

La nuova protezione complementare

SOMMARIO: 1. Premessa terminologica. – 2. Esame delle novità normative. – 3. La nuova formulazione dell'art.5 c.6 d.lgs n. 286 del 1998. – 4. La nuova formulazione dell'art. 19 d.lgs n. 286 del 1998. Linee generali. – 4.1. Il comma 1 dell'art. 19. – 4.2. L'art. 19 c.1.1. – 4.3 - Il c.1.1 seconda parte. – 5. Il procedimento davanti al Questore. – 6. Il c.3.2 dell'art. 32 d.lgs n. 25 del 2008 una norma di difficile lettura ed incerta applicazione. – 7. La protezione complementare: qualificazione giuridica del diritto. – 8. Protezione umanitaria e complementare: i principi applicabili per entrambe le forme di protezione. – 9. Quadro sinottico della stratificazione temporale delle novità normative.

1. Premessa terminologica.

La compulsività legislativa dell'ultimo quadriennio in tema di permessi sostenuti da ragioni di vulnerabilità qualificata riconosciuti a cittadini stranieri ha determinato una certa confusione terminologica. Espunto l'attributo "umanitario" dal lessico legislativo dal sistema di protezione *latu sensu* internazionale, per effetto del d.l. n. 113 del 2018, si è ritenuto di rafforzare la valenza simbolica dell'intervento restrittivo dei diritti dei cittadini stranieri, contrapponendovi l'attributo "speciale". Il successivo ed atteso intervento correttivo, realizzato dal d.l. n. 130 del 2020, pur senza riprodurre espressamente nel testo legislativo dell'art. 5 c.6 d.lgs n. 286 del 1998 "i seri motivi di carattere umanitario" ha nuovamente ricondotto nell'alveo delle gravi violazioni dei diritti umani desumibili dagli obblighi costituzionali, convenzionali ed internazionali assunti dall'Italia, l'applicazione del principio del non refoulement, estendendo l'ambito di applicazione del divieto rispetto alla formulazione precedente dell'art. 19 d.lgs n. 286 del 1998. Risulta, di conseguenza, maggiormente appropriata per il nuovo assetto introdotto dal d.l. n. 130 del 2020 l'utilizzazione della definizione di protezione complementare anche al fine di sottolinearne la contiguità, da un lato, e l'autonomia, dall'altro, rispetto alla protezione internazionale. Sul piano strettamente esegetico i permessi denominati di "protezione speciale" sono rimasti quelli disciplinati dall'art. 32 c.3 d.lgs n. 25 del 2008, coerentemente con la stretta correlazione che li avvince alla esclusione dalle protezioni maggiori (il comma si apre: "Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale"). Su un piano sistematico, tuttavia, atteso il diretto collegamento di questi permessi con l'art. 19 c.1. e 1.1. del d.lgs n. 286 del 1998, in quanto espressamente richiamato dall'art. 32, c.3 come indicatore dei requisiti per riconoscere il diritto ad un permesso di "protezione speciale", deve ritenersi che il termine più ampio "protezione complementare" che verrà utilizzato nei successivi paragrafi sia comprensivo anche dei permessi cd. di "protezione speciale" anche in considerazione dell'identità dei fatti costitutivi. Deve, infine, considerarsi che i permessi costruiti sulle fondamenta dell'art. 5.c.6 e 19 c.1 (ed attualmente 1.1 e 1.2) del d.lgs n. 286 del 1998 antevigenti preesistono al sistema unionale della protezione

internazionale e secondo quanto stabilito dalla costante giurisprudenza di legittimità¹ completano il quadro attuativo dell'asilo costituzionale, così da escludere, anche sotto questo specifico versante, la loro specialità.

2. Esame delle novità normative.

Per comprendere il contenuto e la rilevanza dell'intervento legislativo, è necessario procedere all'esame analitico delle singole norme o parti di esse, interpolate e modificate.

Il d.l. n. 130 del 2020 interviene in primo luogo sull'art. 5 c.5 del d.lgs n. 286 del 1998, precisando, in via generale, che *“nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”*. La modifica adegua la norma ai rilevanti principi già contenuti nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 202 del 2013 in relazione alla configurabilità di un limite generale all'adozione del provvedimento di espulsione amministrativa derivante dall'effettiva esistenza di legami familiari nel nostro paese da valutare caso per caso ex art. 13 c. 2 bis del d.lgs n. 286 del 1998, secondo la più ampia definizione del diritto all'unità familiare desumibile dalle prescrizioni della Corte Edu in tema d'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione. Il giudizio, sia in fase amministrativa che giudiziale non può sottrarsi al necessario bilanciamento da operare tra l'interesse pubblicistico al rimpatrio del cittadino straniero che soggiorna irregolarmente e il diritto a non privarsi e privare gli altri componenti il nucleo relazionale costituzionalmente protetto, del diritto all'unità familiare.

Il rilievo maggiore, tuttavia, si coglie nella definitiva collocazione del radicamento affettivo, relazionale e sociale nella valutazione complessiva dei requisiti per il riconoscimento, in generale, del diritto del cittadino straniero al soggiorno ed in particolare nella centralità che l'integrazione assume nel giudizio di bilanciamento e proporzionalità cui è sottoposto l'interesse pubblicistico sotteso alla verifica della regolarità dell'ingresso e del soggiorno, come osservato, anche in ambiti diversi da quelli contenuti nell'art. 19 novellato. Non si può più sfuggire all'esame comparativo di questi indicatori anche in sede di valutazione della legittimità di un provvedimento espulsivo poiché anch'esso costituisce l'epilogo di una valutazione relativa alla regolarità od irregolarità dell'ingresso o del soggiorno del cittadino straniero.

