifugiati, migranti*” organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Roma il 27-29 settembre 2010, reperibile al link www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/115/Acierno.pdf.

22 Vedi nota n. 13.

sussidiaria, rimetta gli atti al questore per il rilascio di un permesso per motivi umanitari, in presenza dei relativi presupposti²³, modalità quest'ultima che ha fortemente incrementato il numero dei relativi riconoscimenti²⁴.

Quanto ai profili sostanziali, trattavasi appunto di una tutela di diritto interno, non imposta ma consentita dalle fonti UE²⁵, da riconoscere in presenza di tre situazioni testualmente differenti. Stando alla formulazione dell'art. 5, comma 6, TU immigrazione, in effetti, i seri motivi ivi menzionati dovrebbero riferirsi alle ragioni di carattere umanitario o, in alternativa, agli obblighi costituzionali o a quelli internazionali. Tuttavia, la possibilità di ricostruire ciascuna di queste fattispecie in modo autonomo non toglie che nella prassi si sia assistito ad una sovrapposizione, sintetizzata dall'espressione protezione umanitaria, sul presupposto che essa implichi una situazione di estrema vulnerabilità del soggetto a rischio di allontanamento, traducendosi pertanto pur sempre in una garanzia dei suoi diritti fondamentali, da cui scaturiscono corrispondenti obblighi di tutela a carico della Repubblica, siano essi di rango costituzionale o internazionale. Insomma, pare difficile individuare ipotesi di seri motivi umanitari che non si traducano al contempo nella lesione di un diritto costituzionale o internazionale (senza contare che, come è noto, molti diritti fondamentali, proprio perché tali, trovano riconoscimento, spesso in termini analoghi, sia nella Costituzione che in norme internazionali)²⁶.

Se ne trova conferma nella giurisprudenza, che ha riconosciuto il diritto a questo tipo di tutela con riguardo, ad es., alla lesione del diritto alla salute, nonché alle condizioni di chi abbia subito violenza nel proprio paese o in quello di transito, o nelle ipotesi di irreperibilità dei mezzi necessari alla propria sopravvivenza in conseguenza di calamità naturali o di conflitti armati²⁷. Altrettanto dicasi per il ruolo

23 La posizione del questore in simile frangente è stata rapidamente ricostruita quale quella di un organo di mera esecuzione delle determinazioni della Commissione (attività vincolata, quindi), come afferma la Corte di Cassazione (per tutte vedi SS.UU. Civili, sentenza n. 4455/2018), peraltro in continuità col contesto della riforma Bossi-Fini (descritto da M. ACIERNO, *La protezione internazionale*, cit., p. 29 ss.). Ed anche se in quel contesto difettava una disposizione altrettanto chiara. In effetti, da un lato, l'art. 1-*quater* d.l. n. 416 stabiliva 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 [...] 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*”, mentre, dall'altro, il regolamento di attuazione, sopra citato, prevedeva il rilascio del permesso, ad opera del questore, o previo parere della Commissione, o direttamente sulla base della documentazione prodotta dall'interessato, potendo quindi risultare non del tutto chiaro il modo in cui la protezione umanitaria si innestasse nella procedura concernente quella internazionale.

24 N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2018, p. 7 ss., osserva che il percorso della domanda diretta al questore, per varie regioni, fra cui la resistenza opposta dall'autorità di pubblica sicurezza, non ha avuto larga applicazione, a differenza di quanto accaduto con l'inserimento della tutela umanitaria nell'alveo della procedura di protezione internazionale, ex art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008, che fra l'altro rende evidente la natura complementare della tutela umanitaria, destinata ad operare in assenza dei due *status* “maggiori”.

25 Il diritto UE rimette infatti agli Stati membri la decisione se introdurla o meno, come afferma il *Considerando* n. 15 della direttiva qualifiche, nonché l'art. 6, par. 4, della direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri).

26 N. ZORZELLA, *La protezione*, cit., p.13 ss., pur rilevando la necessità di mantenere la distinzione fra i diversi presupposti menzionati dall'art. 5, comma 6, e sottolineando la natura residuale dei motivi umanitari rispetto a quelli “costituzionali” e “internazionali”, in quanto questi ultimi, a differenza dei primi, implicano per forza un aggancio normativo, non manca di osservare come la vulnerabilità sottesa a questo tipo di protezione implichi spesso la compromissione di diritti costituzionali o internazionali.

27 Sempre che non sussistano i requisiti per riconoscere una protezione maggiore, ovviamente. Per una casistica giurisprudenziale in materia, cfr. E. MASETTI ZANNINI, *Le vulnerabilità tutelabili: la comparazione con il Paese d'origine*, in *Questione giustizia*, 3/2023, p. 37 ss.

assunto in questo ambito dall'integrazione (lavorativa, sociale, relazionale) conseguita dallo straniero irregolare in Italia, rilevante alla luce del diritto alla vita privato e/o familiare di cui all'art. 8 CEDU – rientrante quindi fra gli obblighi internazionali dello Stato – che in un primo momento è stato valutato in una logica comparativa con la situazione oggettiva e soggettiva dell'interessato nel paese di potenziale rimpatrio, qualora quest'ultimo implichi un deterioramento radicale delle condizioni di vita consolidate, a fronte di quelle accertate nel paese di destinazione²⁸. Mentre, successivamente, al giudizio di comparazione (che potremmo definire) “paritaria” si è sostituito quello di comparazione attenuata, con proporzionalità inversa, secondo cui la particolare gravità, in tema di lesione dei diritti fondamentali, riscontrata nello Stato di rientro, attenua il peso assunto dal livello di effettiva integrazione dello straniero in Italia, sino a svalutarlo del tutto qualora sia in gioco il nucleo minimo necessario a garantire la dignità dell'uomo. Nella medesima prospettiva, un forte radicamento (alla luce di molteplici indici, quali il rapporto lavorativo, la durata della permanenza, la sistemazione abitativa, la presenza di figli, la padronanza della lingua, l'inserimento in strutture associative e via dicendo) consente di sminuire l'influenza da attribuire alla situazione esistente nel luogo di (ipotetico) rimpatrio, sino a rendere la prima in sostanza sufficiente ai fini del permesso di soggiorno²⁹.

