

***Il decreto Salvini e le sue conseguenze applicative.
Interrogativi sulla legittimità costituzionale della
nuova normativa.***

Francesco Moroni

SOMMARIO: 1. Premessa.-2. Le modifiche introdotte dal decreto legge n. 113/2018.-3. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari: la situazione previgente al d.l. “Salvini”.- 3.1.Cenni sullo statuto costituzionale dello straniero.-3.2.La giurisprudenza di legittimità in materia di protezione umanitaria.- 3.3. Le modifiche introdotte dal decreto “Salvini” in materia di protezione umanitaria.- 4. Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova normativa.-4.1. Alcune considerazioni sulle singole previsioni.-5. L’ampliamento del catalogo dei reati presupposto.-5.1.Profilo di criticità dell’innovazione. 6.Conclusioni.

Abstract. L’articolo si propone di esporre le principali novità normative sostanziali introdotte dal d.l. n. 113/2018 in materia di immigrazione, svolgendo prima alcune premesse funzionali ad una maggiore comprensione, nonché di sollevare alcuni interrogativi circa la legittimità costituzionale delle innovazioni e delle loro conseguenze applicative.

1.Premessa.

Il d.l. 113/2018, convertito in legge, con modificazioni, il 28 novembre 2018 (Decreto Salvini), innova profondamente il Testo Unico sull’immigrazione e sulla condizione dello straniero (*d.lgs. 25 luglio 1998, n. 586, d’ora in poi anche TUI*).¹

Il tema dell’immigrazione è oggetto, da sempre, di forti contrasti in seno all’opinione pubblica, sia nazionale che europea. Negli ultimi anni un

¹ I principi alla base del sopra citato Testo Unico sono essenzialmente tre: la programmazione dei flussi migratori; il contrasto all’immigrazione clandestina; la concessione di diritti agli stranieri regolari. Il Governo, ogni anno, sulla base della necessità di manodopera interna, fissa il numero degli stranieri extra – comunitari che possono entrare nel nostro paese per motivi di lavoro. La programmazione è affidata all’elaborazione di due documenti: uno, adottato con cadenza triennale, il **documento programmatico sulla politica dell’immigrazione**; l’altro, adottato ogni anno, il **decreto sui flussi**, che è lo strumento attuativo del primo, in quanto attualizza le quote degli stranieri ammessi ad entrare a fini lavorativi nel nostro Paese, sulla base delle indicazioni provenienti dalle realtà locali. Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII legislatura, *Immigrazione*, in www.camera.it, 8 agosto 2018.

aumento dei flussi migratori ha evidenziato le criticità del regolamento di “Dublino III” (reg. n. 604/2013) che affida le maggiori responsabilità agli Stati c.d. “di primo ingresso” (per lo più Italia e Grecia), con l’effetto di contribuire a creare una sensazione di isolamento di quest’ultimi.

Ciò nonostante, il nostro Governo si è detto più volte contrario alla proposta di riforma del regolamento, avanzata dalla Commissione europea nel maggio 2016, volta ad una distribuzione equa ed a una condivisione di responsabilità nei flussi, ed ha proceduto ad una modifica unilaterale, assai estesa, delle norme del Testo Unico, esprimendo la volontà del totale superamento del regolamento del 2013.²

Più in generale, gli sforzi del legislatore europeo, con il “Codice frontiere Schengen” (il reg. UE 2016/399 del 9 marzo 2016) e con il reg. n. 1624/2016, sono volti ad uniformare le regole relative all’attività di frontiera, con l’istituzione di un’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (ex Frontex) con nuovi compiti direttivi e di controllo³

2. Le modifiche introdotte dal decreto legge n. 113/2018.

Il decreto incide su: a) protezione umanitaria ed immigrazione irregolare; b) protezione internazionale c) cittadinanza.

In questa sede ci si soffermerà prevalentemente sull’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e sull’ ampliamento delle cause di diniego e revoca della protezione internazionale.

3. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari: la situazione previgente al d.l. “Salvini”.

Il permesso di soggiorno è un’autorizzazione amministrativa. Viene rilasciata a domanda dell’interessato dalla questura della provincia in cui si trova lo straniero e costituisce autorizzazione a soggiornare

² A. MAGNANI, *Il regolamento di Dublino, cos’è e perché non piace a Salvini*, in www.ilsole24ore.com, 04 giugno 2018. La proposta di riforma della Commissione prevede un meccanismo di distribuzione basato su due parametri: PIL e popolazione, con l’incidenza del 50% ciascuno. Il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha affermato che il regolamento di Dublino “non va riformato in qualche suo passaggio, ma va superato perché non ci sono dubbi oggi sul fatto che sia del tutto inadeguato a gestire i flussi migratori» A. CARLI, *L’amaro destino del Regolamento di Dublino: per tre volte modificato dai paesi europei*, in www.ilsole24ore.com, 28 giugno 2018.

³B. MARCHETTI, *Sviluppi recenti nell’amministrazione dell’Unione Europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, pp. 509 e ss., giugno 2018. Sulla prossima attività europea v. Camera dei deputati, Ufficio Rapporti con l’Unione europea, XVIII legislatore, *L’ Agenda europea sulla migrazione*, in www.camera.com, 30 luglio 2018.

regolarmente nel territorio nazionale; costui è obbligato a richiederlo, pena l'espulsione amministrativa ai sensi dell'art. 13, c. 2 lett. b) TUI. Tendenzialmente esiste una stretta correlazione tra ingresso regolare e soggiorno regolare (artt. 4 e 5 TUI). Fanno eccezione i permessi di soggiorno rilasciati a causa dell'impossibilità di procedere ad espulsione, come è nel caso di motivi di protezione sociale, asilo, protezione sussidiaria e gli abrogati motivi umanitari.⁴

Nella sostanza, nel nostro ordinamento lo straniero, antecedentemente alla riforma operata da ultimo dal d.l. n. 113 del 2018, poteva trovare protezione:

- a) come **rifugiato politico**, in base alla Convenzione di Ginevra, firmata il 28 luglio 1951. E' tale chi nel proprio Paese sia esposto ad atti di persecuzione individuale, che configurano una grave violazione dei suoi diritti individuali;
- b) in virtù della **protezione sussidiaria**, disciplinata dal d.lgs. 251/2007, attuativo della dir. 2004/83/CE⁵. È sussidiariamente protetto colui che, pur non essendo rifugiato politico, rischierebbe di subire un **grave danno** se ritornasse nel Paese di origine;⁶
- c) in virtù della **protezione umanitaria**, clausola aperta e residuale, disciplinata dall'art. 5, comma 6, TUI – unitamente all'art. 19, comma 1, dello stesso-, nonché dall'art. 32 co. 3 del d.lgs. 25/2008.