Fermo, tuttavia, che come si vedrà nei paragrafi successivi, non tutte le forme di protezione del cittadino straniero fondate sul divieto di non refolement richiedono la valutazione comparativa né secondo la previgente formulazione degli artt. 5.c.6 e 19 T.U. né nell'attuale.

3. La nuova formulazione dell'art. 5.c. 6 d.lgs n. 286 del 1998.

Anche per la comprensione dell'incisività delle modifiche apportate al c.6 dell'art. 5 è necessario riprodurre la sequenza temporale della vigenza della norma. Nella formulazione attuale in essa si legge: *“Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.* Il d.l. n. 113 del 2018 aveva espunto dalla norma l'intera previsione relativa al riconoscimento del diritto ad un permesso di soggiorno sostenuto da motivi umanitari o risultante dagli obblighi costituzionali ed internazionali assunti dallo Stato italiano. Questa ampia previsione legislativa, introdotta nella formulazione originaria del d.lgs n. 286 del 1998, ha costituito il perno dell'attuazione del diritto d'asilo costituzionale, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016; 19176 del 2020), una volta recepito il sistema pluralistico della protezione internazionale stabilito nelle Direttive europee (2004/83/CE modificata con la 2011/95/UE, cd. “Direttive qualifiche”; 2005/85/CE modificata con la 2013/32/UE cd. “Direttive Procedure”)

Il primo rilevante effetto del ripristino dell'osservanza degli obblighi costituzionali ed internazionali, più correttamente convenzionali ed ancora più esattamente gli obblighi che ci derivano dalla sottoscrizione delle Convenzioni in tema di diritti fondamentali della persona, è costituito dal rafforzamento della posizione dei diritti umani della persona nel giudizio di bilanciamento e nella non necessità della predeterminazione normativa espressa (per comprenderci come accade nel catalogo contenuto nell'art. 19 ancorché formulato in modo “elastico” che si esaminerà nel paragrafo successivo) delle tipologie di diritti che meritano tutela. Il rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali ricongiunge le protezioni “complementari” al diritto d'asilo costituzionale così completando il sistema plurale della protezione internazionale introdotto dalle direttive europee alla luce del quale trova una coerente collocazione ed uno spazio applicativo anche la affermazione costituzionale del diritto d'asilo.

4. La nuova formulazione dell'art. 19 d.lgs n. 286 del 1998. Linee generali.

All'intitolazione originaria dell'art. 19: “Divieti di espulsione e respingimento” è stato aggiunto con il d.l. n. 89 del 2011 che ha recepito la cd. Direttiva rimpatri (n. 115 del 2008): “Disposizioni in materia di categorie vulnerabili”. Non più solo la previsione della limitazione della potestà statuale di respingimento dei cittadini stranieri ma una norma che introduce misure a tutela di categorie vulnerabili, ampliando significativamente l'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu (espressione plastica del divieto di *refoulement*) ed innovandone profondamente la nozione. Nell'originaria impostazione tratta dalla Convenzione di Ginevra firmata il 28/7/1951 e successivamente oggetto di successive integrazioni, tra le quali la più significativa, quella introdotta dal Protocollo di New York del 1967, ha esteso l'ambito territoriale

dei paesi di provenienza dei rifugiati oltre i confini dell'Europa) il principio di non *refoulement* era legato a ragioni di persecuzione. Ad esse si è aggiunto, attraverso l'art. 3 Cedu il rischio di essere esposti alla pena di morte od a trattamenti inumani e degradanti. All'essere umano non può essere negata una condizione di vita dignitosa neanche in applicazione di misure coercitive della libertà personale. Nell'ultimo paragrafo relativo alle pratiche attuali di esternalizzazione della gestione dei flussi di cittadini stranieri richiedenti asilo o protezione a carattere umanitario, si verificherà il gravissimo deficit di attuazione pratica dell'art. 3 Cedu. La dignità della persona umana, quanto meno sul piano dei principi costituzionali e convenzionali cogenti, esce dal perimetro persecutorio per assumere una posizione di assoluta preminenza nella valutazione dei requisiti e delle condizioni di riconoscimento dei diritti umani connessi alla protezione internazionale ed umanitaria pur senza sottrarsi al giudizio di bilanciamento con quegli interessi di natura pubblicistica che possono giustificarne la conformazione o la limitazione solo, tuttavia, all'esito di una rigorosa valutazione di necessità e proporzionalità.

4.1. Il comma 1 dell'art. 19.

Nella norma, accanto alle tradizionali ipotesi di persecuzione (razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali) sono state aggiunte per effetto del d.l. n. 130 del 2020, convertito nella l. n. 173 del 2020 anche le ulteriori ragioni persecutorie dovute all'orientamento sessuale od all'identità di genere. In questo modo, l'ambito di applicazione del principio di non *refoulement* è del tutto sovrapponibile a quello che giustifica il riconoscimento dello status di rifugiato politico.

Questa uniformità, tuttavia, non esclude la rilevanza non solo simbolica della norma. L'estensione del divieto di *refoulement* all'orientamento sessuale e all'identità di genere impone, in primo luogo, nei procedimenti e nei giudizi di protezione internazionale, una valutazione più ampia delle vicende narrate dai richiedenti su questi specifici temi, ben potendo una situazione sopravvenuta o non emersa (o celata) in una fase anteriore dell'accertamento del diritto, pur se parzialmente carente sul piano allegativo o probatorio (in relazione al fattore specificamente individualizzante) essere presa in considerazione ai fini del divieto di respingimento e del riconoscimento della protezione complementare, con la peculiarità che nelle ipotesi di cui al c.1. dell'art. 19, non deve essere svolta alcuna valutazione comparativa con la situazione del paese di origine dal momento che le cause ostative al rimpatrio o sussistono, in virtù del sistema legale, del costume sociale o del modello culturale dominante e tollerato, quando non promosso dalle agenzie pubbliche, o non scatta il divieto.