3. L'apparente scomparsa della tutela umanitaria e la comparsa della protezione speciale.

Lo “stato dell'arte” in materia di protezione umanitaria è però stato oggetto di plurime “attenzioni” da parte del legislatore, a partire dal cd. decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018) il quale, per quanto qui interessa, ha eliminato ogni riferimento a questo tipo di tutela, tanto nel TU immigrazione quanto nel suo regolamento di attuazione³⁰, con l'intento di circoscrivere la protezione dello straniero non comunitario nei confini imposti dal diritto europeo (rifugio e protezione sussidiaria), scongiurando in tal modo gli (ipotetici) abusi riscontrati nella prassi, salva la possibilità di vedersi rilasciare un permesso “per protezione speciale” nei casi (di non *refoulement*) di cui all'art. 19, comma 1 (persecuzione per motivi di razza, religione ed altri fattori di discriminazione) e 1.1. (tortura), qualora la Commissione territoriale non riscontrasse tutti i presupposti per una delle protezioni maggiori³¹. Al netto dei problemi di diritto intertemporale conseguenti alla disciplina transitoria ivi prevista³², è apparso subito chiaro che la necessità per amministrazione e giudici di ottemperare agli obblighi costituzionali e internazionali non sarebbe scomparsa grazie alla modifica dell'atto legislativo che ne richiamava l'osservanza, per elementari ragioni di gerarchia delle fonti, fermo restando l'effetto comunque prodotto *medio tempore*, tradottosi in una drastica riduzione dei permessi “umanitari” nel (pur breve) periodo di applicazione del d.l. n. 113/2018³³.

28 Corte di Cassazione sentenza n. 4455/2018.

29 Corte di Cassazione sentenza n. 1104/2020 e SS.UU. sentenza n. 24413/2021. Su questi snodi della giurisprudenza di legittimità si vedano i rilievi di U. SCOTTI, *La nuova protezione speciale ex art. 19 d.lgs. 286/98 dopo la riforma del d.l. 130 del 2020 in sede amministrativa e giurisdizionale*, relazione per la Scuola superiore della magistratura, Distretto di Torino, 21 novembre 2022, reperibile al link www.ordineavvocatorino.it/sites/default/files/D22407_%20Scotti%20_%20La%20nuova%20protezione%20speciale%20LA%20PROTEZIONE%20SPECIALE%2021112022.pdf.

30 A seguito di tale intervento, l'art. 5, comma 6, TU si limitava quindi a negare la possibilità di ottenere un titolo di soggiorno in mancanza dei requisiti previsti per i singoli tipi di permesso, fra l'altro arricchiti dalla novella in questione (che ha introdotto il permesso per cure mediche nell'art. 19, comma 2-bis, oltre a quello per calamità – art. 20-bis – e quello, non certamente di ispirazione umanitaria, per atti di particolare valore civile, di cui all'art. 42-bis).

31 Si veda l'art. 32, comma 3, decreto procedure, come novellato dal decreto sicurezza.

Applicazione breve poiché, mutata la maggioranza di governo, un ennesimo decreto-legge (n. 130/2020, convertito dalla l. n. 173/2020, il cd. “decreto Lamorgese”³⁴) è tornato ad incidere sul testo unico, prima di tutto sull’art. 5, comma 6, reintroducendo il riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali (pur senza menzionare più i “seri motivi di carattere umanitario”, né prevedere il rilascio di un corrispondente titolo di soggiorno, comunque nominato). Poi sull’art. 19, commi 1 (integrando i motivi di persecuzione con quelli attinenti all’orientamento sessuale e all’identità di genere); 1.1. (inserendo, fra i divieti di respingimento, espulsione ed estradizione, i trattamenti inumani o degradanti, la lesione degli obblighi “di cui all’articolo 5, comma 6”, nonché la violazione della vita privata e familiare, precisando altresì i criteri di accertamento del menzionato diritto insieme agli interessi pubblici che possono consentirne la limitazione³⁵; 1.2, prevedendo, ai fini della concessione di un permesso per protezione speciale, nei casi contemplati nei commi 1 e 1.1, di nuovo un doppio binario, uno interno alla procedura di protezione internazionale (già previsto nel d.lgs. 25/2008), l’altro ad essa esterno, in quanto incentrato su una domanda diretta al questore, che dovrà assumere sul punto il parere (da ritenersi vincolante) della Commissione territoriale. Il tutto in una logica di maggior tutela del migrante, ad ogni evidenza.

In sostanza, ciò ha comportato la sostituzione della protezione speciale a quella umanitaria, in continuità dei relativi presupposti, e con una valorizzazione dell’integrazione sociale, non perché prima sconosciuta, bensì in quanto accertabile alla sola stregua dei criteri menzionati nell’art. 19, dunque al di fuori del giudizio di comparazione (quand’anche attenuata), precedentemente praticato in giurisprudenza³⁶. Una ricerca “sul campo” attesta che l’esplicito riconoscimento legislativo dell’azionabilità diretta, in sede amministrativa (davanti al questore), dell’istanza per protezione speciale, ha inciso sull’emersione di un’area di irregolarità³⁷, fatta di persone straniere vulnerabili non più costrette a seguire la strada della protezione internazionale, più complessa dal punto di vista procedurale e spesso anche psicologico³⁸.

