Alcune criticità emerse nel primo anno di applicazione della nuova protezione speciale

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul contesto generale. – 2. Quali problematiche per la nuova protezione speciale? – 2.1. Iniziale negazione del doppio percorso – 2.2. I provvedimenti di irricevibilità. – 3. I tempi del procedimento. – 3.1. La presentazione della domanda: le modalità. – 3.2. La definizione del procedimento. – 3.3. La giurisprudenza in materia di tempi del procedimento. – 4. Il passaporto e il permesso protezione speciale. – 5. La convertibilità del permesso per protezione speciale. – 6. La domanda di protezione speciale e le procedure cd. Dublino. – 7. Prime conclusioni.

1. Breve premessa sul contesto generale

La presenza in Italia di persone straniere è di 5.013.215 unità, pari a poco più dell'8,4% della popolazione italiana (dati ISTAT 2021) ma quasi la metà è composta da cittadini/e comunitari/e, dunque con uno statuto giuridico diverso da quello dei/delle cittadini/e dei Paesi terzi. Pertanto, la popolazione straniera non comunitaria presente in Italia – pari a 3.615.826 – rappresenta tra il 4 e il 4,5% della popolazione italiana e il 63,1% ha un permesso di lungo periodo.

Tra la comunità straniera, particolare rilevanza ha assunto nell'ultimo decennio, sotto vari profili, la sottocategoria dei richiedenti asilo. Dal 1990 al 2020 le persone riconosciute titolari di protezione internazionale o umanitaria/speciale sono state 309.332 su 895.781 richiedenti asilo in 30 anni¹.

Al 30 dicembre 2021 i richiedenti asilo sono 56.388 a fronte dei 26.963 del 2020².

Quanto agli esiti delle domande davanti alle Commissioni territoriali, se nel 1990 il tasso di riconoscimento del rifugio politico (all'epoca esisteva solo questo istituto) era del 58%, negli ultimi anni queste sono le percentuali:

¹ http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990_2020.pdf.

² http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/confronto_anni_2020_2021_dato_non_ancora_consolidato.pdf.

- 2017: rifugio 8% – protezione sussidiaria 9% – protezione umanitaria 25%
- 2018: rifugio 7% – protezione sussidiaria 5% – protezione umanitaria 21%
- 2019: rifugio 11% – protezione sussidiaria 7% – protezione speciale 1%
- 2020: rifugio 11% – protezione sussidiaria 12% – protezione speciale 2%

Quanto alle richieste rigettate dalle Commissioni territoriali:

- nel 2017: il 52%
- nel 2018 il 59%
- nel 2019 il 65%
- nel 2020 il 44%

Statistiche alle quali si deve, però, aggiungere un ulteriore 38% di riconoscimenti in sede giudiziale, nei giudizi contro i dinieghi³.

Fatte queste premesse di tipo generale, ai fini della odierna analisi emerge un significativo elemento: dal 2019 la 3^a forma di protezione prevista dall'ordinamento italiano, diversa dal rifugio e dalla protezione sussidiaria, cioè la protezione speciale, ha avuto una drastica riduzione, per effetto della riforma recata dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, il cd. primo decreto sicurezza, che ha abrogato la protezione umanitaria, fino ad allora prevista in generale dall'art. 5, co. 6 TU 286/98 e applicabile nello specifico del procedimento di protezione internazionale per il richiamo contenuto nell'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008.⁴

Con il DL 21 ottobre 2020, n. 130, cd. decreto Lamorgese, sono state apportate (tra le altre) le seguenti modifiche:

- a) è stato parzialmente ripristinato l'art. 5, co. 6 TU d.lgs. 286/98, con il solo richiamo al dovere di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali e non anche dei seri motivi di carattere umanitario; inoltre non è stata ripristinata neppure l'espressa previsione della competenza del Questore al rilascio del titolo di soggiorno ex art. 5, co. 6 TU;
- b) è stato innovato l'art. 19 TU d.lgs. 286/98, ampliando il comma 1, riscrivendo il comma 1.1 e introducendo il comma 1.2.

Modifica dell'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 che ha radicalmente trasformato l'istituto della protezione speciale, sia nei suoi presupposti, che nella disciplina.

Quanto ai primi, i commi 1 e 1.1 delineano un limite assoluto, inderogabile, del potere statale di allontanare o respingere una persona straniera in presenza di:

³ M. GIOVANNETTI, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari* in *Diritti senza confini* 2021 – <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2883/giovanetti-su-dati-protezione-internazionale-30-04-2021.pdf>.

⁴ Per un maggiore approfondimento sia consentito rinviare al mio, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2/2021 on line.

- comma 1: rischio di persecuzione, nel Paese di origine o in quello di rinvio, per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere,⁵ di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali⁶;

- comma 1.1. prima parte: al rischio di assoggettamento a tortura è stato aggiunto il rischio di trattamenti inumani e degradanti, con evidente evocazione dell'art. 3 Convenzione europea dei diritti umani, che, è noto, pone un divieto assoluto inderogabile ai sensi dell'art. 15 della stessa Convenzione, rispetto a cui recedono anche le esigenze dello Stato afferenti alla sicurezza dello Stato (Corte EDU, Grande Chambre, 23.2.2012, Hirsi Jamaa c. Italia; Corte EDU 23.2.2016, n. 44883/09).

