Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’art. 19 D.lgs 286/98 alla luce delle modifiche introdotte dal D.L. 130/2020 conv. nella L. 137/2020. Questioni controverse poste dall’attuale formulazione dell’art. 19, comma 1.1., d.lgs. 286/98, tra divieto di *refoulement* assoluto e relativo. – 2.1. Esigenza di tutela del diritto alla vita privata e familiare. – 2.2. Possibili criticità in fase giurisdizionale. – 3. Il comma 2 dell’art. 19 D.lgs 286/98. – 4. Respingimenti. – 5. La pandemia e la giurisprudenza delle Sezioni specializzate.

1. Premessa.

L’art. 2 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 riconosce allo straniero «*presente alla frontiera o nel territorio dello Stato*» i diritti fondamentali della persona, così come previsti dalle norme nazionali, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

Le disposizioni contenute nell’art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 hanno la finalità di tutelare efficacemente i diritti fondamentali prevedendo, oltre al divieto di espulsione, il divieto di respingimento applicabile anche a coloro che non hanno ancora avuto la possibilità di proporre domanda di protezione o che non hanno intenzione di presentarla. Esse pertanto devono essere rispettate anche nell’attività di contrasto dell’immigrazione irregolare.

L’espressione “*divieto di refoulement*”, alle condizioni che vedremo, ricomprende due distinte situazioni ovvero il divieto di allontanare chi si presenta alla frontiera chiedendo accoglienza e non abbia ancora fatto ingresso sul territorio nazionale e il divieto di allontanare lo straniero già presente sul territorio nazionale.

2. L’art. 19 D.lgs 286/98 alla luce delle modifiche introdotte dal DL 130/2020 conv. nella L. 137/2020.

Il comma 1 del d.lgs. n. 286 del 1998 (“*In nessun caso può disporsi l’espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*”), come noto, recepisce il divieto di *refoulement* previsto dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Pur esprimendo un principio di carattere generale, avrà un'applicazione diretta residuale, in presenza delle condizioni indicate, con il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale solo nei seguenti casi:

a) A coloro che si trovano sul territorio (o che sono in procinto di entrare) ma non hanno presentato domanda di protezione internazionale (nel duplice senso che non l'hanno ancora presentata o non hanno intenzione di presentarla);

b) A coloro che, pur in astratto meritevoli della protezione internazionale nella forma del rifugio, ricadono nelle cause di esclusione (art. 10 decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251) o diniego (art. 12 d.lgs. cit.) dello status di rifugiato.

Detta una regola imperativa e non è bilanciabile con altre esigenze come, ad esempio, la pericolosità. Gli interessi pubblici dello Stato vengono comunque in considerazione nel senso che impediscono di riconoscere una protezione maggiore ma non consentono in nessun caso l'allontanamento dello straniero a rischio di persecuzione.

L'art. 6, comma 1 bis, d.lgs. n. 286 del 1998 prevede la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ove ne ricorrano i requisiti, del *“permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli 10, comma 2, 12, comma 1, lettere b) e c), [...] del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”*. Da cui si desume, al contrario, la convertibilità in tutti gli altri casi in cui venga rilasciato un permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi del primo comma dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. In altre parole - esclusi i casi di cittadini stranieri pericolosi astrattamente beneficiari dello status di rifugiato, cui venga riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale a seguito della presentazione di una domanda di protezione internazionale - le ipotesi residue potrebbero riguardare riconoscimenti della protezione speciale da parte del Questore quando ritenga l'insussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno richiesto in presenza delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 oppure riconoscimenti da parte dell'autorità giudiziaria investita di un ricorso avverso un diniego di rilascio di permesso di soggiorno di altro tipo, in cui, esclusa la sussistenza delle condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno richiesto, venga allegato e ritenuto il rischio di persecuzione per uno dei motivi elencati.

Il comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, come novellato ad opera del decreto legge 21 ottobre 2020, n.130 conv. con modificazioni nella legge 18 dicembre 2020, n. 173, disciplina ipotesi di non respingimento molto diverse tra loro. Come è evidente dal dato testuale, esso parrebbe contenere un cumulo di ipotesi di divieto assoluto di respingimento e di divieto cosiddetto “relativo”, in cui è possibile un bilanciamento con altre esigenze.

Procediamo con ordine.

La prima parte del comma 1.1. così recita: *“Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora*

esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti 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?. Essa disciplina, a sua volta, due diverse situazioni di *non refoulement*: qualora esistano fondati motivi di ritenere che la persona rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti; qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Non contempla i seri motivi di carattere umanitario.

Detta, stando al tenore testuale, una regola imperativa ovvero un divieto di *refoulement* assoluto – salvo quanto si dirà nel prosieguo – non bilanciabile con altre esigenze (ad esempio, la pericolosità).

Anche in questo caso, come abbiamo visto per il comma 1 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, la norma, pur esprimendo un principio di carattere generale, avrà un'applicazione diretta con il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, in presenza dei requisiti previsti, nei seguenti quattro casi:

a) A coloro che si trovano sul territorio (o sono in procinto di entrarvi) ma non hanno presentato domanda di protezione internazionale (nel duplice senso che non l'hanno ancora presentata o non hanno intenzione di presentarla);

b) A coloro che, pur in astratto meritevoli della protezione internazionale, ricadono nelle cause di esclusione della protezione sussidiaria; anche qui, come nell'ipotesi che abbiamo visto per il rifugio, gli interessi pubblici (ad esempio, la pericolosità) vengono comunque in considerazione nel senso che impediscono di riconoscere una protezione maggiore (la protezione sussidiaria, v. art. 16 d.lgs. n.251 del 2007) ma non consentono in nessun caso l'allontanamento dello straniero a rischio di tortura o a trattamenti inumani o degradanti;

c) A coloro che, non meritevoli della protezione sussidiaria, non possano essere espulsi (o respinti) in quanto esistono fondati motivi di ritenere che rischino di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

Si tratta ora di comprendere la differenza tra la previsione della protezione sussidiaria, riconoscibile quando sussistono “...*fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese d'origine [...], correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno*” (cfr. art. 2, lett. g), d.lgs. n. 251 del 2007), tra cui la “*tortura o altro trattamento inumano o degradante*” come descritto dall'art. 14 d.lgs. n. 251 del 2007, e la previsione della protezione speciale laddove esistano “*fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti?*”.