Ma le maggioranze di governo talora mutano, e con esse talvolta anche le regole legislative, come risulta dal decreto-legge cd. Cutro, adottato nel marzo del 2023 (d.l. n. 20/2023, convertito dalla l. n. 50/2023), cui si deve la disciplina attualmente vigente in tema di protezione speciale, contraddistinta

32 Su cui cfr. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *Questione giustizia*, 21.11.2018, 1 ss., problemi risolti nel senso della non retroattività dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 4890/2019 e poi a SS.UU., sentenze nn. 29459, 29460 e 29461/2019).

33 N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 84.

34 Sul punto cfr. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, pp. 75-86. L’art. 15 del decreto stabilisce che le relative disposizioni “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”, contenendo pertanto la portata applicativa del d.l. n. 113/2018.

35 Quanto ai criteri si dovrà tenere 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. Quanto a motivi di possibile bilanciamento, trattasi “delle ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute”.

36 Corte di Cassazione, ordinanze nn. 18455/2022, e 9110/2023.

37 Si ricordi anche che l’art. 6 TU immigrazione, nella versione risultante dal d.l. n. 130/2020, consentiva la conversione del permesso per protezione speciale in permesso di lavoro, con l’effetto non solo di regolarizzare la posizione della persona per il tempo di durata del primo, ma anche di ricondurre la condizione di coloro che nel corso del tempo avessero trovato un’occupazione all’interno della categoria corrispondente, cioè quella dei permessi per lavoro, col relativo regime giuridico.

dall'abrogazione delle parti aggiunte dal decreto Lamorgese. Dal testo dell'articolo 19 vengono espunte le porzioni riguardanti la tutela della vita privata e familiare e la possibilità di presentare la domanda di protezione sociale direttamente al questore. Quanto alla prima eliminazione si possono riproporre le precedenti considerazioni (formulate riguardo al decreto Salvini): il diritto alla vita privata e familiare è previsto dall'art. 8 CEDU e rimane tale quand'anche non ripetuto all'interno di una fonte primaria³⁹, fermo restando che è sicuramente incluso nel richiamo (tutt'ora vigente negli artt. 5, comma 6 e 19, comma 1.1) agli obblighi per l'appunto anche internazionali, quali deroghe alle regole ordinarie in tema di diniego del permesso di soggiorno e di allontanamento. Configura quindi un obbligo di origine sovranazionale, cui va fatto corrispondere un permesso per protezione speciale, ai sensi del medesimo art. 19, comma 1.2, TU immigrazione e del corrispondente art. 32, comma 3, decreto procedure, che ne delinea fra l'altro la disciplina⁴⁰. La novella del 2023 rimette quindi in discussione non la necessità di salvaguardare il diritto alla vita privata e familiare, ma semmai alcuni profili della sua disciplina.

In primo luogo, quello relativo agli interessi pubblici con cui possa essere bilanciato, che nella previsione convenzionale vengono incrementati rispetto a quelli previsti dalla norma oramai abrogata⁴¹, e appare difficile pensare ad una soluzione diversa dall'applicazione dell'art. 8 nella sua interezza. Poi, quello riguardante le modalità del suo accertamento, potendosi ipotizzare, da un lato, un ritorno al giudizio comparativo, precedente alla riforma del 2020⁴², mentre, dall'altro, è questione aperta se sia davvero preclusa, oggi, l'istanza di protezione presentata direttamente al questore, nonostante sia venuta meno la disposizione che esplicitamente la contemplava. Parte della dottrina afferma che un tanto sia possibile anche oggi⁴³: sul versante opposto si colloca il Ministero dell'interno⁴⁴ e, per conseguenza, le questure che spesso non riscontrano le richieste pervenute in tal senso, rifiutando l'appuntamento per la formalizzazione della domanda, il che ha già determinato un primo contenzioso giudiziario. Benché, appunto, non si sia certamente formato un diritto vivente sul punto, si registra un atteggiamento favorevole all'ammissibilità dell'istanza presso i giudici di merito,

38 R. DAILA COSTA – C. COSTANZO, *La protezione complementare dopo il D.L. 20 2023. Uno studio sul lavoro e soggiorno anche a partire dall'esperienza della clinica legale migrazioni e diritti dell'Università degli studi di Palermo*, in *Diritto immigrazione e Cittadinanza*, 3/2024, pp. 6 e 13. Quanto agli aspetti “umani” e non giuridici si pensi al colloquio che costringe lo straniero a rivivere un passato che può essere alquanto doloroso, se non traumatico, nonostante non sussistano – e l'interessato ne sia perfettamente consapevole – i presupposti per ottenere lo stato di rifugiato o la protezione sussidiaria, risultando quindi del tutto irragionevole imporre, per ottenere la protezione speciale, un procedimento amministrativo pensato a tutt'altro scopo.

39 Cfr., fra i molti, S. TONOLO, *La rilevanza degli obblighi internazionali ai fini della tutela della vita privata e familiare dei richiedenti protezione internazionale nella l. 5 maggio 2023 n. 50*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2023, p. 359 ss.

40 Ha durata biennale, è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, consente di svolgere attività lavorativa, ma non è convertibile in un permesso di lavoro (come invece accadeva col decreto Lamorgese).