Ai fini che qui interessano è quest'ultima fattispecie, tramite la riformulazione delle due norme sopra menzionate, che è stata totalmente abrogata.

Le norme di cui al punto c), in stretta correlazione, definivano il permesso

⁴ G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, (a cura di) P. MOROZZO DELLA ROCCA, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017, pp. 23 e ss.

⁵ Si ricorda, com'è noto, che l'**art. 78 TFUE, par. 1** attribuisce all'Unione il compito di sviluppare "una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea [...]".

⁶ Ai sensi dell'**art. 14, d.lgs. 251/2007**, "1. Ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte; b) la 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."

di soggiorno per motivi umanitari come forma di tutela di carattere residuale, finalizzata a legittimare la presenza sul territorio dello straniero che non può essere accolto in base alle altre forme di protezione internazionale, e pur tuttavia è in una situazione di vulnerabilità, definita dalla presenza di “*gravi motivi di carattere umanitario*”⁷.

In altre parole, il permesso di soggiorno per motivi umanitari era una misura ampia, di carattere residuale, atipica, finalizzata a concedere un titolo temporaneo di soggiorno allo straniero, fondata direttamente sull’art. 10, co. 3 Cost⁸, nonché sull’ art. 3 della CEDU (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti) , alla luce dell’ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁹. Il d.lgs. 25 del 2008 ha avuto l’effetto di rendere doverosa l’indagine dei motivi di carattere umanitario da parte della Commissione.¹⁰

3.1. Cenni sullo statuto costituzionale dello straniero.

L’art. 10, comma 3 della Cost. è la norma cardine in materia di asilo nel nostro ordinamento. Stabilisce, infatti, che “*lo straniero al quale sia impedito l’esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge*”.¹¹

Lo statuto costituzionale dello straniero è stato definito dalla Corte Costituzionale partendo dall’assunto, contenuto in una delle sue prime

⁷ Il dossier del 9 novembre 2018, *Decreto- legge immigrazione e sicurezza pubblica*, elaborato dai Servizi Studi delle due Camere, a pp. 12 e ss. fornisce un valido quadro riassuntivo dello stato dell’arte previgente all’intervento del decreto legge, distinguendo – a fini di chiarezza espositiva, tra una protezione per motivi umanitari “interna” alla procedura d’asilo (quella con fondamento nell’art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008) ed una “esterna”, con fondamento nell’art. 5, comma 6, del TUI. Il dossier si trova sul sito www.camera.it.

⁸R. F. GERSI, *Il diritto di asilo in Italia ed in Europa*, in *Riv. Trim. dir. Pub.*, fasc. 4, 2011, pp. 917 e ss. L’A. sottolinea che la piena attuazione del disposto dell’art. 10 comma 3, che non si esaurisce nel riconoscimento dello status di rifugiato, si è avuta per l’effetto di due fattori concomitanti: gli eventi susseguenti alla disgregazione dell’ex Jugoslavia ; l’impulso fornito dalle normative europee (dir. N. 83/2004/CE e dir. N. 85/2005/Ce).

⁹ Corte EDU, caso Chahal c. Regno Unito; caso Cruz Varas c. Svezia, 20 marzo 1991, serie A n. 201: secondo la Corte la tutela garantita dall’articolo è ampia, tale da giustificare l’impossibilità di respingere lo straniero anche in caso di violazioni potenziali della norma, al punto da non legittimare restrizioni o deroghe ai sensi dall’art. 15 CEDU. Sul punto v., per un’ultima applicazione del principio, Grande Camera, M.S.S. c. Grecia e Belgio, 22 gennaio 2011.

¹⁰ M. ARCIONE, *Diritto a protezione internazionale*, in *Immigrazione... op. cit.*, pp. 65 e ss. ;

¹¹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneuti.ca del controllo*, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 1, marzo 2018, pp. 223 e ss.

pronunce in materia, che *“il principio di eguaglianza, pur essendo nell’art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale”* (Corte Cost., sent. n. 104/1969).

Concordemente, il testo dell’art. 2 del TUI (il d.lgs. n. 586/1998) stabilisce che *“allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”*.

Rimangono giustificate, secondo il giudice delle leggi, delle differenze in ordine alla possibile modalità di godimento dei diritti, giustificate da ragioni imperative di interesse generale (cfr. Corte Cost., sent. n. 244/1974), ma non in ordine alla titolarità delle posizioni giuridiche soggettive fondamentali¹².

La Corte, in altre parole, ritiene che il legislatore, nell’ambito di una delicata operazione di bilanciamento tra i diritti fondamentali dello straniero, riconosciuti a lui in quanto tale, e l’interesse dello Stato al controllo degli ingressi - per ragioni, a titolo esemplificativo, di ordine pubblico e sicurezza-, possa introdurre delle differenze di trattamento fra cittadini e stranieri, sulla base non solo di diversi dati di fatto, ma anche di diverse valutazioni giuridiche operate dall’ordinamento stesso.¹³

Tuttavia, nello svolgimento dell’operazione di ponderazione dei vari interessi, il legislatore è comunque soggetto al controllo del giudice delle leggi, che sindacava le valutazioni compiute sotto il profilo del rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.). Allo straniero vengono comunque attribuiti tutti i diritti inviolabili, spettanti alla persona

¹² In *Giur. Cost.*, 1974, pp. 2360 e ss.

¹³ In *Giur. Cost.*, 1969, pp. 1565 e ss. Sul punto v. A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale ed immigrazione illegale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2013, pp. 400 e ss. V. BERLINGO, *L’humanitas e la fondamentalità del diritto: il trattamento degli immigrati irregolari*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 3, 2017, pp. 529 e ss., riporta l’indirizzo della Consulta che allo straniero irregolare applica il “paradigma della territorialità” – che comporterebbe un pieno riconoscimento dell’invulnerabilità dei diritti in capo a tutti i migranti- in modo pieno ed inequivoco solo con riferimento ai diritti sociali, con la conseguente difficoltà di adattamento alle pronunce delle Corti europee. D’altra parte, l’A. sottolinea la ricorsività dell’approccio del giudice delle leggi: il riferimento alle diverse valutazioni giuridiche operate dall’ordinamento conduce, secondo questo orientamento, all’attribuzione di una eccessiva discrezionalità al legislatore.

in quanto tale, ad eccezione di quelli strettamente inerenti allo *status civitatis*, indipendentemente dalla condizione di irregolarità, in quanto “*la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti- come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi*” (Corte cost., sent. n. 245/2001¹⁴).