Ebbene, se le ragioni della protezione devono essere valutate su base individuale, la chiave interpretativa non può che ricercarsi, in quest'ultimo caso, in un'attenuazione del nesso tra fonte del pericolo e destinatario dello stesso. Ciò che cambia è il livello di concretezza del rischio che per la sola protezione maggiore deve essere effettivo. Mentre l'assenza del requisito della effettività del rischio richiamato dall'art. 19 cit. porta a ritenere sufficiente un rischio sì personalizzato ma con un

grado di concretezza meno intenso rispetto a quello richiesto per la protezione internazionale; con la precisazione, contenuta nella successiva indicazione, secondo cui la valutazione dei fondati motivi di rischio di trattamenti inumani va fatta tenendo conto anche dell'esistenza di generali violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani.

La norma così interpretata potrà portare al riconoscimento della protezione speciale ai richiedenti provenienti da Paesi interessati dai c.d. conflitti a bassa intensità. O anche, ad esempio, a donne nigeriane cui non sia stata riconosciuta la protezione maggiore che tuttavia, in caso di rientro, sarebbero sottoposte a trattamenti inumani e degradanti per essere immediatamente ed inevitabilmente associate alla prostituzione, portandosi appresso lo stigma del fallimento. Si veda, ad esempio, Trib. Bologna, 29 marzo 2021. In quel caso la ricorrente, giovane cittadina nigeriana, aveva reso dichiarazioni gravemente contraddittorie nelle diverse sedi in cui era stata sentita; il suo racconto – pur riconoscendosi che le presunte vittime di tratta possano avere difficoltà nel ricostruire il proprio vissuto – non era stato ritenuto rispettoso dei principi di cui all'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251 del 2007; tuttavia, considerato lo stigma che si sarebbe accompagnato ad un rientro dall'Europa, la difficoltà ad una reintegrazione nella società nigeriana e l'assenza di reti familiari o sociali in Nigeria, il collegio ha ritenuto l'esistenza di *'...fondati motivi di ritenere che esso rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti'*. Con la seguente motivazione: *"Questa valutazione non richiede quindi il grado di personalizzazione, né il fondato rischio ai sensi dell'art. 14, lett. a) e b), D. L.vo 251/2007 per il riconoscimento della protezione sussidiaria, ma ritiene sufficiente l'esistenza di 'fondati motivi' per ritenere 'un rischio' il ritrovarsi nel Paese di provenienza. Tali situazioni, pertanto, pur rimanendo escluse dalla protezione internazionale, possono tuttavia trovare tutela nella protezione complementare, per effetto del divieto di refoulement. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una pena o un trattamento sono inumani quando – tenuto conto della intensità e della gravità delle lesioni inferte – provocano, anche non intenzionalmente, danni fisici concreti o sofferenze fisiche o mentali molto serie. Sono invece degradanti i trattamenti o le pene che umiliano o sminuiscono l'individuo e, generando sentimenti di angoscia, inferiorità e paura, ledono gravemente la sua dignità umana (Sentenza della Corte Edu in causa Price c. Regno Unito, 10 ottobre 2001, ricorso n. 33394/96, Terza Sezione, paragrafi 24-30). La pubblicità non è ritenuta componente essenziale di un trattamento degradante, dal momento che l'individuo può essere mortificato davanti a sé, oltre che davanti al altri (Sentenza della Corte Edu in causa Tyrer c. Regno Unito, 25 aprile 1978, par. 32. 25). Affinché una pena o un trattamento possano essere qualificati inumani o degradanti, occorre tuttavia che venga superata una soglia minima di gravità. Questo giudizio – che è sempre relativo – dipende da uno specifico apprezzamento del caso concreto, che tenga conto altresì della situazione generale del Paese e della situazione particolare dell'interessato."*

d) A coloro che, non meritevoli della protezione internazionale, non possano essere espulsi in virtù degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.

Quest'ultima parte del comma oggetto d'esame impone un'ulteriore suddivisione.

d1) Riconoscimento della protezione speciale applicando gli obblighi costituzionali.

Tra i più rilevanti obblighi costituzionali si colloca senza dubbio la tutela della salute. *Quid iuris* nel caso in cui il rimpatrio possa rappresentare un rischio di lesione del diritto alla salute? A prima vista si potrebbe pensare di applicare proprio questa parte del comma 1.1. A ben vedere però il legislatore ha dettato una disposizione speciale contenuta nel comma 2, lett. d bis), dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 in cui peraltro si richiede, oltre alla gravità delle condizioni psicofisiche o alla gravità della patologia documentata nelle modalità prescritte, che il cittadino straniero non sia portatore di una pericolosità qualificata ai sensi dell'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998.

La domanda da porsi è allora la seguente: in caso di pericolosità rilevante ai sensi di quest'ultima disposizione, e quindi esclusa l'applicabilità dell'art. 19, comma 2, lett. d) bis, d.lgs. n. 286 del 1998, è corretto riconoscere tutela ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 come richiamato dall'art. 19, comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998?

Non v'è dubbio che, essendo in entrambi i casi possibile la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, sarebbe sicuramente più favorevole l'applicazione dell'art. 19, comma 1.1., cit. che non prevede alcun bilanciamento. Ma non si può trascurare che il testo dell'art. 19, comma 2 lett. d bis), d.lgs. n. 286 del 1998 è espressione di una precisa scelta legislativa ossia quella di tutelare la salute in presenza di specifiche situazioni e in assenza di una pericolosità grave.