Ulteriore spazio applicativo per l'operatività del divieto può riscontrarsi quando lo status è escluso per la concomitanza di cause impeditive od ostative al suo riconoscimento o dall'intervenuta revoca dovuta proprio all'accertamento positivo di una di esse (artt. 10 e 13 d.lgs n. 251 del 2007 e successive modificazioni).

4.2 L'art. 19 c.1.1 prima parte.

Nella norma è contenuto il divieto di respingimento e di espulsione verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani.

La prima parte dell'art. 19 c.1.1 contiene alcune peculiari estrinsecazioni del divieto di *refoulement* che si possono distinguere in due categorie. La prima riguarda il rischio di essere sottoposta a tortura od a trattamenti inumani e degradanti. La previsione ricalca in parte l'art. 14 lettera b) d.lgs. n. 251 del 2007, in relazione al rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti e, conformemente al c.1 completa il quadro della tutela delle situazioni che, astrattamente riconducibili alla protezione sussidiaria, sono concretamente non riconducibili ad essa per la sopravvenienza di cause ostative o di revoca (artt.16 e 18 d.lgs. n. 251 del 2007 e successive modificazioni). La seconda, relativa alla tortura, è stata introdotta con la legge n. 110 del 2017 di attuazione della Convenzione ONU contro la tortura del 10/12/84 ed entrata in vigore il 27/6/87. L'innovazione rispetto al sistema preesistente della protezione umanitaria può apparire marginale, non potendosi dubitare della riconducibilità piena dell'esposizione al rischio della tortura tra le gravi violazioni dei diritti umani che impongono l'applicazione del principio di non *refoulement*, ai fini del riconoscimento del diritto ad un permesso umanitario ex art. 5 c.6 previgente. Deve, tuttavia, sottolinearsi che, con l'abrogazione piena dell'art. 5 c.6 intervenuta con il d.l. n. 113 del 2018, ancorché contenuta in un ambito temporale molto stretto, tenuto conto dell'inapplicabilità immediata nei procedimenti pendenti e della successiva modificazione ex d.l. n. 130 del 2020, il richiamo contenuto nell'art. 19 c.1.1 alla sistematica violazione dei diritti umani, ha consentito di accogliere una nozione non restrittiva della tortura con riferimento a metodologie d'intervento dei pubblici poteri su cittadini per ragioni di sicurezza ed a riconoscere la violazione grave dei diritti umani come una delle forme di vulnerabilità meritevoli di tutela, anche in mancanza di una clausola generale ampia come quella contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 5 c. 6 ("i seri motivi di carattere umanitario").

L'ulteriore e più rilevante innovazione normativa proviene dall'interpolazione dell'art. 19, c.1.1., prima parte, dettata dal d.l. n. 130 del 2020 e riguarda l'espresso richiamo agli obblighi di cui all'art. 5, c.6 ovvero gli obblighi costituzionali ed internazionali che il nuovo decreto ha ripristinato, dopo l'espunzione effettuata dal precedente d.l. n. 113 del 2018. Obblighi che, come ricordato dal Presidente della Repubblica nella lettera con la quale è stata accompagnata l'emanazione del decreto "pur se non espressamente richiamati nel testo normativo restano fermi così come quanto direttamente disposto dall'art. 10 Cost., e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

L'applicazione del principio di non *refoulement* in virtù del puntuale richiamo agli obblighi costituzionali ed internazionali contenuto nella prima parte del c.1. dell'art. 19

consente di individuare situazioni di vulnerabilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle che verranno esaminate in relazione alla seconda parte del medesimo comma. Assumono autonomo rilievo le condizioni soggettive vissute nei paesi di transito e la violazione di diritti fondamentali che ricevono tutela rafforzata in virtù dell'adesione del nostro paese a Convenzioni Internazionali specifiche quali quella, già esaminata, sulla tortura, quella sulla disabilità (Convenzione Onu 13 dicembre 2006 ratificata con l.n. 18 del 2009) quella sulle violenze di genere (Convenzione d'Istanbul 11 maggio 2011, ratificata con l. integrata dalla griglia dei diritti inviolabili stabiliti nella Costituzione. La ricognizione, necessaria al giudice della protezione internazionale, conduce ad una catalogazione aperta ma non indeterminata dell'applicazione del divieto in relazione al rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali).

La esemplificazione concreta di situazioni di vulnerabilità desumibili dagli obblighi costituzionali ed internazionali può risultare utile per evidenziarne la peculiarità rispetto alla più ampia gamma di situazioni ricavabili dal paradigma normativo contenuto nel c.1, seconda parte.

Una prima ipotesi riguarda chi ha subito torture o trattamenti inumani e degradanti in un paese di transito, come la Libia. Ove sia stato assolto l'onere allegativo specifico consistente nella descrizione puntuale dei trattamenti subiti e nella eventuale documentazione delle conseguenze sul proprio corpo, l'organo decidente deve verificare attraverso le COI (Country of Origin Information) la effettiva esistenza, frequenza, diffusività di trattamenti nel paese di transito assimilabili a quelli descritti. Il riscontro positivo espone il richiedente ad una condizione di grave vulnerabilità dovuta alla lesione dei diritti umani tutelati oltre che dall'art. 3 Cedu, dalla specifica Convenzione ONU sulla tortura. La valutazione del giudice in questa ipotesi, deve incentrarsi sulla vulnerabilità del soggetto. Tanto più è grave la modalità e la durata dei trattamenti subiti tanto più questo accertamento contiene ed esaurisce il requisito della vulnerabilità e non occorre allegazione e prova di fatti costitutivi primari o secondari ulteriori o riguardanti il paese di rientro (diverso da quello di transito). L'onere di allegazione e prova riguarda l'aver subito torture o trattamenti inumani e degradanti che abbiano caratterizzato la permanenza nel paese di transito. La gravità del vulnus trova fondamento nella violazione del sistema costituzionale multilivello di tutela dei diritti umani che il nostro paese è obbligato a rispettare e al quale assoggettato in via generale, per effetto dell'art. 10 Cost. Il sistema convenzionale di tutela dei diritti umani entra, in sede di accertamento del diritto, costituisce uno dei parametri valutativi della ai fini del riconoscimento della protezione fondata sull'applicazione del principio di non refoulement.