È bene tuttavia precisare che il collegamento tra immigrazione e diritto di asilo è improprio. L’interesse dello Stato al controllo degli ingressi, la previsione di quote predeterminate di ammessi vale esclusivamente per i migranti economici; per coloro che richiedono asilo, invece, lo Stato, ricorrendone le condizioni, è tenuto ad assicurare l’ingresso, in quanto costoro godono di un diritto fondamentale incompressibile garantito dalla Costituzione (art. 2; art 10 Cost.) (Corte Cost, sent. n. 62/1994).¹⁵

Da un lato, quindi, uno scrutinio saldamente ancorato alla presenza di un diritto inviolabile; dall’altro, una ponderazione tra l’interesse al controllo dei flussi migratori e le esigenze di solidarietà umana, nel cui ambito possono essere compiute dal giudice delle leggi valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità con riferimento alle scelte operate dal legislatore.¹⁶

3.2. La giurisprudenza di legittimità in materia di protezione umanitaria.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in una controversia riguardante la giurisdizione, ha affermato che l’art. 10 Cost. “... *attribuisce direttamente allo straniero al quale sia impedito l’esercizio delle libertà democratiche un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere l’asilo: ciò anche in mancanza di una legge che specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento dello stesso diritto.*” La Corte compie questa affermazione ritenendo che il diritto all’asilo è fondato sull’impedimento all’esercizio delle libertà democratiche, garantite dalla Carta Costituzionale italiana, nel Paese di provenienza.¹⁷

Conseguentemente, il diritto di asilo non si esaurisce nello status di rifugiato, come definito dalla Convenzione di Ginevra, avendo una portata

¹⁴ In *Giur. Cost.* 2001, pp. 3131 e ss

¹⁵ R. F. GERSI, *op. cit.*

¹⁶ A. CAPUTO, *op. cit.*; G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*

¹⁷ In *Riv. dir. internaz.*, 1997, pp. 843 e ss. Sul punto v. S. DEL CORE, *Diritto d’asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. Civ.*, fasc. 4, 2007, pp. 135 e ss.

più ampia, ed i provvedimenti adottati dalle competenti autorità amministrative hanno “*natura meramente dichiarativa e non costitutiva [...]*” (Cass. Civ., sez. Un., sent. n. 907/1999).¹⁸

Venivano quindi legittimate domande di asilo fondate direttamente sulla disposizione costituzionale, posta la determinatezza della disposizione dell’art. 10 comma 3 Cost.¹⁹

Fino all’introduzione definitiva del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ad opera del d.lgs. n. 25 del 2008, i successivi orientamenti della giurisprudenza di legittimità hanno disconosciuto la portata delle affermazioni contenute nelle sopra citate pronunce delle Sezioni Unite.

Per un largo periodo di tempo si è riconosciuta la natura esclusivamente procedimentale del diritto garantito dall’art. 10, comma 3, Cost., in quanto quest’ultima disposizione svolgerebbe esclusivamente la funzione di garanzia per il diritto all’accesso dello status di rifugiato, in attesa di una legge di attuazione della riserva contenuta nella disposizione costituzionale (Cass. nn. 25028 del 2005 e 18353 e 18940 del 2006).²⁰

Altri orientamenti, viceversa, hanno relegato la protezione umanitaria alla protezione temporanea ex. art 20 TUI, e quindi all’adozione di una delibera da parte del Consiglio dei Ministri.²¹

L’orientamento è stato poi travolto con l’emanazione del decreto legislativo sopra richiamato, il d.lgs. n. 25/2008, il cui art. 32, comma 3, ha reso doverosa l’indagine dei motivi di carattere umanitario da parte della Commissione territoriale, nell’ambito di una domanda di protezione internazionale.²²

La Corte di Cassazione ha, infatti, successivamente affermato che il “*Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario [...]; ne consegue che non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all’art. 10, 3 comma,*

¹⁸ Da qui l’affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario; in *Riv. amm.*, 2000, pp. 229 e ss.

¹⁹ R. F. GERSI, *op. cit.*

²⁰ Sul punto vd. Ampiamente S. DEL CORE, *op. cit.*, pp. 137 e ss.

²¹ v. Cass. nn. 3732 del 2004 e 28775 del 2005). Sul punto vd. R.F. GERSI, *op. cit.*

²² M. ARCIONE, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione."²³

È stato quindi stabilito che il diritto alla protezione per motivi umanitari era perfetto ed incompressibile senza bisogno dell'intermediazione del legislatore, in quanto rientrante nell'area di tutela dell'art. 2 Cost., oltre che dell'art. 10.²⁴

Nell'assenza di una specificazione legislativa dei seri motivi di carattere umanitario che legittimavano la concessione del permesso, la Corte ha fatto riferimento ai principi costituzionali (in specie, l'art. 2 Cost.) e agli obblighi pattizi internazionali che impongono la tutela dei diritti fondamentali (v. Cass. n. 16417 del 2007; Cass., sez. un., nn. 11535 del 2009 e 19393 del 2009). Tuttavia, l'intervento legislativo ha avuto l'effetto di esaurire la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3, della Costituzione.

Le più recenti pronunce della Corte hanno fatto riferimento alle modalità con cui il giudice di merito deve pervenire all'accertamento dei motivi umanitari, con riferimento a quella "*situazione di vulnerabilità personale*" che è il presupposto del rilascio del permesso di soggiorno in parola, finalizzato a tutelare situazioni da individuare caso per caso, non rientranti nella tutela tipica dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (Cass. Civ. , Sez. VI, ord. N. 23604/2017; Cass. Civ, sez. VI, ord. N. 2767/2018; Cass. Sez. VI, ord. 21610/2018) .

In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari non può basarsi esclusivamente sul livello di integrazione raggiunto in Italia; il giudice deve compiere una valutazione comparativa tra la situazione a cui il

²³ Cass. Civ., sez. VI ord. N. 10686/2012. Sul punto vd. , a cura della Redazione di *giudicedonna.it*, la nota "*Il d.l. n. 113 del 2018 in materia di immigrazione: novità e problemi di applicazione temporale*", nel numero 2-3/2018.

²⁴ Sia il questore che la Commissione territoriale compiono quindi una attività vincolata nel riconoscimento del permesso, godendo, come affermato dalla Corte di Cassazione, di una discrezionalità esclusivamente tecnica, essendo quella valutativa riservata al legislatore. Così anche Cons. St. n. 4721 del 2009; Cons. St. n. 2868 del 2006 che hanno affermato che non può sussistere alcun automatismo tra il diniego dello status di rifugiato da parte della Commissione e il diniego di permesso umanitario da parte del questore.

richiedente sarebbe esposto nel Paese di origine e l'integrazione sociale raggiunta in Italia, al fine di verificare se il rimpatrio “[...] possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza” (Cass. Civ., sez. I, sent. n. 4455/2018).²⁵

3.3. Le modifiche introdotte dal decreto “Salvini” in materia di protezione umanitaria.

Il decreto, mediante un'operazione complessa che ha inciso su varie disposizioni, ha abrogato tutti i riferimenti alla protezione per motivi umanitari, sostituendo la clausola generale precedente con motivi di protezione “speciale”²⁶ tipizzati e tassativi.