In sede di conversione del D.L. n. 130 in legge n. 173/2020 è stato inserito, nel medesimo primo periodo del comma 1.1., il divieto di espulsione o respingimento in presenza di obblighi costituzionali o internazionali di cui all'art. 5, co. 6 TU 286/98 (ripristinato dallo stesso D.L. n. 130/2020);

- comma 1.1. seconda parte: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con uniche eccezioni relative a ragioni di sicurezza nazionale, ordine e sicurezza pubblica o di protezione della salute ma «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».

Per quanto riguarda, invece, la disciplina per il riconoscimento del diritto alla protezione speciale, il comma 1.2. dell'art. 19 TU d.lgs. 286/98 prevede due distinti percorsi: all'interno della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, o con domanda presentata direttamente al Questore, in quest'ultimo caso con parere obbligatorio della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, che in tal modo assume in sé il potere valutativo in entrambi i percorsi.

Inoltre, la novella ha indicato la durata biennale del permesso per protezione speciale e la sua convertibilità, sussistendo i requisiti di legge (art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 e art. 6, co. 1 *bis* TU immigrazione).

Rispetto alla precedente protezione umanitaria, il nuovo istituto della protezione speciale non richiede più la comparazione ritenuta necessaria dalla giurisprudenza della Cassazione tra la condizione attuale e il rischio di violazioni dei diritti fondamentali cui la persona straniera sarebbe esposta in caso di rimpatrio,

⁵ Introdotti dal D.L. n. 130/2020, conv. in legge n. 173/2020.

⁶ Motivi solo in parte coincidenti con quelli indicati per il riconoscimento del rifugio politico: “*razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica*”.

in quanto ora è il rimpatrio in sé che può determinare la lesione dei diritti compresi nei divieti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1 TUI.

In conclusione di questa brevissima premessa (l'analisi del nuovo istituto della protezione speciale è già trattato nella relazione della Pres. Acierno), è utile ricordare che il D.L. n. 130/2020 ha modificato anche la disciplina di permessi di soggiorno fino ad allora ritenuti temporanei e/o non convertibili (permessi per calamità, *ex art. 20-bis TU*, per residenza elettiva, *ex art. 11, co. 1 lett. c-quater*) d.p.r. 394/99, per acquisto cittadinanza o riconoscimento apolidia, *ex art. 11, co. 1 lett. c*) d.p.r. 394/99, per attività sportiva, *ex art. 27, co. 1, lettera p*) TU, per lavoro artistico, *ex art. 27, co. 1, lettere m), n) ed o*), per motivi religiosi, *ex art. 5, co. 2 TU*, per assistenza di minori, *ex art. 31, co. 3 TU* e, infine, in sede di conversione in legge è stato reso convertibile anche il permesso di soggiorno per cure mediche, *ex art. 19, co. 2-bis TU*).

Modifiche, tutte, che hanno potenzialmente reso estremamente flessibile il sistema regolatorio del diritto al soggiorno delle persone straniere, consentendo l'adattamento giuridico della propria condizione, conseguente all'evolversi del progetto esistenziale, non più cristallizzata al solo motivo dell'ingresso in Italia e/o al motivo dell'acquisizione originaria di un titolo di soggiorno.

2. Quali problematiche per la nuova protezione speciale?

L'applicazione del nuovo istituto della protezione speciale ha presentato subito serie criticità, soprattutto con riguardo a uno dei due percorsi di riconoscimento indicati dall'art. 19, co. 1.2. TU 286/98, tali da indurre il rischio di vanificazione della sua effettività, complice anche una insufficiente disciplina regolatoria. Queste le principali problematiche.

2.1. Iniziale negazione del doppio percorso

Per effetto di una circolare della CNA del 3.11.2020⁷, le questure non hanno inizialmente accettato domande dirette al Questore, espressamente motivate per protezione speciale, in quanto in essa si affermava che detta ipotesi *«ricorre nel caso in cui il Questore, “in sede di esame di un’istanza per il rilascio di un permesso di soggiorno AD ALTRO TITOLO” ritenga che sussistano le condizioni di cui ai commi 1 ed 1.1. dell’art. 19 TUI e, al riguardo, chiede il “parere” della Commissione territoriale»*.

⁷ Il testo della Nota della CNA è allegata alla rubrica dell'Osservatorio italiano, a cura di P. Bonetti, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 1/2021 on line, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/osservatori/osservatorio-italiano>.

Interpretazione che ha indotto immediatamente un contenzioso giudiziario, all'esito del quale solo il 19 luglio 2021 è intervenuta un'altra Circolare della CNA⁸, che ha riconosciuto l'autonomia del doppio percorso e dunque il diritto a presentare la domanda al di fuori del procedimento di protezione internazionale, espressamente motivata per protezione speciale.

Dopo detta circolare è riconosciuto espressamente il doppio e autonomo percorso.

