

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA DEI PERMESSI DI SOGGIORNO

SOMMARIO: 1. L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato: tra esigenze di riforma e derive autoritarie. – 2. Lo “spacchettamento” del permesso di soggiorno per motivi umanitari e le modifiche di rilievo processuale. – 3. Il nuovo rito per le controversie in materia di diniego o revoca dei permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario. – 4. Le modifiche apportate al DPR 31 agosto 1999, n. 394.

1. L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato: tra esigenze di riforma e derive autoritarie

di *Sisto Macchiarelli*

Il decreto legge n. 113/2018 interviene trasversalmente in un cospicuo numero di materie eterogenee (immigrazione, cittadinanza, sicurezza, contrasto alla corruzione e alla criminalità organizzata, organizzazione amministrativa delle autorità nazionali e locali di pubblica sicurezza), generando molteplici perplessità quanto alla tecnica normativa adoperata e all'opportunità di una modifica siffatta.

Dalla relazione illustrativa di accompagnamento si evince, in primo luogo, che la **riforma** mira a realizzare una complessa azione di riordino del sistema di riconoscimento della protezione internazionale e delle forme di tutela complementare, **“finalizzata a rendere più efficiente ed efficace la gestione del fenomeno migratorio, nonché a introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale al sistema di accoglienza”** (cfr. Relazione illustrativa, p. 1).

Un obiettivo, dunque, dalla profonda latitudine applicativa che, unitamente alla vaghezza dei motivi adottati a giustificazione della novella, concorre a delineare il **sospetto d'incostituzionalità** del provvedimento **per violazione dell'art. 77 Cost.**

Difatti, come osserva la dottrina assai autorevole, la locuzione «casi straordinari di necessità e d'urgenza» individua un composito presupposto per legittimare la deroga al fondamentale principio democratico della separazione dei poteri, che “*ricorre solo allorquando il Governo debba tempestivamente intervenire per far fronte a circostanze eccezionali e imprevedibili, a cui non è possibile provvedere con gli strumenti legislativi ordinari*” (Bin-Pitruzzella, *Decreto legge e legge di conversione*, in *Diritto Pubblico*, Torino, 2011, 323).

Il mancato rispetto di queste rigorose condizioni integra gli estremi di una *procedural injustice*, manifestando un abuso della potestà normativa che incrina a tal punto l'asse della tutela dei valori e dei diritti fondamentali, da non poter essere sanato nemmeno dal Parlamento con la legge di conversione, come ha più volte precisato la Consulta (tra le pronunzie più significative in materia, C. Cost., 17 maggio 2007, n. 171).

Le circostanze che hanno compulsato la decretazione d'urgenza sono stigmatizzate da un rilevamento statistico, ossia **l'anomala sproporzione sussistente tra le forme di protezione internazionale accordate nell'ordinamento interno** in conformità con gli *standard* internazionali (nell'ultimo quinquennio soltanto il 7% ai rifugiati politici e il 15% ai richiedenti protezione sussidiaria), **e il numero dei rilasci del permesso di soggiorno per motivi umanitari**, variabile tra il 25-28% delle richieste totali negli ultimi anni.

Quest'ultimo dato metterebbe in luce la “torsione” della *ratio* che l'istituto ha subito, passando da strumento di tutela residuale all'essere il beneficio più elargito; le ragioni del fenomeno, secondo l'analisi governativa, sono riconducibili ad una **definizione “incerta” della categoria**, che lasciava **ampia discrezionalità nell'interpretazione estensiva della fattispecie**, in contrasto con il fine di tutela temporanea per il quale è stata introdotta.

Invero le previgenti disposizioni di cui **agli artt. 5, co. 6, D.Lgs. n. 286/1998 e 32, co. 3, D.Lgs. n. 25/2008** abilitavano, rispettivamente, il Questore e la Commissione Territoriale a valutare la concessione del provvedimento sulla base di “*seri motivi*”, ovvero al ricorrere di “*gravi motivi di carattere umanitario*”, nonostante l'impossibilità di accordare allo straniero la protezione internazionale per mancanza dei presupposti previsti dalla legge.

Per ovviare a tali criticità la novella opera secondo una **duplice linea d'intervento**: da un lato, tipizzando le fattispecie di tutela complementare ammesse, con contestuale abrogazione della categoria generale del per-

messo di soggiorno per motivi umanitari; dall'altro, provvedendo all'apposita copertura normativa di ipotesi eccezionali, quali i nuovi permessi di soggiorno per condizioni di salute di particolare gravità e per calamità naturali sussistenti nel paese di destinazione dello straniero *ex artt. 20-bis e 19, co. 2, lett. d-bis*), D.Lgs. n. 286/1998, cui si aggiunge il permesso con finalità premiale concesso a coloro che hanno compiuto atti di particolare valore civile ai sensi dell'art. 3, l. n. 13/1958.