La tipizzazione dei casi di permesso di soggiorno per motivi umanitari è motivata, nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, con un presunto²⁷ impiego “inflattivo” della concessione, muovendo altresì dalla considerazione che “il presente intervento normativo si rende necessario ed urgente nell'ambito di una complessa azione riorganizzativa, concernente il sistema di riconoscimento della protezione internazionale e le forme di tutela complementare, finalizzata in ultima istanza a una più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio nonché ad introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale

²⁵ L'ultima sentenza, citata nella circolare del Ministro dell'interno del 4 luglio 2018, adottata per orientare l'attività delle questure e delle Commissioni territoriali sul territorio, afferma incisivamente che è necessaria una “[...] incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)”. Viene altresì quell'orientamento della Corte EDU (Corte EDU, caso Nyanzi c. Regno Unito, part. 72 e ss.) per cui il diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 CEDU può soffrire legittime ingerenze da parte dello Stato al fine di assicurare l'applicazione ed il rispetto delle leggi in materia di immigrazione, particolarmente nel caso in cui lo straniero non goda di uno stabile titolo di soggiorno nello Stato di accoglienza, ma vi risieda in attesa che venga definita la sua domanda di determinazione dello status di protezione internazionale.

²⁶ Secondo la dicitura che devono recare i permessi di soggiorno corrispondenti ai suddetti motivi.

²⁷ Secondo le stime dell'EASO (l'Ufficio europeo sull'asilo) la media di accoglimento europea delle domande di protezione internazionale (inclusa l'umanitaria) è del 43 %. Nel mese di agosto 2018, in Italia, secondo i dati forniti dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, le decisioni di accoglimento erano il 16% delle domande per rifugio politico e protezione sussidiaria, a cui si aggiungeva il 26% per protezione umanitaria, con una media quindi di molto inferiore rispetto ai paesi europei. Sul punto vd. Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2019, n.113*, in www.asgi.it, 15 ottobre 2018.

alla domanda di protezione internazionale”.²⁸ In altre parole, il decreto vuole eliminare ogni spazio di “discrezionalità valutativa” in capo al questore ed alle Commissioni territoriali.²⁹

L’art. 1, comma 1, lett. b), con i numeri da 1) a 3) – articolati a sua volta con una enumerazione per lettere - ha abrogato il permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 5 co 6 TUI; art. 32 co. 3 d.lgs. 25/2008), sostituito da permessi di soggiorno “speciali” che possono essere rilasciati:

- a) **per cure mediche**, mediante l’introduzione, nel novellato art. 19 comma 2, del TUI di una lettera d-bis), di un ulteriore caso di espulsione non consentita in circostanze di **condizioni di salute di particolare gravità**;
- b) **per situazioni contingenti di calamità nel Paese di origine, che rendano impossibile far ritorno al Paese di origine in condizioni di sicurezza** (art. 20- bis del novellato Testo Unico). Il permesso di soggiorno in questione ha la durata di sei mesi, ma può essere rinnovato per altri sei, in caso di persistenza delle ragioni giustificative al suo rilascio;
- c) **per atti di particolare valore civile**, mediante l’introduzione di un nuovo art. 42 bis nel testo del d.lgs. n. 586/1998.

Vengono mantenuti i permessi di soggiorno già tipizzati dal T.U.³⁰

²⁸ Come sottolineato nella Relazione al decreto-legge, oltre che dal Parere del CSM sul d.l. n. 113/2018 richiesto dal Ministro della Giustizia, il Governo procede in tal senso anche in virtù dell’assenza di una normativa europea che obblighi gli Stati membri ad introdurre tale forma di tutela (cfr. art. 6, par. 4, dir. 115/2008/UE). In generale, da uno sguardo ulteriore ad altre normative di derivazione comunitaria (art. 6, co. 5, lett. c) del codice frontiere Schengen, già richiamato; l’art. 25, Regolamento CE/810/2009), emerge l’intenzione del legislatore europeo di riservare la disciplina della forma di protezione umanitaria, pur non considerandola episodica.

²⁹ Per quanto, come già precisato, di un diritto soggettivo si trattava e, secondo le affermazioni della Corte di Cassazione, una volta ricorrenti i presupposti la concessione del permesso di soggiorno si configurava come un atto obbligato. D’altra parte indici di valutazione per orientare l’attività delle questure e delle Commissioni territoriali si rinvenivano nell’art. 11, c. 1, lett. c) ter, d.P.R. 394/1999, ora abrogato: “ *per motivi umanitari, nei casi di cui agli articoli 5 , comma 6 e 19 , comma 1, del testo unico, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero acquisizione dall’interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l’allontanamento dello straniero dal territorio nazionale*”. Così anche G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell’ingresso e del soggiorno, in Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, (a cura di) P. Morozzo della Rocca, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2018, pp. 33 e ss.

³⁰ Quali quelli per le vittime di violenza o di grave sfruttamento con pericoli concreti per l’incolumità dello straniero (art. 18 del Testo Unico); per le vittime di violenza domestica, così come definite dall’art. 18- bis del Testo Unico; nonché in caso di particolare sfruttamento del lavoratore straniero, che abbia

Il riferimento contenuto nella formulazione precedente dell'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, ai “*gravi motivi di carattere umanitario*”, che legittimavano la concessione del permesso di soggiorno da parte delle Commissioni territoriali, viene sostituito dal richiamo all'art. 19, comma 1 e comma 1.1. del TUI. Si tratta delle ipotesi che fanno applicazione del principio di *non refoulement* (non respingimento), codificato dagli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra.

Concordemente, viene espunta dal testo dell'art. 5, comma 6, del TUI la possibilità che “*seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali od internazionali dello Stato italiano*” possano caducare la facoltà di rifiuto o revoca del permesso di soggiorno esercitata in base ad obblighi pattizi internazionali, esecutivi in Italia, qualora il richiedente non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti.

In questi casi lo Stato è obbligato ad accogliere il migrante e le Commissioni rilasciano un permesso di soggiorno con la dicitura “*protezione speciale*”.

Le Commissioni territoriali, quindi, hanno un autonomo spazio di valutazione solo con riferimento ai presupposti di *non refoulement* (non respingimento) che tuttavia, privati del collegamento con l'art. 5 c. 6 TUI, risulterebbero essere già coperti da altre forme di protezione internazionale (*come la protezione sussidiaria o l'asilo politico*).