2.2. I provvedimenti di irricevibilità

Già in quella prima fase si è determinata una prassi per la quale le questure o non accettano la formalizzazione delle domande o emettono provvedimenti di irricevibilità qualora ritengano, per vari motivi, di non accettarla (prassi, per la verità, estesa a tutti i procedimenti di rilascio o rinnovo di altre tipologie di permesso di soggiorno, per le quali la questura ritiene non possibile la richiesta e/o la sua presentazione formale).

Provvedimenti che paiono fondarsi sull'applicazione dell'art. 2, co. 1 legge 241/90, a mente del quale *«Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»*.

La manifesta irricevibilità, tuttavia, presuppone l'assoluta mancanza dei presupposti per l'avvio della stessa istruttoria (domanda non prevista dalla legge – mancanza assoluta di elementi identificativi del fatto, assenza di titolarità soggettiva, ecc.) e in quei casi, la PA – che comunque ha l'obbligo di concludere il procedimento a fronte di un'istanza del privato – può omettere l'istruttoria e adottare un provvedimento in forma semplificata. Secondo la dottrina, la forma semplificata non significa che possa essere omessa la motivazione, la quale *«deve comunque essere completa, esaustiva, chiara e idonea a spiegare il 'perché' della scelta assunta. La stessa giurisprudenza, alla luce di quanto previsto dalla norma, ha ribadito che il «sintetico riferimento» deve riguardare sia il punto di fatto che di diritto. Tramite la motivazione devono essere esternati i presupposti – fattuali – della decisione che caratterizzano la fattispecie e la differenziano dalle*

⁸ https://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2022/02/circolare11732020art19tui_19072021.pdf.

*altre. Solo così si può evitare il pericolo che le amministrazioni meno virtuose utilizzino inutilmente motivazioni insufficienti o superficiali riparandosi dietro ragioni di semplificazione*⁹.

Imprescindibile è, dunque, la motivazione del provvedimento di irricevibilità, che non può limitarsi a formule standardizzate, né può essere omesso un provvedimento formale.

Nello specifico del diritto dell'immigrazione e dell'asilo merita di essere segnalata la pronuncia del Tribunale di Roma (in tema di domanda reiterata di protezione internazionale), secondo cui *«l'amministrazione non può con un atteggiamento ostruzionistico o meramente inerte impedire al privato di ottenere un provvedimento motivato in risposta ad una propria istanza, precludendogli così – in caso di diniego – l'accesso ai rimedi previsti dall'ordinamento. Di qui la fondatezza della pretesa della ricorrente di ottenere la ricezione della domanda e la sua trasmissione alla competente commissione territoriale.»* (Trib. Roma 25.11.2019 RG. 24404/2019).

Non solo anche i provvedimenti di irricevibilità devono essere motivati, ma nello specifico del diritto dell'immigrazione devono essere residualissimi, perché la loro applicazione incide sulla condizione giuridica della persona straniera esponendola immediatamente al rischio di rimpatrio, in quanto si trova immediatamente priva di titolo legittimante il soggiorno e dunque applicabile quanto disposto dall'art. 13 TU immigrazione d.lgs. 286/98.

Da segnalare, in proposito, la giurisprudenza che si sta formando sull'irricevibilità, secondo cui l'applicazione dell'art. 2 legge 241/90 deve essere di stretta interpretazione in materia di diritti soggettivi devoluti alla competenza del giudice ordinario, perché un'estensione della sua applicazione *«rischierebbe di sottrarre la domanda al proprio giudice naturale»*.

Così, infatti, Trib. Bologna 29.12.2021 RG. 5058/2021: *«la ravvisata carenza di documentazione, per quanto rilevante o addirittura decisiva ai fini della decisione, non può mai dare luogo a una pronuncia semplificata di irricevibilità (o inammissibilità), atteso che tale forma può essere adottata soltanto se già sul piano delle allegazioni dello stesso ricorrente emerge la radicale carenza degli stessi presupposti giuridici del procedimento, ossia emerge ictu oculi la carenza della stessa titolarità del diritto soggettivo in capo al ricorrente (ad esempio: istanza proposta da un cittadino italiano), ma non quando una istanza sia proposta da un soggetto astrattamente legittimato ad agire, posto che in tal caso*

⁹ La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali, di M.S. BONOMI – Università Roma Tre, pag. 44-45 <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/05/moti-bono.pdf>.

ogni valutazione in ordine alla sufficienza della documentazione prodotta ai fini dell'accertamento in concreto del diritto soggettivo, attiene evidentemente al merito».

Altre decisioni che riguardano provvedimenti di irricevibilità: Trib. Bologna 14.12.2021 RG.13474/2021 (irricevibilità domanda di protezione speciale per ex MSNA) e Trib. Bologna 29.12.2021 RG. 15058/2021 (irricevibilità per mancanza passaporto).