Al contempo il legislatore si è mostrato accorto nel **garantire il rispetto del principio di non refoulement** (i.e. di non respingimento) sancito dall'**art. 33 della Convenzione di Ginevra**, a mente del quale *“nessuno Stato contrante espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche”*; la cogenza della disposizione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, a partire dal noto *affaire Soering* del 1989, ha più volte affermato l'autonoma operatività del divieto di *refoulement* nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, indipendentemente dal fatto che la persona sia stata riconosciuta rifugiata o dall'aver quest'ultima formalizzato la domanda diretta ad ottenere tale *status*.

Pertanto, al fine di prevenire manifeste violazioni del diritto internazionale, le fattispecie disciplinate dagli artt. 18 e ss., D.Lgs. n. 286/1998 sono fuoriuscite dalla previgente orbita del permesso per motivi umanitari, per essere *ex lege* qualificate come forme di protezione *“in casi speciali”*, unitamente alle ipotesi di cui al novellato art. 32, co. 3, D.Lgs. n. 25/2008.

Il fascio di interventi brevemente descritto non ha persuaso l'**Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI)**, che ha definito **“improvvida” la scelta di abrogare la categoria del permesso di soggiorno per motivi umanitari**, tenuto conto dell'intrinseca duttilità del beneficio a fungere da strumento per attuare gli obblighi di protezione sovranazionali, individuando, al contempo, l'architettura normativa per l'esercizio del diritto d'asilo *ex art. 10, co. 3, Cost.*

Difatti, l'ampia formulazione del previgente art. 5, co. 6, D.Lgs. n. 286/1998 (*“il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi co-*

stituzionali o internazionali dello Stato italiano”) contemperava entrambe le esigenze.

In prospettiva futura è “*prevedibile che, non essendo più garantito attraverso una esplicita norma di legge il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali cui l’Italia è tenuta, sarà possibile ricorrere all’Autorità Giudiziaria al fine di fare accertare la sussistenza dei presupposti degli stessi e, in particolare ma non solo, del diritto di asilo previsto dall’art. 10, comma 3 Cost. fuori dai casi in cui alla persona straniera non sia riconosciuta un’altra forma di protezione internazionale (es. status di rifugiato o status di protezione sussidiaria). Anche il Presidente della Repubblica, con messaggio inviato al Presidente del Consiglio, ha infatti ritenuto doveroso sottolineare che l’eliminazione dell’espresso riferimento agli obblighi costituzionali o internazionali cui l’Italia è tenuta nel riconoscere la possibilità di soggiorno regolare di una persona straniera, non elide certamente quei medesimi obblighi che, dunque, permangono intatti in capo alla pubblica amministrazione*” (ASGI, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all’abrogazione dei motivi umanitari e sull’art. 1, d.l. N. 113/2018*, su www.asgi.it, 25 ottobre 2018).

È opportuno, infatti, considerare che la protezione umanitaria è stata maggiormente esplorata, anche sul piano giudiziario, per effetto della miopia del legislatore, sia italiano che europeo, che ha escluso qualsiasi altra forma di ingresso legale nel territorio dello Stato per motivi diversi dal bisogno di protezione; una distorsione, dunque, che ha avuto come conseguenza, tra le altre, l’interpretazione della protezione umanitaria come “diritto minore”, residuale e temporaneo.

In questa prospettiva non si è mosso solo l’ordinamento interno, atteso che 20 sui 28 Stati dell’UE (Austria, Cipro, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Italia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia e Ungheria), hanno previsto, seppur in modo diverso, forme di protezione umanitaria, come ricorda il Rapporto sulla protezione internazionale in Italia del 2017, edito dall’Associazione nazionale comuni italiani (ANCI).

Significative criticità vengono in rilievo anche valutando la tipizzazione delle **ipotesi di tutela complementare ammesse**, atteso che **i presupposti** dei nuovi titoli di soggiorno **omettono di dare espressa copertura a situazioni in presenza delle quali le norme costituzionali ed internazionali riconoscono diritti da garantire, con conseguente divieto di espulsione** (per un maggiore approfondimento si rimanda a ASGI, *Mani-*

feste illegittimità costituzionali delle norme del decreto legge 4.10.2018, n. 113 concernenti permessi di soggiorno per motivi umanitari, protezione internazionale e cittadinanza, su www.asgi.it, 15 ottobre 2018).

Si consideri, a titolo esemplificativo, il caso dello straniero o apolide che veda in pericolo il suo diritto alla vita, perché minacciato dall'esecuzione di una condanna a morte emessa da un'autorità giudiziaria straniera; questa ipotesi viene espressamente riconosciuta dalla Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza n. 223/1996, come assoluta ed inderogabile, quindi ostativa all'extradizione dello straniero per reati che la legge dello Stato estero consenta di punire anche con la pena di morte.