Si tratterebbe, cioè, dei casi in cui le ipotesi menzionate astrattamente legittimerebbero l'accoglimento dello straniero come rifugiato politico o in base alla protezione sussidiaria, e pur tuttavia le condizioni soggettive di quest'ultimo sono astrattamente cause ostative al riconoscimento della protezione o cause di revoca della stessa.

4. Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova normativa.

Secondo l'interpretazione che sembra preferibile³¹, le leggi in materia di diritto di asilo appartengono alla categoria delle leggi costituzionalmente obbligatorie, vale a dire quelle leggi che, «*in quanto dirette a rendere*

presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato contro il datore di lavoro (ai sensi dell'art. 22 comma 12- quater del Testo Unico).

³¹ In ASGI, op. cit.

effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento» (Corte Cost., sent. n. 45/2005 e sent. n. 49/2000).

Il legislatore, invece, è intervenuto con un'abrogazione assai decisa, determinando inevitabilmente una riesplorazione delle domande fondate direttamente sull'art. 10, comma 3, Cost. che, come chiarito precedentemente, è passibile di diretta applicazione, stante la sufficiente determinatezza della sua formulazione. Si tornerebbe così alla situazione scaturita dalla pronuncia delle Sezioni Unite, sopra citata, del 1997, con l'effetto che verrebbero frustrati gli stessi obiettivi della normativa, creando ulteriori situazioni di incertezza anche in ordine alla individuazione del giudice competente.³²

Sembra inoltre che la (parziale) indeterminatezza della precedente locuzione “*motivi umanitari*” fosse fondamentale, considerate le innumerevoli possibilità e modalità di lesione dei diritti fondamentali dello straniero nel Paese di origine, nonché la possibile varietà delle situazioni di vulnerabilità in cui potrebbe versare all'arrivo nel nostro Paese.

La normativa, nel restringere e tipizzare i casi di concessione dei permessi di soggiorno che esulano dalle ulteriori forme di protezione internazionale, si apre cioè alla possibilità di **pronunce costituzionali additive**, fondate direttamente sul rispetto degli artt. 2 e 10 della Cost., sia del comma 3, sia nella parte in cui, unitamente al 117 1° comma Cost., impone allo Stato di conformarsi agli obblighi internazionali assunti in via pattizia.

La Corte, in altre parole, potrebbe sanzionare l'incostituzionalità delle

³² E' questo d'altra parte il rilievo svolto dal CSM nel proprio Parere (il cui testo si può trovare in www.csm.it), che sottolinea come le controversie in materia di richiesta di tutela diretta all'asilo non sarebbero riconducibili *prima facie* alle ipotesi di competenza delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale (così come definite dall'art. 3 del D.L. n. 13 del 2017, conv. In l. n. 46/2017, così come modificato dal d.l. n. 113/2018). Il Consiglio Superiore della Magistratura richiama l'attenzione del Governo anche sull'ulteriore incertezza, in ordine al giudice competente e rito applicabile (camerale ex art. 3 del d.l. n. 113/2017; sommario di cognizione ex art. 19-ter del d.lgs. n. 150/2011) che deriverebbe dal possibile oggetto plurimo delle domande.

norme “*nella parte in cui non*” prevedano la possibilità della concessione del permesso di soggiorno in una determinata ipotesi concreta.

La larghezza della clausola era funzionale ad una tutela più estesa dei soggetti in pericolo, come d'altra parte affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, per cui “*la protezione umanitaria è una misura atipica e residuale nel senso che essa copre situazioni, da individuare caso per caso, in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela tipica (status di rifugiato o protezione sussidiaria), tuttavia non possa disporsi l'espulsione e debba provvedersi all'accoglienza del richiedente che si trovi in situazione di vulnerabilità.*”³³

La realtà fattuale può porre infinite situazioni; non è detto che le valutazioni compiute dal legislatore esauriscano le situazioni in cui lo Stato italiano è costituzionalmente ed internazionalmente obbligato ad accogliere lo straniero.

In esito della ricostruzione del percorso giurisprudenziale precedentemente compiuta, inoltre, si può affermare senza dubbio che il diritto alla protezione per motivi umanitari è un diritto perfetto, incompressibile da parte del legislatore, in quanto specificazione del diritto di asilo ex art. 10 comma 3 della Cost.

Si è visto però come la Corte Costituzionale demandi al legislatore una operazione di bilanciamento tra l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori e gli interessi dei migranti, più ampio in caso di migranti economici, più ristretto nel caso di richiedenti asilo, stante la natura fondamentale dei diritti in gioco. Anzi, si è visto come nella interpretazione della Corte Costituzionale, qualora allo straniero sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione (art. 10, comma 3, della Cost.) lo Stato è obbligato ad assicurare l'ingresso dell'immigrato.

A ben vedere, tuttavia, il legislatore non sta disciplinando le modalità di godimento del diritto a ricevere asilo, ma ne sta restringendo i contenuti, negando la titolarità del diritto a ricevere accoglienza nelle ipotesi non espressamente contemplate, ma pur sempre riconducibili a garanzia di

³³ Cass. Civ. sez. VI, ord. N. 23604/2017, in Ced Cass., rv. 646043-02

situazioni di palese vulnerabilità.

Il che, posta la derivazione diretta del diritto in parola da una disposizione costituzionale, per di più inserita nel catalogo dei principi fondamentali (i primi dodici articoli della Costituzione), dotati di una valenza assiologica preminente, potrebbe configurare un uso scorretto dell'operazione di bilanciamento che la Corte Costituzionale demanda al legislatore in materia, *sub specie* di irragionevolezza e non proporzionalità. In altre parole, viene attribuito un peso esclusivo ed assorbente all'interesse statale del controllo degli ingressi, disconoscendo le ragioni di tutela sottostanti alla precedente normativa.