Per comprendere come affrontare l'esigenza di tutela della salute al di fuori dei presupposti della norma speciale può essere di aiuto Cass. 18 settembre 2020, n. 19588, che offre un criterio interpretativo nel duplice senso, da un lato, di indicare i casi in cui sicuramente non è riconosciuta tutela e, dall'altro, di imporre il bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati: *“Quanto al profilo, dedotto peraltro per la prima volta in cassazione, circa la questione dell'aspettativa di vita, che oltre ad avere il carattere della novità, esso difetta anche della decisività, in quanto l'art. 35, comma 3 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che riconosce allo straniero presente, anche irregolarmente, nel territorio dello Stato il diritto di fruire, nei presidi pubblici ed accreditati, delle cure ambulatoriali ed ospedaliere "urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia o infortunio" è comunque "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un "nucleo irriducibile", garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. Come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 252 del 2001, la citata disposizione - impedendo, per implicito, l'immediata esecuzione dei provvedimenti di espulsione nei confronti di soggetti che, in conseguenza di essa, potrebbero subire un irreparabile pregiudizio al diritto alla salute - assicura una protezione al relativo diritto inviolabile dello straniero in termini di piena compatibilità con gli artt. 2 e 32 Cost., tenendo conto del diritto ai trattamenti necessari per la tutela della salute. In questa prospettiva, deve ritenersi dunque logicamente corretta la conclusione per cui la mera asserita esigenza del diritto alla salute e all'alimentazione è insuscettivo di determinare un divieto di espulsione, esulando con tutta evidenza dal novero delle prestazioni "urgenti o comunque essenziali" per "malattia o infortunio", in rapporto alle quali il citato D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 35, comma 3, assicura anche allo straniero irregolarmente presente nel territorio nazionale il diritto alle cure ambulatoriali ed ospedaliere (Cass. 14 dicembre 2001 n. 15830)”*.

L'esigenza del bilanciamento era già stata richiamata da Corte cost. 5 luglio 2001, n. 252, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del testo dell'allora vigente art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 32 della Costituzione, dal Tribunale di Genova. Nella sentenza interpretativa di rigetto la Corte costituzionale aveva affermato che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è sì "*costituzionalmente condizionato*" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti", ma contiene "*un nucleo irriducibile come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto*".

Ecco allora che, muovendo dal caso emblematico dell'individuazione dello strumento per soddisfare l'esigenza di tutela del diritto alla salute, si comprende come il *non refoulement* in virtù del rispetto degli obblighi costituzionali (ma lo stesso vale anche per gli obblighi internazionali) dello Stato italiano non ha natura assoluta, come potrebbe apparire dal dato testuale, ma presuppone in ogni caso un giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati. Tale conclusione trae conferma da un'ulteriore considerazione: anche negli altri casi elencati al comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, riguardanti cittadini stranieri certamente vulnerabili e titolari di diritti previsti da obblighi costituzionali o internazionali è prevista la possibilità di procedere ad espulsione quando ricorrano esigenze di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. A dimostrazione proprio dell'esigenza di operare il bilanciamento di cui s'è detto. Diversamente, se volessimo affermare la previsione assoluta del *non refoulement* nella parte in cui richiama il rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali, ci troveremmo di fronte ad una grave incoerenza: i soggetti vulnerabili tutelati dal comma 2 potrebbero, in presenza delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 13 d.lgs. n. 286 del 1998, essere espulsi, mentre le diverse situazioni non tipizzate riconducibili all'esigenza di rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali sarebbero in ogni caso tutelabili con l'inespellibilità assoluta.

Occorre allora fornire un'interpretazione che rispetti il sistema europeo comune di asilo limitando il divieto assoluto di respingimento alle sole ipotesi di persecuzione o di danno grave ex 3 CEDU e non anche agli altri casi in cui lo Stato riconosce una tutela ma si riserva la facoltà di attuare un bilanciamento.

d2) Riconoscimento della protezione speciale applicando gli obblighi convenzionali.

Valgono qui in linea generale le considerazioni sopra esposte rispetto agli obblighi costituzionali. Ci limiteremo pertanto ad elencare alcune convenzioni internazionali che fanno sorgere obblighi per lo Stato italiano, sicuramente applicabili per il riconoscimento della protezione speciale laddove il richiedente rientri in una delle situazioni ivi contemplate: Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ovvero la cosiddetta Convenzione di Istanbul, aperta alla firma l'11 maggio del 2011 e sottoscritta dall'Italia il 27 settembre 2012, con autorizzazione alla ratifica da parte del parlamento con la legge n. 77/2013, entrata in vigore il 1° agosto

2014 (<https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>); Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (New York, 1984, in [https://www.unhcr.it/wpcontent/uploads/2016/01/Convenzione contro la Tortura.pdf](https://www.unhcr.it/wpcontent/uploads/2016/01/Convenzione%20contro%20la%20Tortura.pdf)), adottata dall'assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1984 e resa esecutiva in Italia con legge n. 489 del 3 novembre 1988; Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 e ratificata dal Parlamento con Legge 3 marzo 2009, n. 18 (https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2016/07/c_01_convenzione_onu_ita.pdf).

Quanto all'ultimo periodo, esplicativo solo nelle intenzioni del legislatore, *“Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani?”*, resta da chiarire se il richiamo ai diritti umani sia da intendere ai *“basic human rights”* o se debba estendersi ad ogni diritto umano previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'art. 6, comma 1 bis, d.lgs. n. 286 del 1998 prevede la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ove ne ricorrano i requisiti, del *“permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause [...] esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli [...] 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”*. Da cui si desume, al contrario, la convertibilità in tutti gli altri casi in cui venga rilasciato un permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi del comma 1.1. prima parte dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. In altre parole, per i cittadini stranieri pericolosi astrattamente beneficiari della protezione sussidiaria cui venga riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale, non potendo essere loro riconosciuta la protezione internazionale, è esclusa la possibilità della conversione; saranno senz'altro molto più frequenti i riconoscimenti della protezione speciale, soprattutto grazie alla previsione del richiamo dell'art. 5 comma 6, che daranno luogo alla possibilità di una conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

2.1 Esigenza di tutela del diritto alla vita privata e familiare.

Possibili criticità in fase giurisdizionale.

La seconda parte del comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 (*“Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della 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 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") prevede una nuova ipotesi di *non refoulement* nel caso in cui il rimpatrio comporti la lesione del diritto al rispetto della vita privata o familiare.

Qui il divieto ha carattere relativo dovendosi bilanciare la tutela della vita privata o familiare con ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute. La norma, solo parzialmente sovrapponibile alla previsione dell'art. 8 CEDU contenendo minori limiti, delega la valutazione concreta della comparazione degli interessi in gioco all'autorità amministrativa, prima, e all'autorità giurisdizionale, poi.

Non è possibile esaustivamente definire cosa si intenda per «vita privata», per la sua natura necessariamente ampia e fluida; analizzando la giurisprudenza di Strasburgo si può raccogliere al più un'elencazione casistica, in quanto tale suscettibile di continui ampliamenti evolutivi.

