

IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER PROTEZIONE SPECIALE DOPO IL DECRETO LEGGE N. 130/2020: una importante innovazione nel diritto degli stranieri

Paolo Bonetti

1. Le ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale

Nel sistema italiano del diritto degli stranieri il permesso di soggiorno per protezione speciale fu introdotto nell'art. 19 del d. Lgs. n. 286/1998 dal decreto-legge n.113/2018 per ipotesi limitate di stranieri che non potevano ottenere la protezione internazionale (status di rifugiato e status di protezione sussidiaria) insieme con l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari ed è stato poi ampliato dalla riforma attuata col decreto-legge n. 130/2020 che, adeguando l'ordinamento giuridico italiano agli obblighi costituzionali e internazionali, costituisce senz'altro una riforma molto significativa. È uno strumento permanente destinato a tutelare – in modo flessibile e commisurato alle specificità di ogni situazione – i diritti fondamentali, l'integrazione sociale e la regolarizzazione della condizione di soggiorno irregolare di tanti stranieri comunque non allontanabili dal territorio italiano. Trattandosi di strumento complesso deve essere perciò approfondito per essere applicabile.

È una forma di protezione duratura in Italia di cui sono titolari stranieri che si trovino o arrivino nel nostro paese, anche in situazione di soggiorno irregolare, e che non abbiano tutti i requisiti per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale o che non possano ottenere il rilascio di altri titoli di soggiorno, ma la cui condizione giuridica sia meritevole di protezione per effetto di precisi obblighi internazionali o costituzionali che ne impediscono l'allontanamento dall'Italia.

Oggi le ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale sono quattro, distinte tra di loro, alcune delle quali si possono fare rientrare nel diritto di asilo previsto dall'art. 10, comma 3 della Costituzione italiana ed altre no:

- a) il divieto di espulsione o di respingimento dello straniero che rischi di subire nello Stato di origine o di invio persecuzioni individuali;
- b) il divieto di espulsione o di respingimento o di estradizione dello straniero che rischi di subire nello Stato di origine o di invio torture o trattamenti inumani o degradanti;
- c) il divieto di rigettare il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno o di revocarlo allorché sussistano obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano;
- d) il divieto di respingimento o di espulsione dello straniero il cui allontanamento dal territorio italiano comporti il rischio di lesioni al diritto dello straniero al rispetto della propria vita privata e familiare, valutato sulla base di una serie di criteri positivi e negativi.

I presupposti della protezione speciale si configurano come un «catalogo aperto», analogamente a ciò che accadeva col permesso di soggiorno per motivi umanitari abrogato dal decreto-legge n. 113/2018¹, il che consente all'interprete di includere in tale protezione varie situazioni rientranti nel c.d. «asilo

¹ Per la giurisprudenza di legittimità che ha definito la protezione umanitaria «catalogo aperto» in quanto misura in grado di abbracciare tutte quelle situazioni in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria, tuttavia non poteva disporsi l'espulsione per le più svariate ragioni, non necessariamente fondate sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita o per l'incolumità psicofisica secondo la declinazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 251 del 2007, Cf. Sez. 1, n. 13079/2019, Rv. 654164-01; Sez. 6-1, n. 23604/2017, Rv. 646043-01; Sez. 6-1, n. 21903/2015, non massimata; Sez. 6-1, n. 15466/2014, non massimata; Sez. 6-1, n. 26566/2013. Per una sintetica ricostruzione storico sistematica della giurisprudenza di legittimità sull'articolo 10, co. 3, Cost, v. MARIA ACIERNO, «Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future», in PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggiori, 2021, pp. 84-87.

costituzionale» previsto dall'art. 10, comma 3 della Costituzione.², il quale è un insieme più ampio dentro il quale si trova la protezione internazionale garantita dal diritto UE. La nuova protezione speciale si caratterizza dunque per «potenzialità espansive non predeterminate né predeterminabili»³ analoghe a quelle che caratterizzavano la previgente protezione umanitaria, ma, come si approfondirà più oltre, consente di regolarizzare caso per caso anche di situazioni di soggiorno irregolare.