Nel restringere le situazioni che legittimano l'accoglimento per "*protezione speciale*" nel nostro Paese, inoltre, l'ordinamento si apre alla possibilità di contrasti con molteplici disposizioni convenzionali (in particolare, con gli artt. 3 e 8 CEDU) che, per effetto del combinato disposto degli artt. 10 e 117 1° comma Cost., costituiscono parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. Qualora non sia possibile adeguare con l'interpretazione conforme in sede giudiziaria le singole disposizioni ad altre norme costituzionali o internazionali non autoapplicative, l'eventuale necessità di una intermediazione legislativa comporterà l'illegittimità costituzionale per contrasto con le norme interposte.³⁴

D'altra parte, ulteriori dubbi ed interrogativi si sollevano anche sotto altri profili. La Corte di Cassazione ha, infatti, collegato la protezione per motivi umanitari anche al parametro di cui all'art. 2 della Cost, laddove quest'ultimo stabilisce che "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*"

³⁴ R. CERCHI, *Respingimento espulsione, esecuzione e trattenimento*, in *Immigrazione...*, op. cit., pp. 232 e ss. In particolare l'interesse costituzionalmente rilevante alla regolazione e al controllo dei flussi migratori deve essere bilanciato, sul piano del diritto interno, con il diritto di asilo (art. 10 co. 3 Cost), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), il diritto all'unità familiare (artt. 29, 30 e 31 Cost). Per quanto concerne le disposizioni internazionali, vi è il principio di non *refoulement* (art. 33 Convenzione Ginevra; art. 78 TFUE; art. 18 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il divieto di sottoporre una persona a trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), il divieto di discriminazione (art. 14 CEDU). In generale il legislatore è chiamato a compiere delicate operazioni di bilanciamento, sanzionabili da parte della Corte Costituzionali qualora non proporzionate o ragionevoli. Così anche ASGI, *op. cit.*

L'aver selezionato solo alcune delle possibili situazioni di lesione dei diritti fondamentali, ed aver ritenuto solo queste come idonee a legittimare la protezione speciale, potrebbe determinare l'inadempimento da parte dello Stato al dovere, costituzionalmente imposto, di tutela dei diritti inviolabili.³⁵

Conclusivamente, se è vero, come si è più volte sostenuto nel dibattito politico, che i flussi migratori sono considerevolmente aumentati negli ultimi tempi, ciò da solo non sembra possa valere a giustificare la volontà di restringere la tutela per delle pretese finalità di *“evitare un impiego strumentale delle domande di protezione internazionale”*.

4.1. Alcune considerazioni sulle singole previsioni.

Anche la lettera della legge sembra ambigua, specie con riferimento a quelle *“situazioni contingenti di calamità nel Paese di origine, che rendano impossibile far ritorno al Paese di origine in condizioni di sicurezza”*.

Preliminarmente, è necessario sottolineare come l'unica possibile interpretazione della norma sia considerare in ogni caso salvi i presupposti di non respingimento. Anche un rimpatrio astrattamente possibile in condizioni di sicurezza, quindi, non dovrebbe essere effettuato in presenza dei presupposti di cui all'art. 19 TUI, nonché in caso di possibile esposizione a trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU).

In aggiunta, la previsione di una durata massima di 6 mesi di questo permesso speciale – rinnovabile una sola volta-, nonché l'impossibilità di conversione dello stesso in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, pur consentendo lo svolgimento dell'attività lavorativa, sembrano contrarie al parametro di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., soprattutto in relazione al trattamento riservato agli altri titolari di permessi *“speciali”*.

Il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile, ad esempio, ha durata di due anni, e può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi lavorativi, così come quello rilasciato al lavoratore straniero oggetto di particolare sfruttamento.

³⁵ Per un'ampia classificazione delle situazioni che rimarrebbero scoperte a seguito dell'intervento del d.l. n. 113 del 2018, vd. ASGI, *op. cit.*

Così lo straniero che riesca ad integrarsi nel breve tempo a sua disposizione potrebbe vedersi costretto a subire un nuovo rimpatrio, contrariamente alle indicazioni provenienti dalla precedente giurisprudenza di legittimità.

La stessa Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che sebbene l'avvenuta occupazione, unitamente ad una integrazione nel tessuto sociale, possano essere valorizzate come circostanze volte a legittimare il rilascio del permesso, e non come suoi presupposti esclusivi, tuttavia siffatti dati concorrono a delineare una situazione di "*vulnerabilità personale*", che rende il soggetto meritevole di tutela e che legittima il rilascio di un titolo di soggiorno per proteggere.

Orbene, le situazioni di vulnerabilità personale potrebbero non cessare allo scadere dei sei mesi ed anzi potrebbero acuirsi in conseguenza di un nuovo spostamento dello straniero.³⁶ Il legislatore, invece, non fa alcun cenno ai possibili profili di rischio per il soggetto, preferendo ancorare la permanenza nel nostro Paese a situazioni contingenti - senza definire precisamente il carattere della contingenza) ed al pericolo nel rimpatrio.

Si ricordi la pronuncia della Cassazione che, con riferimento all'art. 8 CEDU³⁷ ha affermato la legittimità dell'ingerenza statale nella vita privata (mediante evidentemente la caducazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari) specialmente nel caso in cui lo straniero non sia in possesso di uno stabile titolo di soggiorno nello Stato di accoglienza, ma sia residente nello stesso in attesa del riconoscimento della domanda di protezione internazionale.

In questo caso, la domanda di protezione internazionale ha avuto esito favorevole: l'istanza è stata accolta, lo straniero ha iniziato a lavorare, e ciò nonostante le nuove regole impediscono la conversione del titolo

³⁶ V. Cass., Sez. VI, 16 aprile 2014, n. 15466 che faceva riferimento all'esistenza di situazioni "*vulnerabili*" non rientranti nelle misure tipiche o perché aventi il carattere della temporaneità o perché vi sia un impedimento al riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale ma caratterizzate da un'esigenza qualificabile come umanitaria (*problemi sanitari, madri di minori etc.*).

³⁷ Come sottolineato in *Il d.l. 113/2018 e i permessi umanitari*, in questa rivista, *Numero 2-3/2018*, il parametro di cui all'art. 8 Cedu veniva utilizzato come base legittimante il permesso per motivi umanitari fondato sull'integrazione sociale raggiunta dal richiedente. La sentenza è Cass. Civ., Sez. VI, Ord n. 1707/2018. Secondo la Corte, è necessaria una valutazione individuale caso per caso, posta la possibile ingerenza nella vita privata da parte dello Stato per motivi di interesse generale, non violandosi, in questo caso, il diritto al non subire ingerenze statali nello svolgimento della vita privata di cui all'art. 8 CEDU.

legittimante la permanenza nel nostro Paese, in ragione di una “non” valutazione.