Ancora si consideri il caso dello straniero o apolide che, anche fuori dalle circostanze in cui potrebbe ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, vietati in modo inderogabile dall'art. 3 CEDU.

Prima di scendere nell'esame delle fattispecie neo-introdotte giova precisare che, sebbene il previgente art. 5, co. 6, D.Lgs. n. 286/1998 fosse topograficamente inserito nel c.d. "Testo Unico sull'immigrazione", l'istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari esulava dal normale ambito applicativo del decreto che, a mente dell'art. 1, concerne il migrante economico, ossia lo straniero che entra spontaneamente nel territorio dello Stato perché non indotto da contingenze vigenti nel Paese d'origine; per questa ragione la normativa di settore, ai sensi degli artt. 4 e ss., subordina l'ingresso al possesso di un valido passaporto, o di un titolo di viaggio equipollente, e del visto d'ingresso, la cui apposizione può essere rifiutata dall'autorità competente qualora lo straniero rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza, ovvero abbia commesso taluno dei gravi reati indicati dalla legge (es. traffico di sostanze stupefacenti).

Ai fini della permanenza nel territorio dello Stato è richiesto anche il rilascio del permesso di soggiorno da parte del Questore, entro il termine di 8 giorni dall'accesso.

L'art. 5 stabilisce che il rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso è subordinato al venir meno delle condizioni di carattere oggettivo sancite dalla legge per il visto, fatte salve due ipotesi: anzitutto quando lo straniero abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare di cui agli artt. 29 e ss., nel qual caso l'amministrazione è tenuta ad effettuare una ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico sotteso al provvedimento negativo e la natura e l'effettività del vincolo familiare, come dispone il co. 5; in secondo luogo, analoghe valutazioni discrezionali permeano l'atto nei casi di richiesta per motivi di protezione speciale ai sensi degli artt. 18 e 18-bis T.U.I., qualora il

migrante sia vittima di grave sfruttamento e versi in condizioni di pericolo per la sua incolumità a causa dei condizionamenti di un'organizzazione criminale, ovvero sia vittima di violenza domestica.

Dal mancato possesso di questi titoli consegue l'attivazione delle procedura di espulsione disciplinata dall'art. 13 T.U.I., che può svolgersi secondo una duplice modalità:

- a) espulsione ministeriale, in quanto disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, alla quale guarda con perplessità la dottrina che ne evidenzia l'incompatibilità con la riserva di legge di cui all'art. 10, co. 2, Cost., attesa la mancanza di una predeterminazione normativa delle ipotesi attuative. Il risultante potere "vago e indeterminato" del Ministro viene calmierato dalla giurisprudenza con l'onere della motivazione analitica quanto all'individuazione della situazione di pericolo concreto per l'ordinamento, sebbene la fattispecie venga ricondotta alla categoria dogmatica dell'atto di alta amministrazione (così Canestrini, *Sull'espulsione cd. Ministeriale ex art. 13 D.Lgs. n. 286/1998*, in *Altalex*, 30 dicembre 2004);
- b) espulsione amministrativa, disposta dal Prefetto in base alle stesse cause che incidono negativamente sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno.

La fattispecie, inoltre, rientra nell'ambito della categoria generale dei meccanismi di allontanamento insieme ai respingimenti ex art. 10 T.U.I., che possono operare anche in via immediata, nel caso in cui il migrante sia bloccato alla frontiera, ovvero in via differita o con accompagnamento alla frontiera, quando lo straniero sia entrato illecitamente nello Stato o vi abbia fatto transito momentaneo per necessità di pubblico soccorso.

La previgente categoria del permesso per motivi umanitari rientrava, invece, nel diverso sistema della protezione internazionale, che concerne il migrante involontario, ossia lo straniero costretto all'ingresso nel territorio dello Stato da situazioni che nel Paese d'origine ne mettono in pericolo l'incolumità.

Il sistema protezionistico affonda le sue radici nella disciplina sovranazionale, in particolare nella Convenzione di Ginevra del 1951 che, per la prima volta, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato sia ai soggetti perseguitati nel Paese d'origine per motivi di razza, religione, cittadinanza, opinioni politiche, ovvero per l'appartenenza ad una determinata comunità, sia agli apolidi che, trovandosi al di fuori dal territorio dello Stato, non vogliono farvi ritorno per il fondato timore di esporre se stessi al pericolo di perdita della vita. Peraltro, in seguito al Trattato di Amsterdam del 1997, la materia è stata "comunitarizzata", rientrando nell'ambito delle competenze legislative della Comunità

Europea, laddove in passato era affidata, secondo il metodo del c.d. “Terzo Pilastro”, alla spontanea e leale collaborazione tra gli Stati membri.