Dunque, se una persona straniera si presenta in questura per formalizzare la domanda di permesso per protezione speciale (la regola vale per qualunque domanda di permesso di soggiorno) la questura deve avviare formalmente il procedimento nel rispetto della legge 241/90 e:

- rilasciare la ricevuta (cedolino)
- chiedere eventuali documenti integrativi, laddove ritenuti insufficienti quelli prodotti (art. 6 legge 241/90)
- o emettere preavvisi di rigetto indicando esattamente il motivo per cui si intende rifiutare la domanda (art. 10-*bis* legge 241/90), così consentendo la piena partecipazione procedimentale all'interessato/a.

Regole procedurali che valgono a maggior ragione per il permesso per protezione speciale, che sottende una condizione di divieti assoluti e inderogabili, o derogabili solo per tassative ipotesi, rispetto ai quali deve essere garantito il diritto alla partecipazione del destinatario, oltre all'accertamento del diritto nel rispetto delle competenze indicate dal legislatore.

Va considerato, peraltro, che nel procedimento del permesso per protezione speciale richiesto direttamente al Questore è obbligatorio e vincolante il parere della CT e pertanto, nel caso, dovrà essere questo organo a rilevare eventuali carenze documentali, eventualmente in contraddittorio con l'interessato.

Il Questore non può prescindere da quel parere, anche relativamente alla ritenuta carenza documentale. I presupposti, infatti, per la protezione speciale sono di stretta competenza della Commissione territoriale, che valuta la sussistenza del diritto anche al di là degli elementi strettamente documentali:

Si pensi, ad esempio, alla rilevanza dell'attività lavorativa svolta "in nero" ma senza accertamento giudiziale: la CT può valutare la fondatezza dell'attività lavorativa svolta se la persona offre elementi precisi della stessa, eventualmente inviando all'Ispettorato del lavoro la denuncia se ravvisa elementi di reato (art. 22, co. 12 TU 286/98).

In presenza di pregiudizi penali, il bilanciamento tra essi e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 19, co. 1.1 ultima parte, spetta alla CT, a cui la questura deve inviare accertamenti aggiornati (sul punto: cfr. anche circolare CNA 19.7.2021).

Si pensi anche alle ipotesi di cui ai commi 1 e 1.1 prima parte dell'art. 19: non necessariamente si è in grado di dimostrare documentalmente l'esistenza di quei rischi, che tuttavia presuppongono divieti inderogabili e assoluti.

Questo significa che la questura, all'atto della richiesta di formalizzazione della domanda di permesso per protezione speciale, non può dichiarare irricevibile la domanda neppure se ritenuta priva di elementi probatori, perché già quella iniziale valutazione non è di sua competenza, ma deve attivare il sub procedimento per il parere della CT, rispettando solo in tal modo sia la legge sul procedimento amministrativo, sia lo specifico procedimento della protezione speciale e la ripartizione di competenze.

Nella circolare 19 luglio 2021 della CNA si precisa la distinzione tra provvedimento di inammissibilità e quello di infondatezza:

«Quanto ai limiti di ammissibilità delle istanze, si deve osservare che il concetto di “ammissibilità” è ontologicamente e giuridicamente diverso da quello di “fondatezza”, in quanto affinché una domanda sia “ammissibile”, essa deve risultare corredata degli elementi che, SECONDO IL RICHIEDENTE, sostengono il proprio diritto; pertanto, qualora tali elementi siano indicati e presenti, l'istanza dovrà essere ritenuta ammissibile e sottoposta alla valutazione dal competente Collegio territoriale.» Tuttavia, in modo forse ambiguo, nella medesima circolare si afferma che *«non può essere richiesto alle Questure di procedere all'inoltro ai Collegi territoriali di istanze per protezione speciale che risultino prive palesemente e insanabilmente, sia pur ex officio, di requisiti, ancorché minimi, di valutabilità in base alle specifiche condizioni necessarie per la concessione della protezione speciale.»* (pag.6).

Va, inoltre, segnalato che con circolare del 18 gennaio 2022 il Ministero dell'interno precisa che *«la mera carenza documentale nell'istruttoria della istanza presentata ai sensi dell'articolo. 19 comma 1.2 non può essere considerata quale unica causa di irricevibilità della stessa.»*

3. I tempi del procedimento

Nella Circolare 19.7.2021 della CNA si afferma che la questura deve inviare tempestivamente alla Commissione territoriale per il parere e che detto organo lo esprima entro 30 gg. dalla ricezione della documentazione (circolare pag. 4). Tempi che nella prassi risultano per gran parte disattesi, con le conseguenze pregiudizievoli di cui si parlerà nel proseguo.

Ancor prima, tuttavia, è la stessa richiesta di appuntamento per la presentazione della domanda di permesso per protezione speciale, diretta al Questore, che presenta serie criticità, oltre ai tempi lunghi di definizione dell'intero procedimento.

3.1. La presentazione della domanda: le modalità

Vi è una difformità di prassi nelle varie questure, in quanto vi sono quelle davanti alle quali si può presentare domanda direttamente allo Sportello Immigrazione, altre per le quali non è consentito, rendendo necessario l'inoltro di PEC e dunque l'intervento di un legale o di un'associazione, ma ovviamente non è una modalità utilizzabile indistintamente.