Ove, invece, il rischio riguardi anche il paese di rientro, la tipologia di protezione applicabile è la protezione sussidiaria se non sussistono cause ostative. Ove ve ne fossero deve essere riconosciuta la protezione complementare per le ragioni sopra svolte.

La tortura e la violenza sessuale assorbono la valutazione di vulnerabilità ove siano allegati fatti concreti. Nessun altro fatto costitutivo è richiesto né nel regime antevigente (art. 5 c.6. originario) né in quello attuale. L'allegazione di aver subito violenza sessuale anche se non collocabile nel quadro della tratta o o di una situazione

di persecuzione determinata da discriminazioni o violenze di genere, determina il riconoscimento della protezione complementare. La Convenzione d'Istanbul al pari di quella sulla tortura fornisce il supporto necessario per ritenere assorbente l'allegazione di una subita violenza sessuale, in sé così gravemente lesiva della dignità e della libertà femminile da non richiedere altro che una valutazione di credibilità soggettiva fondata sui criteri UNCHR. Ove ricorra questo requisito, si ravvisa una condizione di vulnerabilità sia se risalente al periodo vissuto nel paese di transito specie se collocabile in uno stato di detenzione e coercizione, sia se riferita al paese di origine. Il principio è stato affermato nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 30402 del 2021 e n. 676 del 2022 ancorché nella piena vigenza dell'art. 5, c.6 d.lgs n. 286 del 1998 proprio con riferimento alla allegazione dell'esercizio della prostituzione senza prova di tratta. Oltre alle fonti convenzionali a sostegno della situazione di vulnerabilità dovuta alla grave compromissione della libertà e dignità personale della richiedente è stata richiamata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 141 del 2019 nella quale è stato affermato che l'esercizio della prostituzione a fini di reddito non può rientrare nella libertà di scelta ex art. 41 Cost. Il nostro sistema normativo (anche penale) ed assiologico si fonda su una nozione di libertà e dignità femminile che è incompatibile con la libertà di prostituirsi. Per il cittadino straniero disabile soggetto a stigma ed a discriminazione sociale e relazionale, ancorché non legislativa, può ugualmente essere riconosciuta una situazione di vulnerabilità tutelabile in virtù dell'obbligo di rispettare la Convenzione Onu sulla disabilità ove tale condizione soggettiva non sia contestabile e le allegazioni sulla lesione della dignità personale subita a causa dei comportamenti sociali siano credibili. Non è necessario che vi siano discriminazioni legislative o condotte ingiustificatamente compressive provenienti da organi statuali. Le C.O.I. possono avere ad oggetto la verifica del contesto sociale e culturale come descritto dal richiedente.

La lettura sistematica della prima parte del c.1 dell'art. 19 conduce al riconoscimento della protezione complementare quando siano accertate gravi lesioni dei diritti umani sia se subite nel paese di transito (tortura e trattamenti inumani e degradanti) sia se rientranti nelle violenze di genere ovunque subite (anche se non cessate nel paese di accoglienza oltre che in quello di transito e pur in mancanza dell'applicazione del regime protettivo antitratta) sia derivante da un pregiudizio sociale e culturale radicato nel paese di origine (handicap) ove allegato specificamente e eventualmente integrato da COI. Sono tutte situazioni di vulnerabilità per le quale opera il divieto di *refoulement* in virtù degli obblighi costituzionali e internazionali, desumibili, nella specie, dalle singole Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani.

4.3. Il c.1.1 seconda parte.

Il c.1.1 seconda parte contiene l'innovazione più incisiva introdotta dal d.l. n. 130 del 2020. E' espressamente prevista l'applicazione del principio di non *refoulement* e conseguentemente il divieto di respingimento ed espulsione ove si determini *“una*

violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine”.

Da un punto di vista casistico soccorre la stratificazione dei precedenti di legittimità che si sono sviluppati dopo che, con la sentenza n. 4455 del 2018, le condizioni d'integrazione relazionale, sociale e lavorativa sono state ritenute, parte integrante della valutazione della vulnerabilità del richiedente, ancorché in comparazione con un giudizio prognostico relativo alla situazione di deprivazione dei diritti umani del paese di origine al momento del rientro. Il principio di diritto è stato puntualizzato con la recente pronuncia delle S.U. 24413 del 2021, con riferimento alla formulazione antecedente dell'art. 5, c.6 d.lgs n. 286 del 1998. Tuttavia, il profilo innovativo più significativo, risultante dalla nuova formulazione dell'art. 19, c.1.1. riguarda proprio la valutazione comparativa che rimane un cardine, ancorché nelle forme attenuate indicate nelle S.U. 24413 del 2021 in relazione al paradigma normativo fotografato nell'art. 5 c.6 antecedente, ma assume una rilevanza del tutto secondaria nell'accertamento della protezione complementare e, alla luce dell'esegesi letterale della norma non determina alcun onere allegativo specifico a carico del richiedente. L'esame dei legami familiari culturali o sociali con il Paese di origine costituisce elemento di “valutazione” del grado di radicamento allegato, non ulteriore fatto costitutivo del diritto di cui si chiede il riconoscimento. Si tratta di un profilo rilevante rispetto alla concreta articolazione del principio dispositivo e degli oneri allegativi. Non è necessario allegare specificamente di aver reciso i legami con il proprio paese di origine e di non poter contare su legami familiari od allegare che le condizioni politico sociali del paese non consentirebbero il raggiungimento dell'obiettivo minimo di un'esistenza dignitosa. L'onere allegativo si concentra sulla situazione di radicamento ed integrazione conquistata nel nostro paese così da porre in luce le conseguenze, in termini di lesione dei diritti umani, di una sopravvenuta mancanza delle condizioni attualmente raggiunte. La contestuale situazione di sradicamento nel paese di origine (o il suo contrario) costituisce una valutazione che può richiedere l'esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice da attivarsi anche mediante l'audizione od acquisizioni COI, centrate tuttavia, sulle ragioni di radicamento ed integrazione allegate e non genericamente sul quadro normativo generale sulla tutela dei diritti umani. Alla luce del nuovo regime giuridico non può escludersi il diritto perché la parte non ha allegato specificamente di non avere legami nel proprio paese. Si tratta di un accertamento rimesso al giudice perché conformativo, limitativo od eliminativo del diritto ma non costitutivo dello stesso. Sotto questo profilo il nuovo regime appare diverso da quello antecedente perché un residuo onere allegativo anche relativo alle condizioni soggettive ed oggettive nel paese di origine deve essere assolto ancorché correlato alla ragione di radicamento (S.U. 24413 del 2021).