Con il D.Lgs. n. 142/2015 il legislatore ha predisposto un sistema di accoglienza che si fonda sulla logica della *governance* multilivello, affidata alla sinergia tra i diversi livelli geografici di governo territoriale. Ai sensi degli artt. 8 e ss., infatti, le operazioni di prima assistenza e di identificazione dei migranti sono gestite dai c.d. “hotspot”, ossia centri strategici ai quali far confluire tutti i soggetti per velocizzare le attività di riconoscimento e primo soccorso (es. Lampedusa e Porto Empedocle); segue l'accoglienza presso i centri governativi regionali (c.d. *regional hub*) ove si dà avvio alla procedura di protezione internazionale; infine il procedimento è gestito dagli enti locali che possono aderire, su base volontaria, al sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), qualora sia accertato che lo straniero non dispone di mezzi di sussistenza sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei prossimi congiunti

Da questa circostanza consegue una prima differenza rispetto alla categoria precedentemente esaminata, atteso che per il migrante involontario non è richiesto il rispetto di specifiche condizioni per l'ingresso nel territorio dello Stato perché questi è titolare di una posizione costituzionalmente qualificata (il diritto alla protezione), che attribuisce al procedimento di riconoscimento interno solo valenza accertativa e dichiarativa.

Un'ulteriore differenza rileva sotto il profilo della tutela giurisdizionale.

Per il richiedente protezione internazionale, infatti, a partire dalla riforma “Minniti-Orlando” posta in essere dalla l. n. 13/2017, la competenza giurisdizionale sulle controversie afferenti alla procedura di riconoscimento è devoluta alle sezioni specializzate della giustizia ordinaria, con attrazione anche di quelle in materia di cittadinanza che in passato erano attribuite al G.A.

Dalla complessa intelaiatura del T.U.I. si evince, invece, che per il migrante volontario vale il seguente regime: competono al G.A. la quasi totalità delle controversie, anche quelle concernenti l'emersione del lavoro nero e le liti in materia di permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 6, co. 10.

Sono previste, tuttavia, due importanti eccezioni, che radicano la diversa giurisdizione del G.O., ossia le impugnative avverso tutti i provvedimenti di espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 8, e il contenzioso sui provvedimenti abilitativi, quando lo straniero abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare a mente dell'art. 30, co. 6, T.U.I.

Nel modello originariamente individuato dal D.Lgs. n. 25/2008 **il permesso di soggiorno per motivi umanitari assolveva una funzione di tutela residuale nei confronti degli stranieri che non avevano potuto accedere ai primi due livelli di protezione previsti dalla normativa di settore**, funzionando come una valvola di chiusura del sistema per garantire il rispetto degli obblighi costituzionali e sovranazionali (in tal senso Baroni-Agosta-Paciullo-Pintus, *Le novità in materia di procedimento di riconoscimento della protezione internazionale*, in *Il nuovo diritto dell'immigrazione dopo il decreto Minniti-Orlando*, Roma, 2017, 33 e ss.).

Difatti mentre la protezione internazionale può essere riconosciuta solo a coloro che rientrano nella rigorosa definizione di rifugiato ai sensi dell'art. 2, lett. d), D.Lgs. n. 25/2008, ossia *“il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure se apolide si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e per lo stesso timore sopra indicato non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione previste dall'articolo 10 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”*, il secondo livello, costituito dalla protezione sussidiaria, può essere riconosciuto solo al ricorre delle condizioni previste dall'art. 2, lett. f), D.Lgs. n. 25/2008, ossia al *“cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dall'articolo 14 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese”*.

Ne consegue che **l'abrogazione dell'istituto priva il sistema protezionistico interno di un livello essenziale, rendendo l'ordinamento irragionevolmente meno garantista degli altri Stati europei.**

Quadro di confronto

Norma di riferimento	Testo previgente	Testo attuale
<p>Art. 4 bis, co. 2, terzo periodo D.Lgs. n. 286/1998</p>	<p>La perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4, ad eccezione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per asilo, per protezione sussidiaria, per i motivi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, per motivi familiari, di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, di carta di soggiorno per familiare straniero di cittadino dell'Unione europea, nonché dello straniero titolare di altro permesso di soggiorno che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.</p>	<p>La perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4, ad eccezione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, per i motivi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, per motivi familiari, di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, di carta di soggiorno per familiare straniero di cittadino dell'Unione europea, nonché dello straniero titolare di altro permesso di soggiorno che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.</p>
<p>Art. 5, co. 2-ter, secondo periodo, D.Lgs. n. 286/1998</p>	<p>Non è richiesto il versamento del contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per cure mediche nonché dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-bis, 20-bis, 22, comma 12-quater, e 42-bis, e del permesso di soggiorno per motivi umanitari.</p>	<p>Non è richiesto il versamento del contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per cure mediche nonché dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-bis, 20-bis, 22, comma 12-quater, e 42-bis, e del permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25.</p>