In altri casi, la domanda avviene telematicamente con il sistema, ad esempio, del PrenotaFacile (che di per sé non è affatto facile). A Bologna, ad esempio, la domanda può essere presentata previo appuntamento da acquisire personalmente nella giornata del lunedì (dalle 15 alle 17), solo in presenza di passaporto, e viene rilasciato un foglio appuntamento a distanza di mesi. Foglio/appuntamento privo di dati anagrafici del/della richiedente.

In tutti i casi, al di là della modalità di ogni questura, i tempi per la formalizzazione della domanda non sono coerenti né con le regole di cui alla legge 241/90, né con il diritto alla protezione, in quanto la persona è nelle more espellibile.

La richiesta di appuntamento, infatti, non equivale alla prova di avere attivato il procedimento, è documento totalmente diverso dal cedolino.

Si evidenzia che l'art. 18-bis legge 241/90 stabilisce, come regola generale, che *“Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza. Se la ricevuta contiene le informazioni di cui all'articolo 8, essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 7. La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione. Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente.”* (comma 1).

In termini analoghi anche l'art. 9, co. 7 d.p.r. 394/99 (Regolamento di attuazione del TU immigrazione), a mente del quale *“L'addetto alla ricezione, esaminati i documenti esibiti, ed accertata l'identità dei richiedenti, rilascia un esemplare della scheda di cui al comma 1, munita di fotografia dell'interessato e del timbro datario dell'ufficio e della sigla dell'addetto alla ricezione, quale ricevuta, indicando il giorno in cui potrà essere ritirato il permesso di soggiorno, con l'avvertenza che all'atto del ritiro dovrà essere esibita la documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi in materia sanitaria di cui all'articolo 34, comma 3, del testo unico”*.

Chiarissimi sono i precetti normativi: ogni persona che intenda presentare un'istanza alla PA ha il diritto di averne ricevuta, la cui finalità è sia di comprovare la stessa, sia di avere la definizione del procedimento nei termini di legge, ex art. 2 legge 241/90 e con le garanzie di cui agli artt. 3 e 10-*bis* della medesima legge. Regola totalmente violata alla luce della prassi dianzi descritta.

3.2. La definizione del procedimento

Una volta che si riesca a formalizzare la richiesta di appuntamento, la conclusione del procedimento ha tempi lunghi, con gravi conseguenze, in quanto:

nelle more del primo rilascio non è pacifico che sia consentito lo svolgimento di attività lavorativa regolare;

impossibile l'esercizio dei diritti civili connessi alla titolarità di un permesso o di un cedolino (iscrizione SSN – apertura conti correnti – stipula contratti locazione, ecc.)

Diritti la cui negazione è di per sé grave se l'attesa di definizione del procedimento si protrae a lungo nel tempo, ma nel caso della protezione speciale si produce un'ulteriore criticità in quanto il loro esercizio rappresenta spesso il presupposto per il riconoscimento della protezione speciale, soprattutto per coloro che non hanno avuto un pregresso permesso di soggiorno.

Al riguardo, va considerato che il diritto a lavorare nelle more del procedimento di primo rilascio del permesso per protezione speciale è questione complessa, dato il silenzio della legge, ma si ritiene ragionevole applicarsi in analogia la previsione di cui all'art. 5, co. 9-*bis* TU 286/98, già applicato analogicamente dai Ministeri per il primo rilascio del permesso di soggiorno per famiglia senza distinguere se all'esito della procedura di ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 TUI o per la cd. coesione familiare ex art. 5, co. 5 TUI¹⁰. Infatti, la cir-

¹⁰ art. 5, comma 9-*bis* TU d.lgs. 286/98: "In attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, anche ove non venga rispettato il termine di sessanta giorni di cui al precedente comma, il lavoratore straniero può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino ad eventuale comunicazione dell'Autorità di pubblica sicurezza, da notificare anche al datore di lavoro, con l'indicazione dell'esistenza dei motivi ostativi al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno. L'attività di lavoro di cui sopra può svolgersi alle seguenti condizioni:

a) che la richiesta del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro sia stata effettuata dal lavoratore straniero all'atto della stipula del contratto di soggiorno, secondo le modalità previste nel regolamento d'attuazione, ovvero, nel caso di rinnovo, la richiesta sia stata presentata prima della scadenza del permesso, ai sensi del precedente comma 4, e dell'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999, n. 394, o entro sessanta giorni dalla scadenza dello stesso;

colare congiunta 7.5.2018 del Ministero del lavoro l'interno e dell'Ispettorato del lavoro¹¹ riconosce la “*ammissibilità dello svolgimento di attività lavorativa nelle more del rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.*”, in quanto quel titolo di soggiorno consente di per sé lo svolgimento di attività lavorativa senza necessità di conversione, per cui si applica analogicamente l'art. 5, co. 9-*bis* TU. Secondo il Ministero, dunque, l'attività lavorativa può essere svolta con la semplice ricevuta della richiesta postale di rilascio del permesso di soggiorno.