Pertanto, in tutte queste ipotesi sono vietati il respingimento e l'espulsione dello straniero, da interpretarsi in senso estensivo proprio perché attua divieti di allontanamento che tutelano diritti fondamentali della persona. Occorre quindi riferirsi a tutti i tipi di provvedimento espulsivo (amministrativo o giudiziario), di estradizione e di respingimento (alla frontiera o differito), ma anche al respingimento attuato di fatto in mare di chi, essendo diretto verso le coste italiane, sia fermato da organi dello Stato italiano mentre è ancora in acque internazionali (vietato dall'art. 3 Cedu⁴) e pure a forme di riammissione o ammissione previste da accordi bilaterali.

1.1. Lo straniero che rischia di subire persecuzioni nello Stato di origine o di invio

La prima ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale consegue al *divieto di respingimento o di espulsione dello straniero verso uno Stato in cui 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 rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione* (Art. 19, comma 1 d. lgs. n. 286/1998).

Essa richiama alcuni divieti di discriminazione previsti nell'art. 3, comma 1 della Costituzione e che coincidono in parte con i presupposti del diritto di asilo garantito dall'art. 10, comma 3 della Costituzione e in parte no, allorché si tratti di rischi persecutori che sussistano non nello Stato di origine, ma in

² Considera la nuova protezione speciale idonea ad attuale l'asilo costituzionale MARIA ACIERNO, "Il diritto del cittadino...", cit., p. 89. A conclusioni opposte giunge NAZZARENA ZORZELLA, "La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative", in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», fasc. n. 2021, pp. 146-148.

³ MARIA ACIERNO, "Il diritto del cittadino...", cit., p. 82.

⁴ Cf. CORTE EDU (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia, ric. n. 27765/09.

altri Stati (in tal senso la protezione speciale protegge uno straniero che sia stato oggetto di persecuzione in uno Stato di transito, come la Libia); la persecuzione citata in parte coincide con quella che legittimano il riconoscimento dello status di rifugiato, ma in parte ne esula (per i casi in cui la persecuzione avviene fuori dello Stato di origine o avviene per motivi connessi con la condizione personale o sociale).

Dunque, allorché sussista il rischio di persecuzione individuale lo straniero ottiene il riconoscimento dello status di rifugiato, se presenta domanda di protezione internazionale; ottiene invece il permesso di soggiorno per protezione speciale in una delle seguenti situazioni:

- a) lo straniero, pur essendo a rischio di persecuzione, si trova in una delle condizioni che comportano l'esclusione o il diniego di riconoscimento o la revoca o la cessazione dello status di rifugiato che sono previste negli artt. 9, 10, 12, 13 del d. lgs. n. 251/2007;
- b) il rischio di persecuzione dello straniero si verifica nello Stato di potenziale invio e non nello Stato di cui è cittadino;
- c) il motivo di persecuzione dello straniero non è tra quelli che legittimano la protezione internazionale (p. es. persecuzione per le sue condizioni personali o sociali);
- d) lo straniero, informato della possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale e dei relativi effetti, non vuole presentarla, ma rischia comunque di essere perseguitato in caso di invio in un determinato Stato in cui dovrebbe essere espulso, respinto o estradato.

1.2. Lo straniero che rischia di subire torture o trattamenti inumani o degradanti nello Stato di origine o di invio

La seconda ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale consegue al *divieto di respingimento o di espulsione o di estradizione dello straniero verso uno Stato di origine o di provenienza qualora esistano fondati motivi di ritenere che lo straniero rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti*. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (art. 19, comma 1.1 d. lgs. n. 286/1998).