5. Il procedimento davanti al Questore.

L'art. 19, comma 1.2, del d.lgs n. 286 del 1998 consente di proporre la domanda volta ad ottenere il rilascio di un permesso, denominato "per protezione speciale" direttamente al Questore ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale. La previsione ha la funzione di semplificare l'accesso a queste tipologie di titoli di soggiorno per tutti i cittadini stranieri che non ritengono di poter richiedere le cd. protezioni maggiori (rifugio politico e protezione sussidiaria) con correlato decongestionamento delle sezioni specializzate per l'immigrazione. L'efficacia di questo procedimento semplificato è strettamente correlata all'articolazione della fase iniziale di ricezione della domanda da parte dell'autorità di pubblica sicurezza ed alle condizioni di ricevibilità ed ammissibilità di essa. Può escludersi che possa essere allegata una sola condizione di vulnerabilità tra quelle indicate dalla norma di riferimento (art. 19 c.1.1) mentre può essere svolta una fase di preistruttoria procedimentale, fermo restando che il potere istruttorio della Commissione territoriale competente ad esprimere il parere non subisce limitazione e deve, ove necessario, estendersi all'audizione del richiedente, trattandosi di un parere vincolante che l'autorità che emana il provvedimento finale non può disattendere. La potestà amministrativa in questo procedimento è rigidamente vincolata e, nell'ipotesi di valutazione difforme fondata su elementi fattuali o requisiti giuridici, si ritiene che possa essere richiesta un'integrazione del parere già espresso solo in presenza di sopravvenienze. Il permesso rilasciato dal Questore, contrariamente ad un'interpretazione che si è affacciata nelle prime applicazioni da parte delle autorità di polizia, è convertibile in permesso di lavoro, analogamente a tutte le forme di protezione complementare previste dal legislatore. La soluzione proposta si fonda sulla analisi sistematica delle norme.

L'art. 19 c.2 aggiunge un binario semplificato per richiedere il permesso di soggiorno per tutte le ipotesi contemplate dall'art. 19 c.1.1. Come già osservato la potestà del Questore non è discrezionale, dovendosi fondare la decisione sul parere vincolante della Commissione. I requisiti giuridici sono identici e la decisione si fonda sui medesimi presupposti di fatto. Non si ravvisa alcuna giustificabile ratio per escludere la convertibilità in permesso di lavoro solo perché la domanda è stata rivolta al Questore invece che alla Commissione territoriale in prima battuta, essendo identico anche il procedimento di riesame giurisdizionale, alla luce della disciplina giuridica attuale (procedimento sommario collegiale ed impugnazione con ricorso per cassazione).

La differenza di tutela può giustificarsi soltanto per ragioni testuali ma di carattere formalistico: l'art. 32 c.3 collega la convertibilità all'accertamento delle condizioni per il rilascio del permesso nel giudizio davanti la Commissione territoriale ma anche nel procedimento davanti al questore la Commissione adotta un parere vincolante relativo alle medesime condizioni ed il questore rilascia la medesima tipologia di permessi. Altro argomento testuale è quello relativo al permesso per cure mediche che pure può essere rilasciato direttamente dal Questore con richiesta diretta oppure emesso dal Questore su rimessione della Commissione territoriale. Per questo permesso è espressamente

prevista la convertibilità. Il mancato riferimento espresso alla convertibilità, per i permessi diversi da quelli per cure mediche, risulta tuttavia un argomento superabile alla luce dell'interpretazione complessiva del sistema e alla piena applicazione del canone dell'interpretazione integrativa, senza dover ricorrere al più complesso criterio dell'applicazione analogica.

6. Il c.3.2 dell'art. 32 d.lgs n. 25 del 2008: una norma di difficile lettura ed incerta applicazione.

È stato previsto nell'art. 32, c.3 d.lgs n. 25 del 2008 che nel caso in cui la domanda di protezione internazionale non sia accolta e nel corso del procedimento emergano i presupposti di cui all'art. 31, c.3, d.lgs n. 25 del 2008 la Commissione territoriale informi il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competente "per l'eventuale attivazione di misure di assistenza in favore del minore".