Per quanto rileva in questa sede si può senz'altro richiamare il «*diritto ad allacciare e intrattenere legami con i propri simili e con il mondo esterno*», diritto che richiama il concetto di «identità sociale» (Corte EDU, *Narjis c. Italia*, 14 gennaio 2019, ric. 57433/15). Si tratta, in buona sostanza, di un contenitore che riunisce gli aspetti concernenti i legami sociali e culturali con il Paese di adozione.

Quanto alla nozione di «vita familiare», la copiosa giurisprudenza della Corte EDU (*Johnston and Others v. Ireland*, 18 dicembre 1986, ric. 9697/82, § 56; *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, § 140; *Moretti and Benedetti v. Italy*, 27 aprile 2010, ric. 16318/07, § 48; ; *Berrehab v. the Netherlands*, 21 giugno 1988, ric. 10730/84, § 21; *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 ottobre 1994, ric. 18535/91, § 32; *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, Final 22 novembre 2011, ric. 30141/04, §§ 92-94) le ha conferito un significato più ampio di quello tradizionale. In ogni caso, laddove i legami affettivi non siano tali da ricadere nell'ambito della «vita familiare» allora facilmente essi ricadranno nell'ambito della «vita privata».

Ne consegue che il diritto alla “vita privata e familiare” assume un contenuto estremamente ampio essendo ontologicamente connesso al contesto storico e culturale di riferimento.

Non si può negare, infine, come i due concetti finiscano con l'intersecarsi tra loro, affiancandosi o sovrapponendosi, rendendo difficilmente individuabile il confine tra la sfera privata e quella familiare.

Del resto, infatti, la stessa giurisprudenza di Strasburgo, in materia di espulsione, ha chiarito che in concreto gli elementi da considerare per valutare la proporzionalità della misura espulsiva sono essenzialmente gli stessi, indipendentemente dal fatto che sia coinvolta la famiglia o la vita privata (Corte EDU, *A.A. v. the United Kingdom*, 20 settembre 2011, ric. n. 8000/08 “*While the Court has previously referred to the need to decide in the circumstances of the particular case before it whether it is appropriate to focus on “family life” rather than “private life”, it observes that in practice the factors to be examined in order to assess the proportionality of the deportation measure*

are the same regardless of whether family or private life is engaged”). Tra essi la Corte pone, tra gli altri, la durata del soggiorno nel Paese dal quale lo straniero deve essere espulso, l'ampiezza dei legami con lo Stato di accoglienza e l'esistenza o meno di ostacoli insormontabili a che la famiglia viva nel Paese d'origine (Corte EDU, *Boultif v. Switzerland*, 2 agosto 2001, ric. 54273/00).

Si può allora affermare che, oltre ai legami familiari, anche il parametro dell'inserimento sociale e lavorativo dello straniero in Italia può essere valorizzato, non certamente come fattore esclusivo, ma come circostanza che può concorrere a determinare quella «identità sociale» strettamente legata alla permanenza sul territorio italiano, e a provare l'effettivo inserimento sociale in Italia, così come anche la durata del soggiorno nel territorio nazionale, quali presupposti del rilascio di un permesso per protezione speciale che protegga il soggetto dal rischio di essere immesso nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale, idoneo a costituire una significativa ed effettiva violazione al rispetto della propria vita privata o familiare. In particolare, rispetto al tema dell'integrazione lavorativa, appare illuminante la ormai risalente pronuncia della Corte EDU, *Niemietz vs. Germany*, 16 dicembre 1992, nella parte in cui afferma che “*Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, as was rightly pointed out by the Commission, it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not*”.

Venendo al bilanciamento, necessariamente da operarsi in concreto, della pericolosità con il diritto alla vita privata e familiare, va innanzitutto chiarito che la pericolosità sociale “*per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica*” di cui all'art. 19, comma 1.1, d.lgs. n. 286 del 1998 appare sostanzialmente equivalente a quella descritta dagli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998 (e quindi anche all'equiparato, limitatamente alla valutazione della pericolosità, art. 20 decreto legislativo 6 febbraio 2007, cfr. Cass. 29 settembre 2016, n. 19337).

Depone per questa soluzione innanzi tutto il dato testuale che espressamente ricomprende la sicurezza nazionale oltre all'ordine e alla sicurezza pubblica.

In secondo luogo, si osserva che una diversa conclusione fondata sull'applicazione di criteri differenti per la valutazione della pericolosità sociale nel caso rilascio di un permesso di soggiorno *ex art. 30* d.lgs. n. 286 del 1998 ed *ex art. 19*, comma 1.1., ultimo periodo, d.lgs. n. 286 del 1998, susciterebbe riserve ledendo il principio di uguaglianza, posto che il bene giuridico che entrambi tutelano è il diritto alla vita familiare (e nel caso dell' art. 19, comma 1.1, d.lgs. n. 286 del 1998 anche privata) dei cittadini extra-UE che in Italia hanno stabilito o formato il proprio nucleo familiare.

Di contro, la diversa disciplina, più favorevole in quanto tollera una maggiore pericolosità, applicabile al coniuge o parente entro il secondo grado convivente - irregolare extracomunitario - con il cittadino italiano che usufruirà, nei casi stabiliti, del permesso di soggiorno *ex art. 19, comma 2 lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998* si giustifica per il *favor* riconosciuto al cittadino italiano.

Tema quanto mai complesso è invece quello del bilanciamento del diritto alla vita privata e familiare con le ragioni di salute (pubblica).

Va innanzitutto premesso che nel nostro ordinamento la salute non riceve tutela solo come bene individuale ma anche come bene collettivo; l'art. 32 Cost. dispone infatti che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”*. Sotto questo profilo la novella appare conforme al dettato costituzionale. Tuttavia non si può omettere di considerare che una ragione di salute pubblica difficilmente sarà disgiunta da una ragione di salute individuale. In altre parole, chi mette in pericolo la salute pubblica sarà verosimilmente un cittadino straniero affetto da una patologia contagiosa che potrebbe scatenare un'epidemia. Al di fuori di tale ipotesi pare francamente arduo individuare altre situazioni in cui possa essere messa in pericolo la salute pubblica.