41 L'art. 8, paragrafo 2, CEDU ammette interferenze da parte di autorità pubbliche qualora consistano di “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. Il periodo dell'art. 19, comma 1.1. TU immigrazione, ora abrogato, consentiva invece l'allontanamento soltanto per ragioni di “sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute”.

42 Visto che, con l'abrogazione dell'ultimo periodo dell'art. 19, comma 1.1., sono venuti meno i criteri (ivi previsti) che ne avevano determinato il superamento nella giurisprudenza (“natura e effettività dei vincoli familiari dell'interessato, [...] effettivo inserimento sociale in Italia, [...] durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché [...] esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine”).

43 N. ZORZELLA, *La riforma*, cit., p. 87 ss.

44 Si veda la Circolare del Ministero dell'interno n. 14100 del 19.5.2023 che nega tale possibilità.

che hanno condannato la pubblica amministrazione a ricevere e formalizzare le istanze presentate in via diretta, assegnando un termine a tal fine⁴⁵.

Gli argomenti a favore di questa soluzione non mancano. La protezione speciale (come quella umanitaria nel passato) è concepita quale derivazione, o meglio strumento di realizzazione, del diritto di asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost., traducendosi pertanto in un diritto soggettivo perfetto, non condizionato da momenti di discrezionalità amministrativa (salvo quella di natura tecnica da parte delle Commissioni territoriali), come tale rientrando nella giurisdizione ordinaria e implicante un percorso di attuazione ricalcato sulle sue caratteristiche, anziché mutuato da quello relativo a differenti *status* (rifugio e protezione sussidiaria). L'art. 5, comma 9, TU immigrazione, impone alla questura, investita dell'esame di una domanda avente ad oggetto un qualunque titolo di soggiorno, di cui difettino i presupposti di legge, di verificare d'ufficio se sussistano quelli per rilasciarne un altro, diverso, come quello contemplato dal combinato disposto degli artt. 5, comma 6, e 19, commi 1 e 1.1 con riguardo alle situazioni di divieto di allontanamento ivi previste. Risulterebbe irragionevole (art. 3 Cost.) riconoscere tale dovere⁴⁶ in un procedimento amministrativo estraneo al campo della protezione internazionale, per poi negare che l'interessato si attivi presso l'amministrazione chiedendo *solo* la protezione speciale⁴⁷.

Ammessa quindi, da questa prima giurisprudenza, una sorta di sterilizzazione (sul piano fattuale) dell'effetto abrogativo voluto dal decreto Cutro, residua invece l'incertezza sul piano procedurale, lasciato in sostanza alla decisione discrezionale dell'amministrazione, chiamata ad esaminare la domanda o nell'ambito – e quindi con le regole – previste per le protezioni maggiori (quindi con audizione dell'interessato, con particolari prescrizioni sull'effetto sospensivo in caso di impugnazione), oppure da parte del questore, previo parere vincolante della Commissione territoriale, come avveniva in passato. Nella logica seguita dai giudici di Bologna e Roma il coinvolgimento della Commissione rappresenta dunque un comun denominatore, pur all'interno di procedimenti per il resto differenti. Il che forse può destare perplessità, poiché, una volta sganciata la protezione speciale da quella internazionale, in quanto attivabile in modo autonomo, l'intervento della Commissione potrebbe forse dirsi non necessario. Infine, pur comprendendosi la logica di garanzia effettiva del diritto, a fronte della quale l'individuazione della procedura da seguire (per lo meno fra le due sopra citate) afferisce semplicemente ad una modalità organizzativa, che quest'ultima sia lasciata all'apprezzamento delle singole questure, che potranno in astratto (e in attesa della proverbiale circolare interpretativa) adottare prassi disomogenee, desta forti dubbi di costituzionalità, quanto meno alla luce della riserva di legge sulle condizioni di esercizio del diritto di asilo (art. 10, comma 3, Cost.), che senza dubbio include proprio le modalità procedurali del suo accertamento.

45 Cfr. Tribunale di Bologna 28.6.2024 e Tribunale di Roma 10.7.2024, entrambe reperibili in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2024, alla voce *Asilo e protezione internazionale*.

46 Sulla cui reale osservanza da parte dell'autorità di pubblica sicurezza è peraltro quanto meno lecito dubitare.

47 Si vedano le decisioni appena ricordate, in cui si ricorda che il permesso di soggiorno in questione può essere chiesto anche – come unico oggetto della domanda – all'interno della procedura destinata al riconoscimento delle protezioni maggiori (Corte di Cassazione ordinanza n. 37275/2022), il che ne attesta una sorta di autonomia concettuale rispetto a tale procedimento. In dottrina cfr. e N. ZORZELLA, *La riforma*, cit., p. 87 ss., nonché R. DAILA COSTA – C. COSTANZO, *La protezione*, cit., p. 13 ss. i quali giustamente osservano che, qualora l'unica possibilità di accesso fosse quella delineata dal decreto procedure, sui potenziali interessati si riverserebbero anche le conseguenze del notevole (parrebbe irresistibile) incremento delle procedure di esame accelerato della domanda, ad es. per provenienza da un paese di origine sicuro, con il correlato aumento del tasso di sommarietà con cui avviene la valutazione sulla situazione individuale del richiedente.