Conclusioni ancora più gravi se si considera il reato di cui all’art. 10 bis del TUI: allo scadere dei sei mesi, eventualmente rinnovati per ulteriori sei,³⁸ lo straniero potrebbe vedersi incriminato automaticamente ed espulso, posta l’avvenuta irregolarità del suo soggiorno, salve le ipotesi di non respingimento di cui all’art. 19 TUI.³⁹

Ulteriori osservazioni derivano dalla modifica dell’art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, nella parte in cui attualmente prevede che la Commissione valuta solo i presupposti del divieto di *non refoulement* di cui all’art. 19, comma 1 e 1.1., ed in questi casi invita il questore al rilascio di un permesso di soggiorno, “salvo che possa disporsi l’allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga”.⁴⁰

La previsione presenta delle criticità, stante la sua potenzialità di contrasto con gli artt. 10, 1° comma e 117 Cost.: l’art. 3 CEDU, nel prevedere il divieto di trattamenti inumani o degradanti, accorda una tutela più estesa rispetto agli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha infatti chiarito più volte che “*il divieto di cui all’art. 3 Cedu ha carattere assoluto, con la conseguenza che uno Stato, da una parte, non può sottrarsi adducendo asserite esigenze interne di lotta all’immigrazione clandestina, e, dall’altra, è comunque responsabile anche per l’eventuale successivo respingimento da*

³⁸ Circa la durata del permesso di soggiorno per motivi umanitari, già nella Circolare del Ministero dell’interno sopra citata di questa estate si affermava la necessità di uniformare la durata – nel senso di un contenimento -, a fronte della disomogeneità rispetto alla concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari a seguito di domanda di protezione internazionale – di solito, 2 anni-, rispetto a quello concesso per vie interne.

³⁹ Per quanto la Corte cost. sent. n. 250/2010, abbia affermato la compatibilità con la carta costituzionale di questa previsione, sull’assunto che si sanziona un comportamento specifico dello straniero, trasgressivo di norme vigenti. Sul punto vd. E. LANZA, *Diritto penale dell’immigrazione*, in *Immigrazione...*, op. cit., pp. 275 e ss.

⁴⁰ La Corte di giustizia (Corte giustizia UE sez. IV, sent. n.695/2016) ha infatti affermato che “*l’articolo 3, par. 3, del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, deve essere interpretato nel senso che la possibilità di inviare un richiedente protezione internazionale in un Paese terzo sicuro può parimenti essere esercitata da uno Stato membro, dopo che quest’ultimo abbia dichiarato di essere competente, in applicazione di tale regolamento e nell’ambito della procedura di ripresa in carico, per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente, anche quando costui si sia allontanato da tale Stato membro prima di una decisione sul merito della sua prima domanda di protezione internazionale.*”

*parte dello Stato di rinvio se non compie qualsiasi sforzo necessario ad ottenere assicurazioni adeguate sulla sorte dello straniero allontanato da parte dello Stato verso cui quest'ultimo è rinviato.” (Corte EDU, sez. Grande Chambre, sent. n. 27765/2012).*⁴¹

5. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto.

L'art. 12 del d.lgs. 251/2007 (come modificato dal d.lgs n. 18/2014, attuativo della dir. 2011/95/UE), prevede le cause di diniego dello *status* di rifugiato, in parte analoghe a quelle di esclusione dello *status* di protetto in via sussidiaria.

L'art. 7 del d.l. n. 113/2018 amplia il catalogo dei reati che astrattamente legittimano il diniego di concessione dello status di rifugiato e di esclusione della protezione sussidiaria, oltre ai già previsti reati di grave allarme sociale previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., qualora accertati con sentenza definitiva.

Le nuove cause ostative sono le condanne per: a) resistenza a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.); b) lesioni personali gravi (art. 583 c.p.); c) mutilazioni genitali femminili (art. 583 c.p.); d) lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive (art. 583- *quater*); e) furto aggravato dal porto di armi o narcotici (artt. 624 e 625 c.p., primo comma, n. 3); f) furto in abitazione (artt. 624- *bis* c.p.)

Viene precisato, inoltre, che per il diniego o la revoca valgono anche le fattispecie non aggravate previste dei delitti dell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., il che ricomprende il contrabbando di tabacchi (art. 291- *ter* TU doganale), nonché la produzione, traffico e la detenzione illecita di droga (art. 73 TU stupefacenti) e l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.)⁴²

5.1. Profili di criticità dell'innovazione.

La Corte Costituzionale, quando si tratta di valutare la compatibilità costituzionale di un determinato reato presupposto, opera un giudizio alla

⁴¹ In *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2012, pp. 2358 e ss., con nota di A. GIANNELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Esprime le stesse perplessità anche il CSM (pp. 8 e ss. del già citato Parere).

⁴² Come precisato nella Relazione Illustrativa al d.l. vengono inserite nuove “*ipotesi delittuose di particolare gravità che destano allarme sociale*”.

luce del parametro di ragionevolezza ex art. 3 Cost. Viene verificata, in particolare, l'omogeneità con gli altri reati previsti dalla norma, nonché la coerenza dell'inclusione rispetto allo scopo perseguito.⁴³

In questo caso, scopo del legislatore e correlativo limite del suo intervento derivano direttamente dalle previsioni della Convenzione di Ginevra e dell'art. 14 della direttiva c.d. "qualifiche" (la sopra citata dir. 2011/95/UE).

L'art. 33 della Convenzione, dopo aver codificato le ipotesi di non respingimento, prevede che *"il beneficio di detta disposizione non potrà essere invocato da un rifugiato per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di una condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato"*.

Inoltre, l'art. 14, comma 4, della sopra citata direttiva prevede che *"Gli Stati membri hanno la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo status riconosciuto a un rifugiato da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario quando :a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità in tale Stato membro"*.⁴⁴

Si tratta non di effetti penali della condanna, bensì di *"effetti di natura amministrativa"*⁴⁵ che la legge fa derivare dal fatto storico consistente

⁴³ Vd. ad esempio, Corte Cost., sent. n. 33/2018, con nota di S. FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?* in www.penalecontemporaneo.it, n.2/2018. Con la sentenza la Corte ha dichiarato ragionevole l'inclusione del delitto di ricettazione nel catalogo dei reati-presupposto della confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992.

⁴⁴ La lettera della norma ha portato, anche precedentemente all'intervento odierno del legislatore, parte della dottrina ad interrogarsi sulla correttezza del recepimento della direttiva operato dall'art. 12 c. 1) lett c) del d.lgs. 251/2007. In particolare, G. SAVIO, *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, in *Immigrazione...*, op. cit., pp. 60 e ss., afferma che *"il legislatore italiano ha infatti costruito una presunzione legale di pericolosità del richiedente asilo che non corrisponde all'esigenza di una valutazione in concreto dell'effettiva pericolosità sociale del richiedente."*

⁴⁵ Vd. A. CAPUTO, op. cit., che riporta un precedente della Corte Costituzionale (ord. 369/1999) per cui l'espulsione ex art. 16 TUI si configura come *"[...] misura amministrativa per i caratteri che assume"*.