Sussistendo un'esigenza di tutela di salute individuale e fermo *“un nucleo irriducibile come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”* (Corte cost., 5 luglio 2001, n. 252), si devono necessariamente richiamare le considerazioni già espresse in rapporto ai limiti all'espulsione. E potrebbe essere di ausilio a fini interpretativi anche l'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 30 del 2007 che chiarisce che le malattie che insorgono successivamente all'ingresso nel territorio nazionale non possono giustificare l'allontanamento.

Ciò posto, per quanto l'art. 2 d.lgs. n. 286 del 1998 equipari, nel riconoscimento dei diritti fondamentali, lo straniero sul territorio nazionale a quello presente alla frontiera, un'esigenza di tutela di vita privata e familiare da bilanciare con la tutela della salute pubblica ben più difficilmente si porrà per quest'ultimo.

Si può allora immaginare, con le complessità dovute ad un testo poco cristallino, che l'autentica preoccupazione del legislatore, nel periodo dell'epidemia provocata dal Covid-19, fosse quella di limitare la diffusione del contagio per l'esigenza di tutela della salute pubblica, fermo in ogni caso l'obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare.

2.2 Possibili criticità in fase giurisdizionale.

Il comma 1.2. dell'art 19 d.lgs. n. 286 del 1998 così dispone: *“Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1., la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1., il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale”*, prevedendo due distinte situazioni

che possono concludersi con il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale.

Venendo alla fase giurisdizionale, deve ritenersi possibile l'accertamento del diritto in entrambe le ipotesi previste, qualora la fase amministrativa si sia conclusa con un diniego.

Nulla quaestio laddove la Commissione Territoriale (art. 35 bis, comma 1, decreto legislativo 28 gennaio 2008, n.25), rigettata la domanda di protezione internazionale, non abbia riconosciuto la sussistenza dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008. In tal caso l'impugnazione è proposta alla Sezione specializzata ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c), decreto legge 17 febbraio 2017, n. 17; il tribunale giudica in composizione collegiale secondo le disposizioni di cui all'art. 737 c.p.c.

La situazione si complica laddove, proposto ricorso avverso un diniego di rilascio (o diniego di rinnovo o revoca) di un permesso di soggiorno per altre ragioni (di famiglia, lavoro, ecc.), il Questore abbia escluso – esplicitamente – anche la sussistenza delle condizioni per il rilascio della protezione speciale. Se il Questore ha negato un permesso di soggiorno per motivi di lavoro e anche per protezione speciale, *quid iuris?* Innanzi a quale autorità giudiziaria si proporrà il ricorso? Al giudice amministrativo per la prima domanda e al giudice ordinario per l'accertamento del diritto alla protezione speciale?

Se invece la giurisdizione spetta in ogni caso al G.O. (ad esempio nel caso di diniego di rilascio, diniego di rinnovo o revoca del permesso di soggiorno per motivi di famiglia), il ricorso dovrà sempre essere proposto innanzi alla Sezione specializzata ma resta da capire se debba essere decisa dal giudice in composizione monocratica o collegiale.

Infatti, le controversie relative ai permessi di soggiorno per motivi familiari (art. 3, comma 1, lett. e) d.l. n. 13 del 2017), a norma del comma 4 del medesimo d.l., sono decise dal tribunale in composizione monocratica, non è previsto un termine perentorio per l'impugnazione del provvedimento amministrativo e l'ordinanza monocratica è impugnabile in appello. Mentre per le controversie in materia di rifiuto di rilascio di permesso di soggiorno per protezione speciale (lett. d) d.l. n. 13 del 2017) la competenza è attribuita al tribunale collegiale ai sensi dell'art. 19 ter decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. In quest'ultimo caso il ricorso deve essere proposto a pena di decadenza entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento e avverso l'ordinanza collegiale è proponibile il solo ricorso per Cassazione.

In tali casi, in cui viene richiesto, in via principale, l'accertamento del diritto all'unità familiare e, in subordine, l'accertamento del diritto alla protezione speciale, dovrebbe prevalere il rito collegiale (cfr. Cass., I sez. civ., sent. 14 ottobre 2020, dep. 15 dicembre 2020 per un caso simile, di ricorso proposto con più domande “*dirette ad ottenere in via principale lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria ed in via subordinata la protezione umanitaria [...], si applica per tutte le domande il rito camerale di cui all'art. 35 bis decreto legislativo n. 25/2008 davanti alla sezione specializzata del tribunale in composizione collegiale, in ragione della connessione esistente tra dette domande e della prevalenza della composizione collegiale del tribunale in forza del disposto dell'art. 281 nonies cod. proc. civ.*”) ai

sensi dell'art. 281 *nonies* c.p.c., con l'esigenza quindi di rispetto del termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso e l'inappellabilità della decisione, solo ricorribile per Cassazione.

Più complesso il caso in cui il Questore si sia limitato a rigettare il rilascio, il rinnovo o abbia disposto la revoca di un permesso di soggiorno per motivi familiari senza pronunciarsi sulla protezione speciale. Può il giudice monocratico accertare il diritto alla protezione speciale, laddove vi sia domanda in tal senso?

La norma transitoria (art. 15 d.l. n. 130 del 2020), nell'affermare l'applicabilità delle modifiche apportate all'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 ai procedimenti pendenti avanti alle sezioni specializzate dei tribunali, può essere intesa nel senso che si può valutare l'accertamento del diritto alla protezione speciale anche innanzi al giudice monocratico investito dell'accertamento del diritto all'unità familiare?

Se il procedimento è pendente, il giudice monocratico può, sottoposta la questione alle parti, accertare il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale? Deve disporre il mutamento del rito, da monocratico a collegiale?

Problema simile si pone rispetto ai ricorsi ancora pendenti in cui il ricorrente ha richiesto, impugnando il provvedimento di diniego della Commissione Territoriale, la sola protezione umanitaria (cfr. Cass. sez. I, 19 giugno 2019, n.16458 “...*qualora sia stata proposta in giudizio la sola domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia, ai sensi del D.L. n. 13 del 2017 citato, art. 3, comma 1, lett. d) e comma 4, è della sezione specializzata del tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario di cui agli artt. 281-bis c.p.c. e segg., o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione, di cui agli artt. 702-bis c.p.c. e segg. e pronuncia con provvedimento (sentenza o ordinanza) impugnabile in appello...*”). Si tratta di ricorsi pendenti innanzi al giudice monocratico. Se si ritiene non più riconoscibile la vecchia protezione umanitaria, può il giudice monocratico riconoscere il diritto alla protezione speciale?