Questo divieto richiama il divieto inderogabile previsto dall'art. 3 CEDU anche in presenza di persona ritenuta pericolosa per la sicurezza dello Stato⁵ (anche se manca il richiamo alle pene inumani o degradanti), come interpretato dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, e attua la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984, il cui art. 3, par. 1, comporta anche il divieto di espellere, respingere o estradare una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura o a trattamenti inumani o degradanti (si pensi al caso della Libia). Peraltro, la Cassazione ha ricordato che le sevizie subite nel paese di transito non possono essere dimenticate perché il loro forte grado di traumaticità incidono sulla condizione di vulnerabilità della persona⁶.

Dunque, allorché sussista il rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti lo straniero ottiene il riconoscimento della protezione internazionale (status di rifugiato o status di protezione sussidiaria), se presenta domanda di protezione internazionale; ottiene invece il permesso di soggiorno per protezione speciale in una delle seguenti situazioni:

- a) lo straniero, pur essendo a rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti, si trova in una delle condizioni che comportano l'esclusione o il diniego di riconoscimento o la revoca o la cessazione della protezione internazionale che sono previste negli artt. 9, 10, 12, 13, 15, 16, 18 del d. lgs. n. 251/2007;
- b) il rischio di torture o di trattamenti inumani o degradanti si verifica nello Stato di potenziale invio e non nello Stato di cui è cittadino lo straniero (è il caso degli stranieri maltrattati in Libia);
- c) lo straniero, pur informato della possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale e dei relativi effetti, non vuole presentare domanda di protezione internazionale, ma alla luce della situazione generale dei diritti umani nel suo Paese rischia comunque di subire torture o trattamenti inumani o degradanti in caso di invio in un determinato Stato.

⁵ Cf. CORTE EDU (Grande Camera), sentenza del 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, ric. n. 37201/06.

⁶ Cf. CASS., III sez. civ., ord. n. 20571 del 19 luglio 2021.

1.3. Lo straniero il cui permesso di soggiorno non può essere revocato o rifiutato o non rinnovato per obblighi costituzionali o internazionali

La terza ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale consegue al rispetto degli *obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano* in presenza dei quali il Questore non può rifiutare il rilascio o il rinnovo o revocare il permesso di soggiorno (art. 5, comma 6 d. lgs. n. 286/1998). In proposito occorre distinguere due ipotesi:

- a) caso in cui il procedimento amministrativo era stato avviato sulla base della richiesta di rilascio o di rinnovo di un permesso presentata dallo straniero che dovrebbe concludersi con un rigetto perché non sussistono, né i presupposti per il rilascio o il rinnovo del permesso richiesto, né i presupposti per il rilascio di un permesso per un motivo di soggiorno diverso da quello originariamente richiesto (art. 5, comma 9 d. lgs. n. 286/1998), ma sussistono obblighi costituzionali o internazionali che ne impediscono l'allontanamento dal territorio dello Stato;
- b) caso in cui il procedimento di revoca dovrebbe essere attivato d'ufficio dal Questore in presenza di motivi ostativi al soggiorno (per es. condanne anche in primo grado o segnalazione al SIS per la non ammissione o rischi per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato o rischi che lo straniero sia pericolo socialmente), ma sussistono obblighi costituzionali o internazionali che ne impediscono l'allontanamento dal territorio dello Stato.

Dunque, il Questore d'ufficio o sulla base degli elementi forniti dallo straniero anche nella domanda si avvede che nella situazione individuale dello straniero potrebbero sussistere impedimenti al diniego o alla revoca di un permesso di soggiorno derivanti da obblighi costituzionali o internazionali. In tali ipotesi lo straniero ottiene il riconoscimento della protezione internazionale (status di rifugiato o status di protezione sussidiaria), se ha presentato domanda, oppure ottiene il permesso di soggiorno per protezione speciale in una delle seguenti situazioni:

- a) obblighi costituzionali o internazionali estranei ai presupposti della protezione internazionale;
- b) condizioni che comportano l'esclusione o il diniego di riconoscimento o la revoca o la cessazione della protezione internazionale che sono previste negli artt. 9, 10, 12, 13, 15, 16, 18 del d. lgs. n. 251/2007;
- c) lo straniero, seppur informato della possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale e dei relativi effetti, non voglia presentare domanda di protezione internazionale.