La stessa *ratio* può/deve valere per la protezione già nelle more del primo rilascio, in quanto:

- l'attività lavorativa è consentita espressamente per il permesso protezione speciale (art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008), che, del resto, è convertibile (art. 6, co. 1-*bis* lett. TU 286/98 – sul punto: si veda nel proseguo)

- l'attività lavorativa è uno degli elementi in relazione ai quali il diritto alla protezione speciale può essere riconosciuto

- è interesse dello Stato favorire e garantire che l'attività lavorativa si svolga regolarmente e non in nero e che la persona non gravi sul sistema assistenziale pubblico

La questione è di particolare importanza alla luce anche dei lunghi tempi di definizione del procedimento, in quanto ne attenuerebbe quantomeno gli effetti pregiudizievoli.

Va considerato che, a mente dell'art. 5, co. 9 TU 286/98 il Questore rilascia il permesso di soggiorno entro 60 gg. dalla richiesta.

3.3. La giurisprudenza in materia di tempi del procedimento

Con riguardo alla presentazione delle domande reiterate di protezione internazionale, il Tribunale di Bologna ha ritenuto che le modalità organizzative della questura non possono essere di impedimento alla presentazione delle domande, le quali devono essere consentite nel termine di legge. Tribunale secondo cui anche “*la presentazione della domanda di protezione ha natura di diritto soggettivo*” (Trib. Bologna 20.11.2019 RG. 15545/2019).

Sempre il Tribunale ha riconosciuto il diritto alla presentazione della domanda di permesso (in una delle situazioni di inespellibilità ex art. 19 TU), affermando che “*Se è certo che l'Amministrazione gode di insindacabile discrezionalità per quanto attiene ai criteri di organizzazione interna del lavoro dei preposti*

b) che sia stata rilasciata dal competente ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso.”

¹¹ <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Pagine/Permesso-di-soggiorno-per-motivi-familiari.aspx>.

uffici, tale discrezionalità non può implicare lo straordinario superamento, da parte della stessa, del termine – per quanto ordinatorio – conclusivo del procedimento. Trattandosi di termine ordinatorio sarà certamente tollerato un accettabile superamento tale da non essere incongruo e valutabile in concreto a seconda delle circostanze rappresentate anche dall'amministrazione su cui quell'obbligo grava. L'insindacabilità dell'organizzazione interna dell'ufficio non può legittimare una violazione del termine procedimentale da parte della Questura così rilevante da determinare un annientamento del diritto.” (Trib. Bologna 17.2.2022 RG. 945/2022).

Sui tempi del procedimento, è interessante anche la giurisprudenza amministrativa che, sia pur in riferimento alla regolarizzazione, afferma principi importanti in generale, ovvero sia che il rispetto dei tempi procedurali *“costituisce diretta applicazione del precetto costituzionale di cui all’art. 97, comma 2 della Costituzione, secondo cui “i pubblici uffici sono organizzati (...) in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”. Il buon andamento della “macchina” organizzativa pubblica presuppone la possibilità per il cittadino che ad essa si rivolge di poter contare su tempi certi– e possibilmente ragionevoli – nella conclusione di un procedimento che debba obbligatoriamente conseguire ad una istanza.” (TAR Milano n. 2145/2021 – in termini TAR Milano n. 1785/2021 e n. 2554/2021).*

4. Il passaporto e il permesso protezione speciale

La mancanza di passaporto è posta, spessissimo, a fondamento dei provvedimenti di irricevibilità. Le situazioni singole dovrebbero però essere differenziate:

Se la persona straniera era già titolare di precedente permesso ordinario, poi scaduto o non rinnovato, verosimilmente è in possesso di passaporto, nel caso da rinnovare.

Se, invece, si tratta di ex richiedente asilo, può non avere il passaporto e dunque dovendo richiedere alla propria Rappresentanza diplomatica in Italia può subire tempi lunghi o l'impossibilità di averlo (ad esempio: il Benin o il Mali non lo rilasciano se il cittadino è privo della carte nina, acquisibile solo direttamente nel Paese; – oppure la Liberia: non ha rappresentanza diplomatica in Italia, così come non ce l'hanno l'Afghanistan, la Siria, lo Yemen, ecc.).

Ci sono, infine, casi nei quali il/la richiedente la protezione speciale può temere ripercussioni in caso di contatti con le Istituzioni del proprio Paese.

In tutti questi casi deve comunque essere iniziato il procedimento per il rilascio del permesso per protezione speciale, nelle more dell'acquisizione del passaporto, e nel caso di motivata impossibilità di sua acquisizione va rilasciato

il titolo di viaggio se le ragioni di protezione speciale sono collegate a rischi persecutori o di danno grave.

Invero, l'identificazione non è elemento costitutivo imprescindibile per l'accertamento del diritto alla protezione speciale, alla pari del richiedente asilo e di tutte le fattispecie di inespellibilità, sottendendo tutte una condizione di particolare tutela indicata dal legislatore in deroga alle regole ordinarie.