La norma è di disagiata lettura e non se ne comprende l'ambito di applicazione. La Commissione territoriale ha cognizione piena sulla riconducibilità delle allegazioni del richiedente la protezione complementare nell'ambito del diritto alla vita familiare. Ampia è anche la giurisprudenza di legittimità al riguardo (tra le più recenti n. 1347 del 2021) in particolare quando il nucleo familiare si componga anche di figli minori. Il potere di accertamento delle autorità amministrative e giurisdizionali che valutano una domanda volta al riconoscimento del diritto alla protezione complementare fondata sul diritto alla vita familiare derivante dall'avere con sé figli minori, non subisce né ha mai subito limitazioni (anche nella protezione umanitaria). La cognizione sulla natura ed effettività del radicamento familiare è piena e non si ravvisa alcuna ragione connessa alla competenza specializzata del Tribunale per i minorenni per giustificare la trasmissione della domanda formulata alla Commissione territoriale anche in relazione alla diversità del procedimento e degli organi giurisdizionali competenti. Deve, di conseguenza, escludersi che l'informazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e la trasmissione in funzione dell'assistenza dei minori possano determinare un mutamento dei presupposti per il riconoscimento del diritto e del giudice competente. Peraltro il permesso ex art. 31, c.3 d.lgs n. 286 del 1998 si fonda su requisiti autonomi, fondati sull'accertamento del grave disagio psico fisico del minore determinato dall'allontanamento di uno dei genitori. Una condizione peculiare che solo ove possa essere specificamente ed esclusivamente allegata giustifica la richiesta. Le due forme di tutela, la prima fondata sul radicamento familiare, l'altra sullo specifico diritto del minore, in condizioni particolari, a non essere allontanato definitivamente dal genitore, sono concorrenti e possono essere contestuali, non essendo in posizione di pregiudizialità né logica (comunque non rilevante sul piano processuale) né tecnica. Il diritto alla vita familiare ha natura più ampia rispetto ai più stringenti requisiti previsti per l'applicazione dell'art. 31 c.3. Quest'ultima è una norma introdotta ad esclusiva tutela del minore e presuppone che il genitore od i genitori non

possano richiedere nessun altro titolo di soggiorno. I due procedimenti possono coesistere e non interferiscono l'uno con l'altro. La convertibilità in permesso di lavoro è inoltre prevista per entrambi. Non c'è alcuna ragione, se non di limitazione della tutela del richiedente, nella prevista trasmissione se destinata al trasferimento della domanda ad altra autorità. E' pur vero che il procedimento ex art. 31, c.3 prevede anche il grado d'appello, ma l'accertamento rimesso al Tribunale per i minorenni si fonda comunque su requisiti ben più rigidi mentre, al contrario, nel procedimento relativo alla protezione complementare, in caso di rigetto davanti alla Commissione, o di diniego del Questore, possono essere allegate ragioni di radicamento o vulnerabilità integrative o diverse da quelle formulate nella richiesta originaria. L'applicazione, peraltro attenuata, del principio dispositivo, davanti all'autorità giurisdizionale non opera retroattivamente. Nella fase precedente, di natura amministrativa non possono determinarsi preclusioni, né in punto di mutatio libelli né sotto il profilo delle allegazioni istruttorie. Nel giudizio davanti al tribunale di riesame della decisione della Commissione e ancora di più del provvedimento del Questore, non c'è vincolo preclusivo rispetto alla prospettazione precedente. Al contrario il giudizio ex art. 31, c.3 d.lgs n. 286 del 1998 ha un grado in più ma soggiace alle regole processuali tipiche del sistema ordinario delle impugnazioni, con la conseguente progressiva riduzione delle facoltà allegative e probatorie già nei gradi di merito.

Al riguardo deve evidenziarsi che la giurisprudenza di legittimità, pur in un quadro normativo che non prevedeva la norma in esame, aveva affermato nella pronuncia n. 32237 del 2021 che la condizione del richiedente che conviva in Italia con moglie e figlio minore, rientra tra i presupposti della protezione umanitaria, non valendo ad escluderlo il disposto dell'art. 31, terzo comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, quando uno dei fattori valorizzati dal richiedente sia proprio il legame familiare con i figli minori, tenuto conto della elasticità dei parametri entro i quali si muove la protezione umanitaria. La norma può avere una funzione positiva ove miri soltanto a rafforzare la tutela del minore, introducendo un onere di segnalazione di situazioni di particolari criticità.

7. La protezione complementare: qualificazione giuridica del diritto.

Sulla natura giuridica del diritto al riconoscimento della protezione complementare non si riscontra unanimità in giurisprudenza, in particolare in relazione alla qualificazione giuridica di esso come diritto autodeterminato od eterodeterminato. La protezione complementare al pari dell'umanitaria, alla quale per espressa voluntas legis si sostituisce, ha natura giuridica di diritto fondamentale della persona, appartenente, come già rilevato in sede di definitiva individuazione della giurisdizione nel 2009 (ord.19393 del 2009), alla categoria dei diritti umani. Al pari degli altri diritti fondamentali della persona, i diritti riconducibili al diritto costituzionale d'asilo ed a quello convenzionale fondato sul divieto di non refoulement hanno natura di diritti assoluti. Ciò non esclude ai fini del loro riconoscimento l'accertamento dei fatti