4. Il diritto di asilo costituzionale e le sue forme di attuazione.

Alla luce del contesto sin qui descritto ci si può chiedere se abbia senso, non solo sotto il profilo teorico, ma anche e soprattutto sul piano pratico-operativo, discorrere del diritto di asilo, di cui all'art. 10, comma 3, Cost., alla stregua di una situazione soggettiva distinta e autonoma da quelle configurate dal diritto internazionale, unionale e interno. La giurisprudenza, di merito e di legittimità, appare granitica nell'esaurire il primo nelle seconde, interpretando l'art. 10 quale fonte di un diritto all'ingresso (meramente) funzionale alla presentazione di una domanda di protezione (inizialmente rivolta appunto allo *status* di rifugiato, poi anche alla protezione sussidiaria e a quella complementare). La protezione umanitaria, nella versione precedente al decreto Salvini, ha svolto la funzione di completare il sistema, includendo tutte le situazioni di vulnerabilità lasciate scoperte dal rifugio e dalla protezione sussidiaria. Le critiche formulate in merito dalla dottrina, con riguardo al conseguente slittamento della garanzia costituzionale verso la tutela di posizioni soggettive derivanti da diversi ordinamenti, basate su presupposti non del tutto coincidenti e con contenuti specifici, non sono certo mancate⁴⁸, ma non hanno indotto un cambiamento di rotta nella giurisprudenza.

Tuttavia, proprio muovendo dagli approdi giudiziari, ci si è chiesti se la norma costituzionale possa recuperare un proprio campo di applicazione alla luce delle modifiche progressivamente introdotte negli ultimi anni, qualora il loro effetto concreto sia quello (certamente conforme all'intento soggettivo degli autori) di eliminare o comunque restringere la portata della protezione complementare⁴⁹: lo spazio residuo dovendo allora essere coperto dalla norma costituzionale, così da evitare il rischio che possa mancare una forma di garanzia a fronte della lesione di diritti inviolabili, altrimenti più che probabile. Come osservato dalla Corte costituzionale, è infatti l'applicazione in concreto ad evidenziare se alle modifiche formali corrispondano davvero quelle sostanziali⁵⁰. Sotto questo profilo, però, pur essendo le ultime modifiche alquanto recenti, e quindi suscettibili di ulteriori sviluppi, sembra che la protezione complementare, nel passaggio da "umanitaria" a "speciale", abbia mantenuto una portata applicativa analoga, risultando tutt'ora ancorata al rispetto dei vincoli costituzionali ed internazionali, così da garantire una tutela non dissimile da quella sperimentata nel passato⁵¹.

Ci si può però anche porre in una prospettiva *esterna*, cioè comparando asilo costituzionale e protezione complementare, dal momento che potrebbero sussistere spazi non protetti dalla seconda ma, per lo meno in astratto, ascrivibili al primo.

Da questo punto di vista, i presupposti della protezione complementare paiono più estesi – e talora diversi – di quanto non lo siano quelli previsti dall'art. 10, comma 3, posto che includono ad esempio l'integrazione (sociale, lavorativa, culturale) nel nostro territorio, riconnessa alla tutela della vita

48 Si vedano i vari lavori di M. BENVENUTI citati nelle note precedenti.

49 Ci si riferisce ovviamente ai dd.ll. nn. 113/2018 e 20/2023, non certo al d.l. n. 130/2020 che appare in controtendenza rispetto a simile orientamento legislativo.

50 La Corte si riferisce alla sostituzione (operata dal d.l. n. 113/2018) del permesso per motivi umanitari con una serie di titoli tipizzati, la cui portata nella prassi potrebbe essere intesa in senso estensivo, specie alla luce dell'imperativo di rispettare comunque gli obblighi costituzionali ed internazionali (sentenza n. 194/2019), conservando quindi un livello di tutela (umanitaria) analogo a quello precedente.

51 Ciò con riguardo alle situazioni tutelabili mentre, quanto ai contenuti, l'abbassamento di tutela è evidente, basti pensare all'impossibilità di convertire il permesso per protezione speciale in permesso di lavoro oppure, per fare un diverso esempio, con riguardo comunque ad un titolo di soggiorno ispirato a ragioni umanitarie, basti pensare all'irrigidimento delle condizioni e della disciplina relativa al permesso per calamità, di cui all'art. 20 *bis* TU immigrazione, ora ammissibile solo per eventi "contingenti ed eccezionali" (anziché per "grave calamità), rinnovabile una sola volta (anziché esserlo sino a che permanga la situazione calamitosa) e non più convertibile in permesso di lavoro.

privata (art. 8 CEDU), sganciata da un giudizio di comparazione con la situazione dello straniero nel paese di origine; ipotesi quindi estranea alla valutazione circa l'effettivo impedimento nel godimento delle libertà democratiche nel paese dell'interessato, presupposto ineliminabile del diritto di asilo costituzionale⁵². Il che, fra l'altro, potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla correttezza della sovrapposizione delle due situazioni soggettive. D'altra parte, i "seri motivi umanitari" originariamente previsti nel TU immigrazione, accanto agli obblighi costituzionali (diritto di asilo incluso) e internazionali, evocavano un ambito di protezione potenzialmente sganciato dalla specifica individuazione di un determinato diritto fondamentale, pregiudicato dall'eventuale rimpatrio⁵³, mentre, a seguito delle modifiche apportate dal 2018 in poi, sono proprio gli obblighi sopra citati, insieme agli specifici motivi di inespellibilità menzionati nei commi 1 e 1.1 dell'art. 19, TU immigrazione, a segnare il perimetro rilevante, ponendosi allora il problema, di non agevole soluzione, della loro precisa determinazione, non molto diverso peraltro da quello concernente la definizione delle "libertà democratiche" ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost.