*nell'aver riportato una condanna per determinati reati, quale indice presuntivo di pericolosità sociale o, quanto meno, di riprovevolezza (e di non meritevolezza ai fini della permanenza in Italia) del comportamento tenuto dallo straniero nel nostro Paese” (Cons. Stato, sez. Vi, sent. n. 378/2011).*⁴⁶

L'interesse dello Stato è quindi quello di non accogliere gli stranieri che rappresentino un potenziale pericolo per l'ordine pubblico e per la sicurezza dello Stato. La conseguenza del diniego della protezione internazionale è il rigetto della domanda da parte della Commissione territoriale, e la possibile applicabilità dell'art. 13, c. 2, lett. b) TUI, che fa riferimento al rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno tra i presupposti di espulsione.⁴⁷

Preliminarmente è necessario osservare che la disposizione in parola potrebbe astrattamente porsi in contrasto con l'art. 3 CEDU che, secondo l'interpretazione prevalente in dottrina, tutela un'area più estesa rispetto agli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra.⁴⁸

D'altra parte, alla luce delle indicazioni provenienti dalla normativa sovranazionale, è dubbio che sussista il carattere di particolare gravità in relazione ad alcuni dei reati inclusi nell'elenco, così come il fondato motivo di temere per la sicurezza nazionale.

Così ad esempio in caso di lesioni personali gravi, fattispecie delittuosa volta a tutelare il bene incolumità individuale, o a maggior ragione per

⁴⁶ Sul punto vd. G.L. GATTA, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. It. Di Dir. E Proc. Pen.*, fasc. 2, 2018, pp. 675 e ss. L'A. fornisce un valido quadro di tutti i possibili intrecci tra diritto penale ed immigrazione. A titolo esemplificati, con una logica strettamente collegata all'istituto in esame, l'art. 4 comma 3 TUI prevede che una condanna o una sentenza di patteggiamento, per alcuni tipi di reati commessi in Italia preclude l'ammissione dello straniero non già regolarmente presente, o può comportare la revoca o il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno (art. 5, comma 5 e 5-bis TUI).

⁴⁷ Per quanto ai sensi dell'art. 12, d.P.R. n. 394/1999, il provvedimento di diniego debba indicare – salvo i casi di respingimento e espulsione immediata – un termine, non superiore a quindici giorni lavorativi, entro cui lo straniero può lasciare volontariamente il territorio nazionale, evitando così un provvedimento di espulsione (art. 12 d.P.R. n. 394/1999). Quest'ultimo infatti comporta l'imposizione di un divieto di reingresso e la segnalazione al SIS (Sistema di informazione Schengen). Vd. R. CERCHI, *Il restringimento...* op cit., pp. 238 e ss.

⁴⁸ M.ARCIONE, *op. cit.*, pp. 86 e ss., afferma che il principio in esame “non tollera né restrizioni né deroghe anche in caso di pericolo pubblico che minacci la vita di una nazione”. L'A. in particolare riporta una decisione della Corte Edu (caso Chahal c. Regno Unito, 15 novembre 1996), in cui la Corte ha stabilito l'applicabilità dell'art. anche quando l'allontanamento disposto da uno Stato esponga lo straniero al rischio di trattamenti vietati dalla norma. La tutela si estende anche alle situazioni di pericolo, a nulla rilevando le cause ostative al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

quanto riguarda la detenzione di sostanze stupefacenti, da noi depenalizzata se finalizzata ad uso personale, nonché con riferimento al furto in abitazione.

Potenzialmente la Corte potrebbe essere chiamata a riesaminare la ragionevolezza dell'elenco, alla luce sia delle norme costituzionali che del parametro interposto costituito dalle norme internazionali pattizie.

Sembra che valgano, ancora una volta, le osservazioni formulate dalla Corte di Cassazione. Se il diritto a ricevere le forme di protezione internazionale è *species* del *genus* di diritto all'asilo politico, ogni intervento del legislatore non vale a disciplinare modalità di godimento, ma a definirne i contenuti.

Nella disciplina dell'immigrazione la Corte ha chiarito che al legislatore spetta “[...] il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate (così qualificati i diritti dei richiedenti protezione internazionale) [...]” (ord. 19393/2009).

Nell'effettuare siffatta valutazione il legislatore ha inserito previsioni che risultano disomogenee rispetto allo scopo delle cause di diniego e di revoca della protezione internazionale, che dovrebbe tutelare l'interesse dello Stato a non accogliere soggetti pericolosi che ne minacciano la integrità.

Sembrano quindi sussistere gli estremi per una violazione, ancora una volta, degli artt. 10 e 117 Cost., come sottolineato dal CSM nel suo Parere⁴⁹, oltre che una violazione del criterio di ragionevolezza e proporzionalità, poste le conseguenze afflittive del diniego o della revoca della protezione internazionale, *sub specie* di libertà personale.

6. Conclusioni.

Il decreto “Salvini”, nonostante la sua breve vita, ha già sollevato accesi contrasti. Molti sindaci hanno sospeso l'applicazione del decreto, nella parte in cui vieta l'iscrizione all'anagrafe dei migranti richiedenti protezione umanitaria.⁵⁰

Oltre alle criticità già evidenziate nel corpo del testo, in questa sede ci si

⁴⁹ Il parere, già richiamato, è del 21 novembre 2018, e può essere consultato al dominio www.csm.it.

⁵⁰ F. SARZANINI, “Sindaci contro il decreto sicurezza. La replica di Salvini: chi non lo applica ne risponderà”, in www.corriere.it, 3 gennaio 2019.

interroga ulteriormente sull'opportunità dell'utilizzo dello strumento del decreto- legge ex art. 77 Cost.

La Corte Costituzionale ha chiarito più volte che il proprio sindacato in ordine ai presupposti di necessità ed urgenza è circoscritto ai casi di “*evidente mancanza*” o “*manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione*”, rimessa al legislatore (*ex multis*, Corte Cost., sent. n. 22 del 2012; sent. n. 131 del 2007).

Risulta difficile ravvisare una straordinaria necessità ed urgenza per un fenomeno strutturale, che richiede scelte legislative il più possibile concordate tra Parlamento e Governo.⁵¹

La Corte Costituzionale, in ogni caso, sicuramente sarà chiamata ad intervenire ed avrà il gravoso compito di districarsi tra scelte rimesse al legislatore e tutela dei diritti fondamentali, evitandone una compressione incostituzionale.

⁵¹ Così G. AZZARITI, in “*Azzariti: il Decreto sicurezza sarà bocciato dalla Consulta*”, intervista di G. RUSSO SPENA, in www.vita.it, 22 novembre 2018. Il costituzionalista sottolinea che “ [...] il governo si vanta di aver ridotto dell'80 per cento il problema dell'immigrazione. E allora non le sembra una contraddizione logica dichiarare l'emergenza quando lo stesso governo festeggia per i risultati ottenuti? Il governo ha pieno diritto di legiferare in materia, anche secondo il principio di contenimento dei flussi, ma tramite un disegno di legge.”