Peraltro, l'art. 6, comma 5, d. lgs. n. 286/1998 conserva la sua piena autonomia e applicabilità nei procedimenti di rilascio e rinnovo di altri titoli di soggiorno e perciò vi è chi ritiene che, allorché sussistano obblighi costituzionali e internazionali che comportano il divieto di rifiutare il rilascio o il rinnovo o di revocare un permesso di soggiorno, la Questura, invece di rilasciare il permesso di soggiorno per protezione speciale, dovrebbe rilasciare o rinnovare il titolo di soggiorno originariamente richiesto dall'istante⁷.

Gli *obblighi costituzionali* sono previsti da norme della Costituzione e delle leggi costituzionali e tra tali obblighi occorre menzionare almeno i seguenti:

- a) il diritto di asilo garantito allo straniero a cui nel proprio paese è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, co. 3 Cost.), cioè sia i diritti fondamentali previsti nella stessa Costituzione italiana, sia i diritti fondamentali previsti dalle norme internazionali, garantiti come inviolabili grazie all'art. 2 della Costituzione;
- b) il divieto di estradizione per reati politici (art. 10, co. 4 Cost.), il che si verifica anche allorché lo straniero rischi di essere processato o condannato per reati politici per i quali l'extradizione dello straniero è vietata, salvo che si tratti di delitti di genocidio (l. cost. n. 1/1967); in tal senso il respingimento o l'espulsione o l'extradizione non possono essere eseguiti e il permesso deve essere rilasciato in due ipotesi:
 - allorché si debba eseguire una domanda di estradizione nei confronti di persona, anche detenuta in istituto penitenziario, che abbia presentato domanda di protezione internazionale o abbia manifestato l'intenzione di presentare tale domanda,
 - allorché il Ministro della giustizia o l'autorità giudiziaria ravvisino gli impedimenti all'extradizione da reati politici o violazione di diritti fondamentali indicati negli artt. 698 e 705, comma 2 cod. proc. pen.;
- c) il diritto alla salute (art. 32 Cost.), salvo che si tratti di un impedimento momentaneo per il quale si debba rilasciare permesso di soggiorno per cure mediche;
- d) il diritto di agire in giudizio per tutelare i propri diritti e il diritto di difendersi in ogni stato e grado del giudizio (art. 24 Cost. – si veda in proposito Corte cost. sent. n. 276/2008); peraltro nei casi di ingresso e soggiorno per motivi giudiziari può essere rilasciato il permesso per motivi giudiziari o per casi speciali nelle ipotesi previste dagli artt. 17, 18, 18-bis, e 22 d. lgs. n. 286/1998;

⁷ NAZZARENA ZORZELLA, "La nuova protezione speciale...", cit., p. 150.

- e) i diritti di avere un giudice naturale precostituito per legge e di essere punito soltanto in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 Cost.);
- f) il diritto di ricevere nel processo penale informazioni sulle accuse a proprio carico e di difendersi di fronte ad un giudice terzo ed imparziale in condizioni di parità e nel contraddittorio con l'accusa (art. 111 Cost.);
- g) il divieto della pena di morte (art. 27 Cost.), da cui la giurisprudenza costituzionale fa derivare il divieto di collaborare con chiunque possa praticare la pena di morte e perciò anche il divieto di espulsione, respingimento o estradizione di chiunque verso uno Stato in cui può essere sottoposto alla pena di morte.

Gli *obblighi internazionali* derivano da norme del diritto internazionale generalmente riconosciute a cui l'ordinamento italiano deve adeguarsi in modo automatico (art. 10, comma 1 Cost.) e da norme di trattati o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia. Tra tali obblighi vi sono almeno:

- a) il diritto alla vita (art. 2 CEDU); esso implica:
 - il divieto di essere privato della vita, anche in esecuzione di una condanna emanata da una pubblica autorità, espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale come assoluto ed inderogabile e quindi ostativo all'extradizione dello straniero per reati che la legge dello Stato estero consenta di punire anche con la pena di morte (sent. n. 223/1996); il che è imposto anche dal divieto assoluto della pena di morte previsto dal Protocollo n. 13 alla CEDU, ratificato dall'Italia con legge 15.10.2008, n. 179;
 - il divieto di essere inviato in uno Stato in cui sia concretamente in pericolo la possibilità dello straniero di vivere una vita dignitosa a causa di un disastro ambientale, come definito dall'art. 452-quater cod. pen. (l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema o l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti onerosa o comunque conseguibile soltanto a seguito di provvedimenti eccezionali adottati dalle autorità governative competenti o l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto, per l'estensione della compromissione dell'ecosistema o comunque dei suoi effetti e del numero di persone coinvolte ed esposte al pericolo da esso derivante), oppure a causa di un cambiamento climatico o dell'insostenibile uso delle

- risorse naturali, sempreché che le autorità competenti nulla di efficace compiano per contrastare questi fenomeni⁸;
- b) il divieto di torture o di pene o di trattamenti inumani e degradanti (art 3 CEDU), a cui si collega anche l'obbligo derivante dall'art 14 della Convenzione contro la tortura di assicurare una riabilitazione completa alle vittime di tortura⁹;
 - c) l'obbligo di proteggere le persone dal rischio di sparizioni forzate, previsto dall'art. 16 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni, ratificato e reso esecutivo con legge n. 131/2015;
 - d) il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita e il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, previsti dall'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, il quale al fine di assicurare questi diritti impegna tutti gli Stati a cooperare e ad aiutare gli Stati in via di sviluppo.

Perciò lo straniero non può essere allontanato verso uno Stato in cui subirebbe il rischio concreto e immediato di una violazione dei suoi diritti alla vita e a non subire trattamenti inumani o degradanti (artt. 2 e 3 CEDU), a causa dell'indisponibilità di mezzi di sostentamento nella situazione attuale di quello Stato che, secondo i più recenti rapporti delle competenti organizzazioni internazionali (FAO, PAM, UNICEF), è quella della insicurezza alimentare acuta (che si verifica quando l'impossibilità di consumare cibo sufficiente espone una persona o i suoi mezzi di sussistenza a pericolo immediato) o della fame cronica (che si verifica quando una persona non è in grado di consumare cibo sufficiente per un periodo prolungato e non riesce ad avere una vita normale e attiva).

In proposito la Cassazione riconosce la protezione umanitaria (oggi speciale) in casi di povertà estrema, che costituisce «la più dura condizione di povertà, nella quale non si dispone, o si dispone con grande difficoltà o intermittenza, delle primarie risorse per il sostentamento umano come l'acqua, il cibo, il ve-

⁸ Cass.; II^a sez. civ. ord. n.5022 del 9 marzo 2021; per un approfondimento in merito si rinvia a PAOLO BONETTI "La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa" in «Lexambiente- rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente», n. 2/2021, pp. 48-82.

⁹ Sull'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione anche in relazione a fatti verificatisi fuori dal territorio dello Stato, Cfr. MARCELLA FERRI, "La riabilitazione a favore delle vittime di atti di tortura commessi all'estero: alcune riflessioni a partire dall'articolo 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura", in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», Fasc. n. 3/2019, p. 109 e ss.

stionario e l'abitazione» e ricorda che la Banca mondiale fissa la povertà estrema in chi vive con meno di 1,90 dollari al giorno per persona¹⁰.

1.4. Lo straniero che in caso di allontanamento dall'Italia subirebbe rischi di violazioni del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare

La quarta ipotesi consegue al *divieto di espulsione o di respingimento dello straniero qualora esistano fondati motivi di ritenere che il suo allontanamento dal territorio italiano 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 *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* (art. 19, comma 1.1. e 1.2 d. lgs. n. 286/1998).

In questa ipotesi il rischio di violazione del diritto al rispetto della sua vita privata o familiare dello straniero deriva non già dall'impossibilità di esercitarlo nel suo paese di origine o di residenza, ma dall'impossibilità di esercitarlo in Italia, che deriverebbe dal suo allontanamento dal territorio italiano.