Insomma, sul piano dei diritti tutelabili non paiono esserci notevoli differenze e, semmai, la categoria degli "obblighi costituzionali e internazionali" (e dei diritti corrispondenti) pare più ampia di quella relativa alle "libertà democratiche", ad esempio includendo (in ipotesi) i diritti sociali ed economici che, secondo parte della dottrina, non rilevano ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost., pur essendo diritti costituzionalmente garantiti⁵⁴. Anche la pregevole tesi volta a valorizzare l'asilo costituzionale, inquadrando la crisi ambientale/climatica fra gli impedimenti all'esercizio delle libertà democratiche, nella misura in cui mette a rischio il presupposto primo di ogni diritto, ovvero l'esistenza della persona⁵⁵, sembra trovare già riscontro nella giurisprudenza, che in varie occasioni ha riconosciuto la protezione speciale nelle ipotesi più gravi, quando le calamità naturali incidono appunto sulla sopravvivenza del richiedente o comunque lo costringono a vivere in condizioni di estrema precarietà⁵⁶.

52 Recentemente il Tribunale di Milano (decreto 27.9.2023) ha valorizzato il vissuto di violenza domestica subito in Italia dalla ricorrente, quale indice di particolare vulnerabilità, di per sé sufficiente al riconoscimento della protezione speciale, ragionando nella stessa logica (decreto 13.11.2023) in presenza di una particolare situazione di prostituzione volontaria di cui il ricorrente era stato vittima in ragione delle condizioni di estrema difficoltà economica in cui versava nel nostro paese, tali da annullare il suo diritto all'autodeterminazione nelle scelte di vita. Sulle peculiarità di quest'ultima decisione si veda N. ZORZELLA, *la nuova protezione speciale al vaglio della magistratura. La prostituzione volontaria e la tutela dei diritti fondamentali. Commento a Tribunale di Milano 13 novembre 2023*, in *Questione Giustizia*, 6.2.24.

53 Che pure, guardando alla casistica giurisprudenziale, è quasi sempre facilmente individuabile, specie se fra i diritti rilevanti ai fini della protezione umanitaria si includano anche quelli alla vita e a un'esistenza dignitosa. Tuttavia, qualora si concluda diversamente, ad es. sostenendo che il diritto alla vita, quale condizione di esercizio delle libertà democratiche, non rientri nell'ambito protetto dall'art. 10, comma 3, Cost. (M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 230), lo diviene in quello della tutela (atipica) di natura umanitaria.

54 Tuttavia, passando dalla teoria alla prassi, anche nell'ambito della protezione umanitaria-speciale tali diritti rilevano qualora la loro compressione si rifletta sul nucleo minimo che segna il limite del rispetto della dignità della persona, e in tal caso facilmente impattano anche su altri diritti protetti dall'asilo costituzionale, come ad es. il diritto alla salute, quale garanzia della propria integrità fisica, oltre che psicologica.

55 A. STEVANATO, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?* in *Corti supreme e salute*, 2/2023, pp. 455-476, www.cortisupremeesalute.it/wp-content/uploads/2023/10/Stevanato-2.pdf, nonché *Il paradosso della contemporaneità. La protezione giuridica del migrante ambientale nei più recenti sviluppi normativi*, in *ADiM BLOG*, aprile 2024.

56 Per una casistica relativa al riconoscimento della protezione complementare in queste fattispecie, nel quadro di una ricostruzione del quadro normativo internazionale, europeo e interno sulle migrazioni per ragioni

5. Asilo e territorio.

Pare allora che l'ambito cui ancorare una rivisitazione dell'art. 10, comma 3, Cost., possa essere semmai un altro, anch'esso ben noto alle riflessioni della dottrina, cioè quello relativo alle modalità di esercizio del diritto, nel confronto fra l'attuale territorialità del sistema di protezione internazionale e complementare, e la (se non altro potenziale) extraterritorialità dell'asilo costituzionale.

Soprattutto il profilo relativo alla possibilità di "chiedere asilo da lontano"⁵⁷, prescindendo quindi dalla presenza dello straniero sul territorio italiano (o almeno alle sue frontiere) appare un tema ancora aperto, anche alla luce degli orientamenti della giurisprudenza di merito. Il sistema internazionale ed unionale, al pari della protezione complementare, è strettamente legato al territorio, mentre l'asilo costituzionale, per come descritto dall'art. 10, comma 3, Cost., ne prescinde, trattandone quale luogo di godimento della protezione conseguente al riconoscimento del diritto, ma non quale condizione di accesso alla procedura necessaria a tale riconoscimento. Un'applicazione autonoma del diritto di asilo costituzionale, che non lo traduca per intero nelle varie forme di protezione più volte citate, potrebbe favorire coloro che non possono abbandonare legalmente il proprio paese alla ricerca di protezione altrove, eliminando, o comunque riducendo, il ricorso alle attuali modalità di ingresso irregolare, che troppo spesso portano con sé immani tragedie. D'altra parte, appare "problematico" circoscrivere la portata di un diritto costituzionale sulla base di un presupposto – l'arrivo in Italia – che, in assenza di canali di ingresso legali a tal scopo concepiti (a livello europeo e/o nazionale), dipende da circostanze in larga parte casuali, come lo è riuscire a raggiungere il nostro paese via mare o attraverso la rotta balcanica, in ambo i casi rischiando di subire violenze e comunque di essere respinti, spesso in modo del tutto illegale.