Principio che già la giurisprudenza ha espresso: Trib. Bologna 30 ottobre 2020 (in materia di permesso per cure mediche, ex art. 19, co. 2-bis TU 286/98): *“all'inespellibile deve essere consentito di richiedere (e, se del caso, di ottenere) il relativo e corrispondente permesso di soggiorno; e ciò anche se non abbia l'immediata disponibilità del passaporto (o di altro documento equipollente). Diversamente argomentando, e quindi negando la possibilità di richiedere (e, se del caso, di ottenere) il permesso di soggiorno se non in possesso del passaporto, l'inespellibile sarebbe condannato all'irregolarità con tutte le conseguenze del caso. L'esigenza di protezione prevale sull'esigenza di disporre delle generalità risultanti dal passaporto (o altro documento equipollente).”*¹²

Inoltre, se la persona è già stata richiedente asilo, è già stato identificato nel procedimento di protezione internazionale e dunque provvisoriamente è sufficiente quella identificazione, tenendo conto che *“Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”* (art. 4, co. 1 d.lgs. 142/2015).

In molti casi, l'impossibilità o la tempistica per il rilascio del passaporto non dipende da fatto o volontà della persona straniera.

Va considerato che una circolare del Ministero per gli Affari esteri del 1961 (mai ritirata o sostituita) afferma che *“Agli stranieri che invece non abbiano la qualifica di rifugiati politici e che, per ragioni varie, non possono ottenere il passaporto delle autorità del loro paese, verrà rilasciato un nuovo documento, a forma di libretto di colore verde chiaro, denominato “Titolo di viaggio per stranieri” che sarà distribuito a ciascuna Questura in un congruo numero di esemplari.”*, precisando che *“La concessione di detto documento potrà avere luogo, salvo i casi*

¹² Altra giurisprudenza sul passaporto: Trib. Bologna 28 ottobre 2021 RG. 11207/2021 (irricevibilità per titolare protezione sussidiaria, motivata per mancanza passaporto) – Trib. Palermo 8 febbraio 2017 RG. 18456/2016 (sussidiaria e mancanza passaporto) – TAR Lazio, Roma, sent. n. 9105/2015 (titolo viaggio e permesso umanitario) – TAR Campania, Napoli, sent. n. 1069/2021 (ex MSNA impossibilità di acquisire il passaporto Costa d'Avorio) – TAR Palermo n. 3382/2021 (ex permesso umanitario, poi sussidiaria – titolo viaggio) – TAR Brescia n. 318/2021 (diniego conversione da umanitaria a lavoro – possibile eccezione a obbligo passaporto).

di urgente ed improrogabile necessità, solo dopo che l'interessato abbia provato di essere nell'impossibilità di ottenere un passaporto dalle autorità del suo paese e di non avere pendenze verso la Giustizia od obblighi verso la famiglia.”.

Una successiva circolare del Ministero dell'interno del 2003, richiamando quella del 1961, conferma la possibilità di rilasciare il Titolo di viaggio se vi siano impedimenti al rilascio del passaporto in ragione della condizione soggettiva delle persone straniere già titolari di permesso umanitario.

5. La convertibilità del permesso per protezione speciale

Il D.L. 130/2020 ha, come già detto, introdotto una generale convertibilità di tutta una serie di permessi di soggiorno, tra i quali (art. 6, co. 1-*bis* TU): “*a*) 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), e 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”.

Nel contempo, l'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 ha definito il contenuto del permesso: durata biennale, svolgimento attività lavorativa, rinnovabilità previo parere della Commissione, convertibilità in lavoro.

Il richiamo alla convertibilità in riferimento all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 rischia ora un'interpretazione restrittiva, cioè come caratteristica del solo permesso rilasciato all'interno della procedura di protezione internazionale. In questo senso si pone una circolare del Ministero dell'interno del 23.11.2021 (prot. 0156594) che, nel dare istruzioni alle questure per l'inserimento del codice nella banca dati per il permesso protezione speciale ex art. 19, co. 1.2, cioè quello con domanda diretta al Questore, indica tra le informazioni da inserire:

Nel campo “Annotazioni”, la dicitura lavoro

Per la durata 2 anni, rinnovabile “MA non convertibile in lavoro”

Dunque, non è una circolare vera e propria ma è un preciso segnale che il Ministero dell'interno non ritiene convertibile il permesso per protezione speciale rilasciato all'esito del percorso amministrativo davanti al Questore in quanto l'art. 6, co. 1-*bis* richiama esclusivamente il permesso di cui all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008.

Evidente l'irragionevolezza e la discriminazione di tale esclusione/differenziazione, in quanto a fronte di un medesimo diritto, di una medesima condizione soggettiva, il titolo che quella condizione accerta avrebbe un contenuto diverso a seconda dell'iter procedurale seguito. Sfugge quale sarebbe la *ratio* di una simile differenza, che non può che condurre ad un aumento del contenzioso quando

verranno a scadere le validità dei permessi per protezione speciale rilasciati a seguito di procedimento amministrativo davanti al Questore.

Invero, il richiamo nell'art. 6, co. 1-*bis* TU all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 non può che intendersi nel senso che anche il permesso per protezione speciale di competenza diretta del questore rientra nella previsione dell'art. 32, co. 3 nella misura in cui anche per esso è la Commissione a dovere rilasciare un propedeutico parere, ex art. 19, co. 1.2 TU.