Queste nuove norme richiamano implicitamente elementi indicati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma soprattutto la disciplina dell'art. 8 CEDU che garantisce a chiunque il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e la giurisprudenza della Corte EDU che l'ha applicata agli stranieri¹¹, come si approfondirà più oltre.

¹⁰ Cfr. CASS. Civ. ord. Sez. L n. 15961/2021 del 8 giugno 2021.

¹¹ Tra le tante sentenze della Corte EDU sent. *Boultif c/Svizzera* del 2.8.2001, ric. n. 54273/200, parr. 39 ss.; sent. *Benhebbia c/Francia* del 10.7.2003, ric. n. 53441/99; parr. 25-37; sent. *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c/Olanda*, del 31.1.2006, ric. 50435/99, parr. 38-39; sent. *Uner c/ Olanda* del 18.10.06, ric. 46410/99, parr. 56-59, in cui la Corte definisce la nozione di «vita privata» con particolare riferimento alle condizioni degli immigrati e ad al fine di valutare la congruità della misura di ingerenza (necessaria in una società democratica e proporzionata allo scopo legittimo perseguito) nella fruizione del diritto alla vita privata e familiare indica la necessità della valutazione delle condizioni personali dell'immigrato; sent. *C.G. e altri c/ Bulgaria* del 24.4.2008, ric. 1365/07, parr. 55-57 e 62, in cui la Corte Europea afferma che

Peraltro, occorre precisare che in base all'art. 5, co. 9 d.lgs. n. 286/1998 allorché sussista una delle ipotesi di diritto dello straniero al mantenimento o al riacquisto dell'unità familiare previsto dagli artt. 28, 29, 30, 31 d.lgs. n. 286/1998 o di diritti di minore, anche non accompagnato, previsti negli artt. 19, 31 e 32 d. lgs. n. 286/1998 e negli artt. 10 e 11 legge n. 13/2007 o di diritto di soggiorno in quanto familiare di cittadino italiano o di altro Stato UE previsto dagli artt. 2, 3, 7, 9, 10, 23 d.lgs. n. 30/2007 allo straniero deve essere subito rilasciato (senza, perciò, alcun parere della Commissione territoriale) altro titolo di soggiorno nei casi già espressamente previsti da tali norme, invece che il permesso di soggiorno per protezione speciale.

In tutte le ipotesi restanti allorché un allontanamento dello straniero possa danneggiare il diritto al rispetto della sua vita privata o della sua vita familiare è ipotizzabile il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. A tal fine occorre fare valutazioni motivate e distinte circa tutti gli elementi indicati dalla norma legislativa:

- a) la sussistenza o meno di uno dei presupposti fondati sul divieto di respingimento e di espulsione o di estradizione in presenza di un rischio concreto e attuale che l'allontanamento dal territorio dello Stato dello straniero, anche irregolarmente soggiornante, comporti una lesione del suo diritto al rispetto della vita privata e/o del suo diritto al rispetto della vita familiare, garantiti dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza (giuridicamente vincolante) della Corte europea dei diritti dell'uomo che delinea molti dei passaggi argomentativi necessari;
- b) la sussistenza o meno di cause ostative al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale e prevalenti sul rischio per lo straniero che l'allontanamento comporti una lesione al diritto al rispetto della sua vita privata o familiare, le quali siano fondate su sicurezza dello Stato oppure sull'ordine pubblico oppure ancora sulla sanità pubblica;
- c) in presenza delle citate cause ostative, la sussistenza o meno di obblighi contrari al diniego del permesso di soggiorno per protezione speciale, de-

in materia di immigrazione, ove l'espulsione può violare il diritto dello straniero al rispetto della sua vita privata e familiare, l'art. 13 della CEDU in congiunzione con l'art. 8 richiede che gli Stati debbano fornire alla persona l'effettiva possibilità di impugnare l'espulsione o il rigetto del permesso di soggiorno, nonché darle la possibilità che le questioni di merito vengano esaminate con sufficienti salvaguardie procedurali e in ogni caso da un competente tribunale domestico che offra adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità. A conferma cfr., da ultimo, Sent. Narjis c/ Italia del 14.01.2019, Ric. n. 57433/15.

rivanti dall'obbligo di osservare la Carta UE sui diritti fondamentali e la Convenzione sullo status di rifugiato.