I modi per garantire l'asilo "da fuori" sono possibili, almeno in teoria, posto che nulla impedisce di introdurre un'apposita disciplina sui visti di ingresso, prevedendone una tipologia "per richiesta asilo"⁵⁸, tale da consentire l'entrata per formalizzare la relativa istanza. Oppure sarebbe possibile radicare presso le rappresentanze diplomatiche all'estero la procedura di riconoscimento, così da consentire l'ingresso solo a chi abbia già ottenuto il relativo *status*⁵⁹. La legge di attuazione del diritto di asilo potrebbe servire a questo scopo, ma, come noto, è altamente improbabile che ne venga approvata una, e men che meno per favorire l'ingresso di stranieri non comunitari⁶⁰.

climatiche, si veda S. BORRAS-PENTINAT-A. COSSIRI, *La protezione giuridica dei migranti forzati per causa climatica all'incrocio degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2024.

57 Prendendo in prestito il titolo di un lavoro di P. MOROZZO DELLA ROCCA e M. SOSSAI, in *Questione giustizia*, 2022.

58 Per usare la formula con cui il regolamento di attuazione del TU immigrazione qualifica il permesso provvisorio che viene rilasciato allo straniero che presenta la domanda di protezione internazionale stando in Italia.

59 Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA e M. SOSSAI, *Chiedere*, cit., p. 2 e 3.

60 Non si possono nascondere ovviamente i problemi di organizzazione amministrativa conseguenti. Radicare l'esame delle domande presso consolati ed ambasciate appare irrealistico, se si considera l'attuale situazione, relativa all'esame delle istanze "interne" da parte della rete delle autorità di pubblica sicurezza (e delle Commissioni), che, nonostante la relativa distribuzione territoriale, mostra ritardi ed inefficienze, probabilmente dovute anche alla mancanza delle risorse, prima di tutto umane, che sarebbero necessarie a garantire una celere conclusione dei procedimenti. Tuttavia, la tecnologia potrebbe aiutare, nel senso di effettuare l'istruttoria (documentale e non) a distanza, cioè in Italia, utilizzando le videoconferenze (soprattutto per l'audizione dell'interessato), fermo restando il prevedibile aumento di domande che presumibilmente verrebbero inoltrate, e al netto delle ricadute sulle relazioni diplomatiche col paese ospitante che presumibilmente ne deriverebbero.

Tornando alla realtà, le vie più promettenti evidenziate dalla giurisprudenza puntano ovviamente sugli strumenti normativi attualmente disponibili, ed in particolare sui visti di ingresso “per motivi umanitari, di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali”, che il Codice Visti⁶¹ consente agli Stati di adottare o, come si vedrà, su altri titoli di ingresso che spetta all’autorità amministrativa individuare nel caso concreto. Se è vero che il tentativo di interpretare il diritto UE e CEDU nel senso di imporre il rilascio del visto (*ex art. 25*), quando funzionale a garantire gli obblighi di protezione di cui agli artt. 3 CEDU e 4 CFDEU, non è andato a buon fine, nessuna delle corti “interpellate” essendosi pronunciata nel merito⁶², e quella UE avendo sottolineato la facoltatività nel rilascio di questi visti, lo è anche che le cose sembrano andare diversamente nel diritto interno. Non nel senso che si sia mai affermata una regola che consente di ottenere il visto (o altro titolo analogo) puramente e semplicemente per effetto di una qualunque istanza di protezione avanzata dall’estero, ma nel senso di imporre il rilascio, pur in assenza del richiedente, in diretta attuazione dell’art. 10, comma 3, Cost., che appunto tale presenza non richiede. Così ragionando avviene una separazione fra il profilo contenutistico (posto che lo stato finale sarà per forza quello delineato per il rifugio, la protezione sussidiaria o quella speciale), e quello dell’accesso alla procedura, che dipende invece esclusivamente dall’art. 10, comma 3, Cost.

Questo risultato però presuppone taluni requisiti, sostanzialmente riconducibili a due situazioni: da un lato l’ingresso è giustificato dalla necessità di rimediare ad un comportamento illecito dell’amministrazione, come tale ostativo all’esercizio del diritto alla protezione⁶³. Dall’altro, trattasi di valorizzare un qualche criterio di collegamento fra il potenziale beneficiario e il nostro Stato, in aggiunta all’estrema vulnerabilità dell’interessato, conseguente al rischio di subire violenze o altri trattamenti inumani o degradanti, vuoi nel luogo di dimora⁶⁴, vuoi nello Stato di provenienza, nel quale era stato dimostrato il rischio concreto di essere rimpatriato⁶⁵. Accertato il diritto all’ingresso, il giudice rimette la scelta del mezzo idoneo ad assicurarne la realizzazione ad una scelta amministrativa,

61 Art. 25, par. 1, lett. a), reg. n. 810/2009.

62 Ci si riferisce alle note decisioni Corte EDU, Grande Camera, *M.N. e altri c. Belgio* n. 3599/18, 5.3.2000, e *CGUE, X e X c. Belgio*, C 638/16, 7.3.2017.