Altra situazione problematica è quella in cui è proposto ricorso avverso la revoca del permesso di soggiorno per asilo o protezione sussidiaria o protezione umanitaria sulla base di una sentenza irrevocabile che ha ritenuto insussistenti i presupposti per quel titolo in precedenza rilasciato. Accade sovente che nel ricorso si chieda la protezione speciale ex art. 19, comma 1 o comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998. Anche in questo caso il Questore potrebbe essersi pronunciato nel provvedimento escludendone i presupposti previo parere da parte della Commissione Territoriale. Oppure potrebbe non essersi pronunciato. In quest'ultimo caso, se il Ministero si costituisce e accetta il contraddittorio, la domanda è ammissibile?

Si tratta all'evidenza soltanto di alcune delle questioni che i giudici della protezione internazionale saranno chiamati ad affrontare nei prossimi mesi e per le quali di nessun aiuto è il dettato normativo.

3. Il comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998.

Il comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 contempla una serie di ipotesi di divieto relativo di espulsione desumibile da “*salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1*”.

Si tratta di ipotesi in cui lo straniero si trovi in situazioni particolari che precludono l'allontanamento, pur dovendosi procedere al bilanciamento con i motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato. Non invece con l'esigenza di tutela della pubblica sicurezza, come previsto per il comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998.

E' controverso se il permesso possa essere negato solo in presenza di precedente provvedimento di espulsione del Ministro dell'Interno.

La questione è stata presa in esame dalla Cassazione con riferimento alle decisioni di diniego di titoli di soggiorno per motivi familiari (art. 19, comma 2, lett. c), d.lgs 286 del 1998).

La giurisprudenza non è univoca. Secondo un indirizzo, ai fini del diniego, non è necessario un precedente provvedimento di espulsione del Ministro: il Questore (e, successivamente, il giudice adito) possono valutare la sussistenza delle condizioni ostative (ossia i motivi di pericolosità), a prescindere dall'adozione di un provvedimento del Ministro (tra le più recenti si veda Cass. 26216/2020, Cass. sez. I, ord. 8 ottobre 2018, n. 24739).

Altre pronunce invece (cfr. Cass. n. 30828/18; Cass. civ. 29665/2020) affermano che la formulazione della norma, che prevede una fattispecie di inespellibilità “*salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1*”, deve “*essere intesa, in ossequio al dato letterale, nel senso che l'inespellibilità incontra un limite nel solo provvedimento ministeriale di alta amministrazione da parte del Ministro (...)*”.

A ben vedere quest'ultimo orientamento opera un richiamo a situazione ben più ampia (provvedimento di espulsione del Ministro dell'Interno per i motivi indicati) di quella operata dal legislatore che si è invece limitato a richiamare i *casi* (ordine pubblico e sicurezza dello Stato) e non l'espulsione disposta dal Ministro.

Diversamente, se il legislatore avesse inteso imporre il provvedimento ministeriale, avrebbe formulato la norma facendo salvo il “caso previsto dall'art. 13, comma 1” – dove *caso* stava ad intendere proprio l'espulsione – e non i *casi* previsti dall'art. 13 co. 1, ossia la presenza di motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato.

Quanto alla pericolosità rilevante, essa è descritta dall'art.13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998.

La giurisprudenza (Cass., sez. I, 7 giugno 2017, n. 14159), benché con riguardo alla (sola) ipotesi di primo (e iniziale) rilascio di permesso di soggiorno per motivi familiari, ha affermato che l'art. 19, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 286 del 1998 contiene un parametro ai fini della valutazione della pericolosità sociale nettamente «*più favorevole sia di quello relativo al visto per il ricongiungimento familiare (ex art. 4, commi 3 e 5 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998) sia di quello desumibile dall'art. 20 del d.lgs.n. 30 del 2007 [...]. In queste ultime due ipotesi la valutazione relativa alla pericolosità sociale non ha come parametro*

soltanto l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato ma anche la commissione di reati gravi ma comuni che vengano ritenuti indicatori di pericolo per la pubblica sicurezza, salvo sempre l'accertamento da svolgersi in concreto e caso per caso». Seguendo tale impostazione, prosegue la Corte, ancorché limitatamente al primo rilascio del permesso di soggiorno derivante dall'accertamento della condizione d'inespellibilità, la pericolosità ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari può desumersi esclusivamente dal parametro di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998. La Cassazione quindi afferma chiaramente la non sovrapponibilità della pericolosità richiamata dall'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 con la pericolosità descritta all'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007. Da ciò si dovrebbe desumere che, siccome Cass., sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19337 ha equiparato i profili di pericolosità dell'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007 e dell'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. n. 286 del 1998, la pericolosità descritta dall'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 si pone su un piano diverso da quella richiesta dalle due norme da ultimo citate. Con l'effetto che la commissione di reati comuni, in un contesto relazionale estraneo ad una messa in pericolo dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato, dovrebbe consentire, all'esito di una valutazione in concreto, il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998.

Nel solco dell'orientamento che pone una netta distinzione fra i motivi contemplati dalle due diverse discipline (ossia il d.lgs. n. 30 del 2007, da un lato, e l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998, dall'altro), individuando nelle ragioni previste da tale ultima norma situazioni di particolare rilievo ed incidenza sulla stabilità della sicurezza pubblica e dell'ordinamento statale, si collocano altre pronunce della Suprema Corte. Nella pronuncia Cass., sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 20719 si indicano quali motivi di sicurezza dello Stato o di ordine pubblico quelli «*afferenti alla pericolosità per la generale convivenza o la sicurezza dello Stato italiano, rappresentate, esemplificando, da un terrorista, un criminale seriale, un criminale inserito nella criminalità organizzata*» (...), che «*soltanto possono giustificare, alla base delle norme richiamate, la espulsione ed il diniego di rinnovo del p.d.s. per straniero convivente*» con cittadino italiano.