Ampliate, infatti, le funzioni della Commissione territoriale di cui all'art. 4 d.lgs. 25/2008 al di fuori del sistema asilo ed essendo in entrambi i contesti imprescindibile il suo parere per l'accertamento dei presupposti dell'intero art. 19, commi 1 e 1.1 TU, il permesso per protezione speciale nell'uno o nell'altro procedimento non può che assumere un unico contenuto.

In altri termini, il collegamento per giungere all'unitarietà del permesso per protezione speciale e del suo contenuto passa attraverso il parere della Commissione territoriale che, assumendo in sé la competenza in entrambi i procedimenti, consente al questore il rilascio di un permesso di identico contenuto, che prescinde dal procedimento utilizzato.

6. La domanda di protezione speciale e le procedure cd. Dublino

La circolare dell'Unità Dublino prot. 0093146 del 24.12.2021, inviata (insieme ad altre) con circolare del Ministero dell'interno 0000373 del 3.1.2022 esclude la ammissibilità della domanda di permesso per protezione speciale se pendente una procedura cd. Dublino (ex Regol. 604/2013), sia essa in fase amministrativa che giurisdizionale. Secondo l'Unità Dublino la domanda deve considerarsi irricevibile perché se uno Stato rilascia un permesso di soggiorno, viene meno la ripartizione della competenza a esaminare la domanda di protezione internazionale secondo i criteri ordinari del regolamento, venendo meno i correlati obblighi (art. 18 Regol.)¹³.

Se è indubbio che il rilascio di un permesso di soggiorno comporti la cessazione o il superamento dei criteri per la determinazione della competenza dello Stato, secondo il Regolamento 604/2013, non si comprende perché il risultato debba essere quello della irricevibilità della domanda di permesso per protezione speciale. Ovviamente si tratta del solo caso della domanda diretta al Questore, giacché nell'altro percorso – all'interno del procedimento per il riconoscimento

¹³ Art. 19 Regol. 604/2013: Cessazione delle competenze: 1. Se uno Stato membro rilascia al richiedente un titolo di soggiorno, gli obblighi previsti all'articolo 18, paragrafo 1, ricadono su detto Stato membro.

della protezione internazionale – sarebbe già decisa la competenza dello Stato italiano all'esame della domanda.

La protezione speciale, invero, è un istituto nazionale, previsto dall'ordinamento italiano e non di derivazione europea. Pertanto non vi è alcun ostacolo al suo riconoscimento, sussistendo uno dei variegati presupposti delineati nell'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 TU 286/98 e se ciò avviene certamente fa cessare la procedura Dublino ai sensi dell'art. 19 Regol. 604/2013.

Dunque, la coesistenza delle due domande porta a conclusioni opposte a quelle indicate nella circolare dell'Unità Dublino e può ritenersi che la presentazione della richiesta di permesso per protezione speciale implichi rinuncia alla domanda di protezione internazionale.

Infatti, si tratta di due domande differenti, con presupposti differenti e procedure altrettanto diverse, che possono coesistere fino alla loro definizione, in quanto:

- hanno in comune la natura giuridica dei diritti pretesi (natura fondamentale e per molti aspetti assoluta – espressione del generale divieto di refoulement ma anche attuazione del diritto di cui all'art. 10, co. 3 della Costituzione), ma

- le fattispecie sottese all'uno e all'altro procedimento sono diverse
- seguono differenti iter procedurali per il loro riconoscimento.

Pertanto, sono prospettabili le seguenti soluzioni:

- se pendente il procedimento amministrativo per il rilascio del permesso per protezione speciale, il procedimento Dublino viene sospeso per verificare che, rilasciato il permesso, si integri la cessazione dell'art. 19 Regol. Dublino;

- se pendente procedimento giudiziale afferente un provvedimento di rinvio Dublino, può essere chiesta la sospensione del giudizio in attesa della definizione del procedimento amministrativo ex art. 19 TU 286/98;

- il/la richiedente asilo rinuncia espressamente alla domanda di riconoscimento della protezione internazionale.

7. Prime conclusioni

Le varie criticità riscontrate nell'applicazione del nuovo istituto della protezione speciale rischiano, come già detto, di vanificare il diritto stesso, nonostante la sua collocazione nella parte del TU immigrazione dedicato ai divieti di espulsione e respingimento e dunque afferendo a diritti fondamentali della persona. Le problematiche sino ad oggi rinvenute hanno, però, fatto riemergere prepotentemente tutte le generali questioni che riguardano i procedimenti per il rilascio dei permessi di soggiorno, di ogni tipologia, e non ci si riferisce alla discrezionalità esercitata dall'Autorità di P.S. (legittima o meno che sia) quanto al non rispetto

delle regole procedurali dettate in generale dalla legge n. 241/90 – che vale anche per i procedimenti qui all’esame – e di quelle dettate nello specifico del diritto dell’immigrazione dal TU d.lgs. 26186/98 e dal suo regolamento di attuazione d.p.r. 394/99.

Ci auguriamo che sia l’occasione per far rientrare anche questo peculiare branca del diritto all’interno del sistema ordinario italiano.