costitutivi previsti dal paradigma normativo né che essi non possano essere condizionati ad un giudizio di bilanciamento con interessi di natura pubblicistica rispetto ai quali, possano recedere, nel rispetto dei criteri di necessità, pertinenza e proporzionalità del mezzo al fine, così come mutuati dalla giurisprudenza EDU. Questa è una caratteristica comune a tutti i diritti assoluti, anche al diritto di proprietà ma non ne muta la natura giuridica. Si tratta di diritti la cui individuazione prescinde dal titolo di acquisto e l'accertamento giudiziale ha natura dichiarativa (S.U.29459 del 2019; Cass 4890 del 2019, in tema di protezione umanitaria). Tale natura giuridica non muta, pertanto, in relazione alla protezione complementare, sia perché come la protezione umanitaria, rientra nell'ambito dei diritti umani, avendo a fondamento gli "obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato", sia perché secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016; 19176 del 2020) e ribadito costantemente, la protezione umanitaria (ed ora la protezione complementare) concorre ad attuare senza la necessità di un'ulteriore mediazione del legislatore ordinario il diritto d'asilo costituzionale. Non sposta la qualificazione giuridica il fatto che l'accertamento del diritto debba svolgersi all'attualità e che si possano integrare i fatti allegati fino all'udienza camerale di discussione davanti al Tribunale perché le sopravvenienze fattuali non mutano la natura giuridica del diritto, come invece accade per un diritto obbligatorio a carattere relativo del quale si intenda mutare in corso di causa il titolo. I profili di vulnerabilità che rientrano nelle fattispecie astratte disegnate dalle norme possono essere integrati anche oltre gli atti introduttivi ed anche nei gradi successivi del procedimento, salvo il giudizio di legittimità. Se le condizioni dell'azione, nei diritti autodeterminati (ovvero i fatti costitutivi del diritto) possono sopravvenire in corso di causa (si richiama, al riguardo, Cass. 7466 del 2020 relativa a domanda di risarcimento del danno da occupazione illegittima caratterizzata dalla perdita della proprietà intervenuta in corso di causa) non può escludersi che in relazione a diritti assoluti quali i diritti umani, ove vi sia la previsione normativa espressa dell'accertamento all'attualità (comune anche alle protezioni maggiori) non possano integrarsi in corso di causa i fatti idonei a qualificare uno o l'altro diritto al soggiorno azionato o non si possa pervenire al riconoscimento del diritto sulla base dell'accertamento di fatti diversi da quelli indicati nell'atto introduttivo del procedimento amministrativo e del giudizio. Per la protezione complementare che si fonda su una pluralità di condizioni di vulnerabilità, normativamente indicate in forma elastica e non rigidamente predeterminata, la conclusione è ancora più univoca.

Le conclusioni sopra svolte, tuttavia, non incidono sulla necessaria articolazione del principio dispositivo che caratterizza il sistema delle impugnazioni nel complesso procedimento relativo al riconoscimento della protezione complementare ed umanitaria.

La natura auto od eterodeterminata del diritto non sposta il quadro procedimentale e processuale all'interno del quale si iscrive l'accertamento di questi diritti fondamentali della persona: davanti la Commissione territoriale non vi è necessità di articolare domande giuridicamente sussumibili in precise categorie di diritti e, conseguentemente, deve escludersi che maturino limitazioni allegative endo procedimentali;

davanti alla sezione specializzata del Tribunale le conseguenze in termini di determinazione della domanda derivante dalla natura auto o etero determinata sono marginali. Opera il principio dispositivo nel senso che il giudice decide nei limiti della domanda ma non opera, peraltro come in tutti i procedimenti civili, il vincolo del *nomen iuris* indicato dalla parte. La limitazione del *devolutum* è data dai fatti allegati, non dalla loro qualificazione giuridica, rimessa all'autonoma determinazione del giudice. Ne consegue che, davanti al Tribunale, ove i fatti allegati possono portare all'esame della protezione complementare, pur non espressamente richiesta, è necessario affrontare nell'audizione i profili fattuali relativi a questa tipologia di permesso di soggiorno e attivare il dovere di cooperazione istruttoria nell'ipotesi in cui sia allegata una situazione di vulnerabilità, legata, ad esempio, a condizioni sanitarie o climatiche o di effettiva instabilità politica o sociale. Ugualmente oggetto dell'autonomo potere di accertamento del giudice è l'esistenza di legami familiari e sociali, come già osservato nei paragrafi che precedono, attraverso l'audizione del richiedente, dal momento che il nuovo art. 19 c.1.1 non richiede più come per il riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria, secondo il recente approdo delle S.U. n.24413 del 2021, una valutazione comparativa desumibile dalla prospettazione e deduzione dei fatti da parte del richiedente, ma rimette al giudice del merito l'accertamento relativo alla situazione nel paese di origine, o alla controparte costituita, trattandosi di fatti sostanzialmente impeditivi, così come quello riguardante il limite, oggetto del bilanciamento voluto dal legislatore, derivante dalla pericolosità per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale.

In conclusione, il giudizio di merito subisce ben poche limitazioni rispetto ai poteri allegativi delle parti e al dovere di cooperazione istruttoria del giudice, sia in virtù del modello camerale del tutto destrutturato sia in virtù della natura del diritto e del peculiare regime di articolazione degli oneri probatori ad esso propri.

Al contrario, davanti la Corte di Cassazione, trattandosi di un giudizio a critica vincolata e di mera legittimità, il principio dispositivo trova la sua massima espansione, essendo il sindacato della Corte limitato ai motivi di ricorso, salva la facoltà d'interpretarne il contenuto al di là della rubrica, ancorché errata senza possibilità di mutare l'oggetto del ricorso. Solo limitatamente a questo aspetto si dissente da Cass. 8819 del 2020, nel senso che il principio così massimato:” *In materia di protezione internazionale, il giudice del merito è tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere una delle forme di protezione previste dalla legge, qualora i fatti storici allegati risultino pertinenti, a prescindere dalle istanze formulate dalla parte, trattandosi di giudizi relativi a domanda autodeterminata, avente ad oggetto diritti fondamentali, in relazione alla quale non ha importanza l'indicazione precisa del "nomen iuris" del tipo di protezione invocata, ma esclusivamente la prospettazione di situazioni concrete che consentano di configurare lo "status" di rifugiato o la protezione sussidiaria (ed umanitaria n.d.r.) Non rileva, di conseguenza, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata.*” non può trovare ingresso nel giudizio di legittimità non potendo essere esaminate tipologie di protezione non contenute nei motivi, ferma restando la piena adesione al principio della comparazione

attenuata, per alcune condizioni di grave vulnerabilità, confluito nei principi stabiliti dalle S.U. 24413 del 2021.