Non pare discostarsi da tale filone interpretativo neppure Cass. sez. I, 8 ottobre 2018, n. 24739 che afferma l'inderogabilità del divieto di espulsione dello straniero convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, stabilito all'art. 19, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998, anche in sede di rinnovo, salva la sussistenza delle condizioni ostative contenute nell'art. 13, co. 1, del d.lgs. cit., «*non essendo sufficiente, a tal fine, invocare i precedenti penali e la frequentazione di pregiudicati, atteso che tali elementi di fatto possono essere idonei ad integrare le ragioni di sicurezza poste a base dei provvedimenti di allontanamento di un cittadino comunitario ex art. 20 del d.lgs. 30/2007, ma non le più restrittive condizioni previste nel citato art. 13 (Cass., ord. n.701/18)*».

Ai soli fini interpretativi si richiama il comma 2 dell'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007 che indica quando sussistono i motivi di sicurezza dello Stato: «*la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, e successive modificazioni ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali*». Non sarà sufficiente invece un motivo di pubblica sicurezza.

4. Respingimenti.

Va innanzitutto premesso che il respingimento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni sul diritto d'asilo o sulla protezione internazionale.

Esso è disciplinato dall'art. 10, commi 1 e 2, d.lgs. n. 286 del 1998:

“ 1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato.

2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri:

a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo;

b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”.

La prima fattispecie disciplina il respingimento degli stranieri che si presentano alla frontiera senza i requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale (c.d. respingimento «immediato»); la seconda regola l'accompagnamento alla frontiera degli stranieri che, «*sottraendosi ai controlli*», abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato e siano stati «*fermati all'ingresso o subito dopo*» (c.d. respingimento «differito»).

Per quanto qui rileva basti osservare che il respingimento deve essere disposto con provvedimento motivato da parte dell'autorità nazionale competente e deve essere notificato allo straniero. Può essere impugnato ma il ricorso non ha effetto sospensivo (cfr. art. 16 Reg. UE 2016/399, c.d. codice frontiere Schengen). Dubbia la possibilità di disporre la sospensione: l'art. 5 d.lgs. n. 150 del 2011 ammette la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti oggetto di giudizio solo nei casi in cui il potere è espressamente previsto dallo stesso decreto, e l'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011 non lo prevede.

In merito all'impugnazione del respingimento immediato, la giurisdizione spetta al G.O. (cfr. Cass., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115 e, più recentemente, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 30 gennaio 2021, n. 299 secondo cui la posizione giuridica soggettiva vantata dal destinatario dell'atto di respingimento alla frontiera è di diritto soggettivo; *contra* Circolare Ministero dell'Interno N.400/A/2019/12.214.18.2 Roma, 18 gennaio 2019).

Ai respingimenti non si applica la Direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (c.d. direttiva rimpatri). L'art. 2 della Direttiva cit. consente infatti agli Stati di non applicarne le relative disposizioni alle fattispecie del respingimento alla frontiera e del respingimento differito, e lo Stato italiano si è avvalso di tale facoltà nel recepimento della Direttiva con il decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito nella legge 2 agosto 2011, n. 129. A garanzia degli stranieri respinti, tuttavia, l'art. 4, par. 4, della direttiva rimpatri stabilisce che gli Stati membri rispettano il principio di *non refoulement*.

La pratica dei respingimenti alla frontiera, terrestre e/o marittima, senza accertare la sussistenza delle condizioni che vietano il respingimento, deve ritenersi lesiva delle norme attributive dei diritti fondamentali.

Della questione se ne è occupato con un provvedimento d'urgenza il Tribunale di Roma (ordinanza 18 gennaio 2021), che ha accertato il diritto del ricorrente a presentare la domanda di protezione internazionale in Italia, sul presupposto dell'illegittimità dell'accordo di riammissione verso il Paese di provenienza (Slovenia) in assenza di alcun provvedimento formale e nonostante la manifestazione di volontà da parte del soggetto respinto di richiedere la protezione internazionale.

In tali casi infatti la riammissione è di fatto un respingimento senza che sia emesso un provvedimento amministrativo cosicché non è possibile l'impugnazione.

La riammissione informale inoltre non può essere disposta per i richiedenti. Se infatti è vero che la domanda di protezione internazionale presuppone normalmente che il soggetto sia presente sul territorio nazionale, è altrettanto vero che chi manifesta l'intenzione di chiedere la protezione internazionale sul territorio nazionale o alla frontiera si trova nella stessa posizione di chi ha presentato formalmente la domanda. Se la domanda è formulata al soccorritore tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, anche se si è fuori dal territorio nazionale, questi dovrebbe attivarsi in modo che quella domanda informale possa trasformarsi in domanda formale o nel proprio territorio o verso uno Stato che tutela il diritto di asilo.

Del resto solo tale interpretazione è conforme alle previsioni del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Si veda in particolare l'art. 2 d.lgs. cit. che definisce richiedente *“lo straniero che ha presentato domanda di protezione internazionale su cui non è stata ancora adottata una decisione definitiva ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione”*. Conformemente cfr. Cass., 3 maggio 2017, n. 10743, che ha affermato che *“Il dovere delle autorità nazionali di fornire informazioni ai cittadini stranieri ed agli apolidi in ingresso nel territorio nazionale che desiderino presentare domanda per il riconoscimento della protezione internazionale [...] è infatti attualmente sancito dagli artt. 1, 2°co., e. 3 d. lgs. n. 142/2015 [...]. Ne consegue che il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al momento del suo sbarco ed avrebbe dovuto essere indirizzato presso un centro di accoglienza”*.

5. La pandemia e la giurisprudenza delle Sezioni specializzate.

La pandemia, è noto, ha impegnato le Sezioni specializzate nell'individuazione della tutela accordabile in caso di rischio da Covid-19 nel Paese d'origine.

Ebbene, va in ogni caso premesso che il riconoscimento della tutela deve avvenire sempre su base individuale e in ragione della natura del rischio che, nel caso specifico, deve essere di mortalità o di aggravamento di una patologia in atto.

L'espulsione potrebbe dunque costituire un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 19, comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998 se lo straniero appartiene ad una categoria a rischio nel senso che il rimpatrio aggrava preesistenti precarie condizioni di salute oppure se il rimpatrio in una zona particolarmente colpita dalla diffusione del virus lo espone a una significativa riduzione dell'aspettativa di vita e a un rapido peggioramento delle condizioni di salute per

l'indisponibilità (o perché assenti o perché sia impossibile per la persona accedervi) di cure mediche adeguate. Sarà quindi necessario verificare se le cure generalmente disponibili nello Stato di destinazione siano sufficienti e appropriate per il trattamento della malattia, nonché in che misura la persona avrà effettivamente accesso alle cure ed in quali strutture, considerando anche il costo dei farmaci, l'esistenza di una rete sociale e familiare e la distanza da percorrere per accedere alle strutture.