63 Vengono in rilievo a tal fine due decisioni del Tribunale di Roma: decisione del 28.11.2019, e ordinanza cautelare 17.5.2024, che peraltro non sono del tutto sovrapponibili. La prima riguarda la condanna del Ministero degli esteri al rilascio di un visto per motivi umanitari, a titolo riparatorio dell’illegittimo respingimento collettivo (vietato dal Protocollo CEDU n. 4, art. 4) avvenuto in mare aperto verso la Libia, ad opera della marina italiana nel 2009, in cui proprio l’illiceità dell’agire statale impone di prescindere dal requisito della presenza sul territorio, così da ripristinare le condizioni per l’esercizio del diritto di asilo. La seconda invece concerne l’illegittima espulsione di uno straniero, rimpatriato nonostante avesse manifestato – mentre era in Italia – la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, mai riscontrata dalla questura. L’idea di ammettere l’ingresso come rimedio a favore dello straniero illegittimamente allontanato è criticata da C. PANZERA, *Il diritto*, cit. p. 132 ss., per la sua potenziale espansione ad ipotesi diverse dal respingimento, con relativa sostituzione del giudice al legislatore nei necessari bilanciamenti, pur rilevando che, in termini di effettività, essa rappresenta la soluzione più idonea ad arginare il fenomeno dei respingimenti illegittimi. In senso critico vedi anche G. DEL TURCO-M. SAVINO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia?*, in *ADiM BLOG*, gennaio 2020.

64 Tribunale di Roma, ordinanza 21.2.2019, con riguardo al rilascio di un visto a favore del figlio (dimorante in Libia) di donna nigeriana residente in Italia in virtù di un permesso per ragioni umanitarie, caso in cui sussiste da un lato una connessione con il nostro paese e, dall’altro, il fondato timore di essere sottoposto, rimanendo in Libia, a tortura ed altri comportamenti di sopraffazione. Per una fattispecie analoga cfr. Tribunale di Roma, ordinanza 22.11.2023, favorevole al rilascio di un titolo di ingresso a minorenne iraniana, omosessuale, e quindi oggetto di probabile persecuzione nel suo paese (in cui risiedeva al momento della richiesta), collegata all’Italia mediante la madre che vi soggiorna regolarmente.

implicitamente orientata nella direzione del visto per motivi umanitari, che rimane tuttavia solo uno dei mezzi astrattamente utilizzabili⁶⁶.

In tutte queste ipotesi viene in rilievo la posizione di stranieri interessati ad ottenere una specifica forma di protezione (rifugio, sussidiaria o complementare che sia), rispetto alla quale l'art. 10, comma 3, assume quindi valore strumentale, in quanto mezzo per ottenere lo *status* di volta in volta contemplato dal diritto europeo o nazionale, introducendosi al contempo alcuni criteri di collegamento con la potestà decisionale statale (alcuni requisiti legittimanti si potrebbe dire) volti a differenziare, all'interno della platea dei soggetti potenzialmente interessati, quelli che vantano una posizione differenziata, come tale meritevole di tutela⁶⁷.

Tali orientamenti, oltre ad evidenziare uno specifico ruolo autonomo dell'art. 10, comma 3, Cost., in quanto volte a depotenziare il connotato territoriale dell'asilo costituzionale, potrebbero rappresentare uno spunto per ulteriori sviluppi in questa direzione.

Al momento sembra difficile ipotizzare altro, nonostante siano condivisibili i rilievi da tempo formulati da una parte della dottrina contro la "frammentazione" di una posizione soggettiva costituzionale unitaria in una pluralità di *status*, fondati su fonti diverse e diversamente connotati dal punto di vista contenutistico. In particolare, ciò vale per la maggiore debolezza della tutela complementare, che non assicura identità di diritti rispetto alle protezioni maggiori⁶⁸, anche riguardo alla minore durata del relativo titolo di soggiorno (due anni anziché 5): con l'effetto di depotenziare un diritto immediatamente previsto dalla Costituzione, che pertanto "meriterebbe", in assenza di una disciplina *ad hoc*, quanto meno di essere equiparato al trattamento riservato alla protezione più forte, ovvero quella del rifugiato, una volta accertato in via autonoma dal giudice ordinario⁶⁹. Tuttavia, anche a prescindere dal modo con cui si dovrebbe rimediare all'assenza di norme procedurali e di un chiaro regime applicabile⁷⁰, trattasi di prospettiva che non trova attuale riscontro nella prassi delle domande formulate dagli interessati (il che ovviamente non toglie che un tanto possa avvenire in futuro).

65 Così nel caso oggetto della decisione del Tribunale di Roma 14.7.2024 riguardante un cittadino afgano, fuggito in Iran per evitare le rappresaglie ad opera del regime talebano, avendo la sua famiglia collaborato con il governo precedente, e a forte rischio di essere espulso proprio in Afghanistan. La sua famiglia aveva ottenuto la protezione internazionale in Italia e, pur non sussistendo i presupposti per il ricongiungimento familiare, questo legame col territorio italiano sembra aver qualificato la sua posizione ai fini del rilascio del visto di ingresso.

66 Così Tribunale di Roma 14.7.2024, in cui il giudice, accertato il diritto di ingresso, ordina "alle amministrazioni competenti di emanare tutti gli atti ritenuti necessari a tale scopo (rilascio di visto di ingresso per motivi umanitari di cui all'art. 25 Reg. 2009/810/CE, o altro titolo ritenuto idoneo, anche in assenza di passaporto e previo rilascio di un titolo di viaggio ovvero di lasciapassare o altro documento utile ai fini dell'espatrio)".

67 P. MOROZZO DELLA ROCCA e M. SOSSAI, *Chiedere*, cit., p. 12, sottolineano l'importanza di una "relazione qualificata" (che può essere di vario tipo: familiare, o di pregressa presenza in Italia, ad es.) al fine di differenziare la posizione di chi la possa vantare rispetto agli altri possibili interessati, quale criterio applicabile in sede giurisdizionale per riconoscere il diritto all'ingresso sul territorio nazionale.

68 Non consentendo ad es. di fungere da presupposto per il conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

69 M. BENVENUTI, *La forma*, cit., p. 19 ss.

70 M. BENVENUTI, *La forma*, cit., p. 21-22.