8. Protezione umanitaria e complementare: i principi applicabili ad entrambe le forme di protezione.

I principi elaborati della giurisprudenza di legittimità in tema di protezione umanitaria ed in particolare, la individuazione e selezione delle condizioni di vulnerabilità rientranti nei “seri motivi di carattere umanitario” indicati nell’art. 5 c.6 previgente, hanno fortemente influenzato l’intervento successivo del legislatore. In particolare devono essere segnalati gli orientamenti che, sulla base della pronuncia delle S.U. 24413 del 2021, hanno individuato le condizioni di radicamento sociale e relazionale idonee a formulare una positiva valutazione delle condizioni di riconoscimento del diritto. Si è stabilito (Cass. n. 465 del 2022) che lo sradicamento nel paese di origine deve essere fondato sulla *“constatazione che il ritorno nel paese d’origine renda probabile un significativo scadimento delle sue condizioni di vita privata e/o familiare, tale da recare un “vulnus” al diritto riconosciuto dall’art. 8 della Convenzione EDU”* a fronte di *“un apprezzabile grado di integrazione socio lavorativa”*, coerentemente con l’autonomia dei requisiti della protezione umanitaria rispetto alle protezioni maggiori, si è consolidato il principio dell’irrelevanza della credibilità soggettiva (Cass. n. 41778 del 2021). Il diritto alla vita familiare da porre a base del diritto azionato è stato ritenuto meritevole di tutela anche in relazione ad una stabile relazione con una donna italiana ancorché non convivente (Cass. 34096 del 2021) nonché nella necessità di accudire, educare ed assistere i figli minori (Cass. 32237 del 2021) ed, infine nel ricongiungimento del figlio maggiorenne con la madre soggiornante regolarmente in Italia, in mancanza di legami affettivi e socio culturali nel paese di origine (Cass. 23720 del 2020). E’ stata riconosciuta rientrante nell’ambito della tutela della vita familiare ex art. 8 Cedu, la posizione della madre straniera con figlio minore in età già scolare ancorché residente in un centro di accoglienza ove sia accertata la condizione di radicale mancanza di sostegni e legami con il paese di origine (Cass. 677 del 2022). In relazione al fenomeno della tratta, pur in mancanza di una situazione di esposizione a rischio di atti persecutori attuali, la protezione umanitaria è stata riconosciuta all’esito dell’accertamento della vicenda storica della tratta valutando la situazione d’integrazione raggiunta in Italia, e *ponendo particolare attenzione al fatto che le violenze subite possono essere state fortemente traumatiche e idonee ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona, nonché sulla sua capacità di reinserirsi socialmente in caso di rimpatrio, preservando le inalienabili condizioni di dignità umana.* (Cass. 676 del 2022). Costituisce, infine, principio definitivamente consolidatosi dopo che le S.U. n. 24413 del 2021 quello del rilievo allegativo e probatorio della documentazione lavorativa ai fini della complessiva valutazione del grado d’integrazione. Al riguardo è stato affermato che il giudice non può omettere di esaminare, e ne deve dare conto nella motivazione, la documentazione ritualmente prodotta dal richiedente relativa all’esistenza di un rapporto di lavoro a tempo

indeterminato, in quanto tali documenti costituiscono un fatto storico rilevante in ordine all'integrazione del richiedente in Italia che, in quanto tale, è astrattamente idoneo a configurarsi come decisivo nella comparazione con la situazione nel Paese di origine (Cass. 32372 del 2021).

9. Quadro sinottico della stratificazione temporale delle novità normative.

Il legislatore ha pianificato, con una specifica disciplina transitoria, la vigenza del nuovo regime giuridico relativo alla protezione complementare. La data della domanda amministrativa e l'organo presso il quale il procedimento pende costituiscono i criteri che determinano il confine temporale dell'applicabilità del d.l. n. 130 del 2020.

Se la domanda amministrativa è stata proposta prima del 5/10/2018, la nuova disciplina normativa della protezione complementare si applica nei procedimenti pendenti davanti alle Commissioni territoriali, ed alle sezioni specializzate del Tribunale. Davanti alla Corte di Cassazione ed al tribunale ma soltanto in sede di rinvio ex art. 384 c.p.c. trova applicazione il testo originario dell'art. 5 c.6. Manca un'espressa previsione per i procedimenti pendenti davanti alle Corti d'Appello, ma, salvo patologie nell'applicazione delle norme processuali in tema di competenza e di rito, può escludersi che si possa porre concretamente il problema dell'applicazione del regime restrittivo introdotto con il d.l. n. 113 del 2018. Si ritiene che, trattandosi di giudizio impugnatorio, possa applicarsi il medesimo trattamento legislativo adottato per la Corte di Cassazione.

Per le domande proposte tra il 5/10/2018 e il 21/10/20 e solo limitatamente ad esse, secondo la disciplina transitoria, il regime restrittivo voluto dal d.l. n. 113 del 2018 dovrebbe essere applicabile soltanto per i giudizi pendenti davanti la Corte di Cassazione e davanti alla sezione specializzata del Tribunale in sede di rinvio, oltre che davanti le Corti d'Appello, ma, come si è già osservato, dovrebbe trattarsi di ipotesi scolastiche, mentre si applica il nuovo regime introdotto con il d.l. n. 130 del 2020 per i procedimenti pendenti davanti le Commissioni territoriali e le sezioni specializzate davanti al Tribunale. La vigenza del nuovo sistema della protezione complementare diventa omogenea per tutte le fasi del procedimento per le domande proposte dal 22/10/2020 data di entrata in vigore del d.l. stesso.