Più complesso invece il tentativo di applicare l'art. 19, comma 1.1., d.lgs n. 286 del 1998 nella parte in cui richiama gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6, d.lgs. cit. in assenza di condizioni di salute compromesse o di criticità al momento della decisione.

Passando ad una breve ricognizione della giurisprudenza di merito, deve senz'altro citarsi la pronuncia del Tribunale di Napoli che, per primo, con il decreto 25 giugno 2020, ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un cittadino del Pakistan per la situazione di emergenza sanitaria da Covid-19 nel paese d'origine. Una decisione di contenuto analogo è stata emessa con decreto del 30 giugno 2020 a favore di un cittadino del Bangladesh. A ben vedere in queste pronunce, più che il diritto alla salute in sé, si considera la condizione di vulnerabilità ravvisata dal divario tra le condizioni di vita conseguite in Italia e quelle proprie del paese di origine anche a causa della pandemia.

Similmente cfr. Trib. Milano, decreto 28.10.2020, con cui è stata riconosciuta la protezione umanitaria ad un cittadino pakistano. La pronuncia si richiama per l'approfondita disamina della pandemia quale fatto notorio: *“Occorre, pertanto, esaminare se il “fatto” pandemia possa essere ritualmente acquisito al processo, in assenza di specifica allegazione di parte. Con riferimento a tale aspetto, la Corte di Cassazione ha da tempo chiarito che “Il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatto notorio), comportando una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, va inteso in senso rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile” (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6299 del 19/03/2014; negli stessi termini, cfr. Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 33154 del 16/12/2019). Più di recente, la Suprema Corte ha chiarito che “Va considerato dunque notorio il fatto storico che presenti le riferite caratteristiche di generale conoscenza e certezza, a condizione che esso non implichi acquisizioni specifiche di natura tecnica né elementi speculativi o valutativi che presuppongano cognizioni particolari o richiedano il preventivo accertamento di particolari dati, e che non rientri nella cd. “scienza privata” del giudice, poiché questa, proprio in ragione della sua natura essenzialmente personale, non può essere ritenuta universale e, quindi, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice medesimo dalla pregressa trattazione d'analogue controversie” (Cass. 16.7.2020 n. 15215/2020). Ad avviso del Collegio, sulla base dei principi appena richiamati, può ritenersi che il fatto storico della pandemia da COVID-19 – e non la sua diffusione, la capacità dei diversi sistemi nazionale di affrontare il contagio, ecc., dati che solo attraverso la consultazione delle COI sarà possibile acquisire – sia di “generale conoscenza e certezza”, non implichi elementi valutativi e possa, pertanto, essere rilevato d'ufficio...”*

In queste pronunce il rischio Covid-19 viene considerato, in assenza di problemi attuali di salute, come un elemento che potrebbe aggravare una vulnerabilità già sussistente.

In altre pronunce, pur a fronte di condizioni di salute non serie, è stata riconosciuta la protezione umanitaria evidenziando l'ampia diffusione della patologia, a fronte delle gravi carenze del sistema sanitario del Paese d'origine e dell'incidenza della mortalità specie con riguardo a persone in situazioni di vulnerabilità, anche per le condizioni di salute pregresse, nonché l'incidenza della pandemia sulle strutture ospedaliere già carenti (cfr. Trib. Bologna, decreto 23 novembre 2020).

Per il mero rischio di contrarre la patologia il Tribunale di Campobasso, con decreto del 21 gennaio 2021, ha riconosciuto la protezione speciale ai sensi dell'art. 19 comma 1.1. ad un cittadino pakistano: “...ritiene il Collegio che il rimpatrio esporrebbe il ricorrente ad un pregiudizio ulteriore e grave, derivante dall'elevato rischio di diffusione dell'epidemia da Covid 19 nell'ambito di un contesto precario e comunque deteriore rispetto agli standard sanitari italiani, che potrebbero assicurare un efficace contenimento del contagio e accesso alle cure”. Cfr. altresì Trib. Bari, decreto 28 dicembre 2020, che ha riconosciuto ad un cittadino bangladese ben integrato la protezione speciale evidenziando la povertà nel Paese d'origine, la mancanza di scolarizzazione, la pandemia e il lungo periodo trascorso in Italia (9 anni): “in ipotesi di rimpatrio il ricorrente sarebbe sottoposto a trattamenti inumani o degradanti tanto da violare la sua attuale vita privata”.

La pandemia è stata presa in considerazione anche come causa legittimante la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto in caso di ricorso per Cassazione. Si veda, tra i tanti, Trib. Trieste, decreto 1 aprile 2020: “per quanto riguarda l'attuale emergenza sanitaria COVID-19, sussistono i “fondati motivi” su cui il Tribunale è chiamato a decidere in questa sede ex art. 35-bis, comma 13, d.lgs. n. 25/2008”. Negli stessi termini anche Trib. Bari, decreto 28 luglio 2020.

Similmente il Tribunale di Milano, con decreto 3 marzo 2021, conforme a numerosissimi precedenti dello stesso ufficio, ha ravvisato la sussistenza delle “gravi e circostanziate ragioni” ai sensi dell'art. 35 bis, comma 4, d.lgs. 286/98, per la sospensione di un provvedimento di inammissibilità in ragione della eccezionale emergenza sanitaria determinata dall'epidemia da virus COVID-19 e delle eccezionali misure adottate dal Governo per contrastarla. Ad avviso del Tribunale, il rigetto della richiesta di sospensione comporterebbe la revoca, in capo al richiedente, del permesso di soggiorno temporaneo per richiesta di asilo. Tale revoca, prosegue il Collegio, determinerebbe l'impossibilità di osservare le prescrizioni dell'Istituto Superiore della Sanità a tutela della salute individuale e collettiva perché la revoca del permesso di soggiorno precluderebbe l'accesso del richiedente al servizio sanitario nazionale e alle cure del medico di famiglia.