In primo luogo, occorre accertare che vi sia una vita privata e una vita familiare.

La nozione di “vita familiare” riguarda soltanto i rapporti tra coniugi o conviventi *more uxorio* e tra genitori e figli minori, mentre la relazione con i figli maggiorenni e con parenti diversi dai figli minori d'età è ricompresa nel concetto di vita familiare solo qualora si tratti di legami con una particolare relazione di dipendenza¹²; in assenza di tale requisito, la relazione “familiare” tra adulti è, invece, ricondotta dalla Corte EDU alla nozione di vita privata. Peraltro, in relazione ai giovani da poco divenuti maggiorenni, che non abbiano costituito un proprio nucleo familiare e vivano ancora con la famiglia di origine, la Corte ha ricondotto i legami esistenti con i genitori e con i parenti più prossimi, talvolta, sia alla vita privata che a quella familiare¹³ e talvolta soltanto alla vita familiare¹⁴.

La nozione di famiglia non coincide necessariamente con la cd. famiglia “nucleare” o con la famiglia fondata sul matrimonio, potendo comprendere anche persone non legate da vincoli giuridici o genetici, a condizione che tali vincoli siano dimostrati da circostanze di fatto, come la coabitazione¹⁵

La nozione di vita familiare, inoltre, non è limitata soltanto a rapporti basati sul matrimonio e può comprendere altri legami familiari, in cui le parti coabitino al di fuori del matrimonio: la coabitazione potrebbe essere un requisito per tale rapporto, ma altri fattori possono eccezionalmente essere utili a dimostrare che il rapporto ha una costanza sufficiente da creare dei legami familiari¹⁶.

La nozione di vita familiare, infine, si riferisce anche a tutte quelle situazioni in cui sussiste un legame familiare di fatto: solo in questo senso vengono in

¹² Cf. Commissione europea dei diritti umani, App. No. 10375/83, 10 dicembre 1984, par. 196; Corte EDU, Kwakie-Nti et Dufie v. the Netherlands (dec.), App. No. 31519/96, 7 novembre 2000; Ezzouhdi v. France, App. No. 47160/99, 13 febbraio 2001, par. 34; Benhebbia v. France, App. No. 53441/99, 10 luglio 2003, par. 36; Slivenko v. Latvia, cit.; F.N. v. the United Kingdom (dec.), App. No. 3202/09, 17 settembre 2013, par. 36; A.S. v. Switzerland, App. No. 39350/13, 30 giugno 2015, par. 49.

¹³ Cf. Corte EDU El Boujaïdi v. France, App. No. 25613/94, 26 settembre 1997, par. 33; Bouchelkia v. France, App. No. 23078/93, 29 gennaio 1997, par. 41; Ezzouhdi v. France, cit., par. 26).

¹⁴ Cf. Corte EDU, Maslov v. Austria (Grande Camera), App. No. 1638/03, 23 giugno 2008, par. 62.

¹⁵ Corte EDU, 20.6.2002, Al-Nashif, n. 50963/99; Corte EDU, 13.6.1979, Marckx, n. 6833/74, in cui il rapporto fra un minore e il nonno è stato reputato rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU.

¹⁶ Corte EDU, Kroon e altri c. Paesi Bassi, ricorso n.18535/9, sent. 27 ottobre 1994, par. 30.

rilievo circostanze oggettive quali la presenza di figli, la convivenza¹⁷, la durata e la stabilità del legame¹⁸.

Il *diritto alla vita privata* comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona, il diritto allo sviluppo personale e il diritto di stabilire e mantenere relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno¹⁹ e ricomprende la totalità dei legami sociali tra migranti insediati e la comunità in cui essi stanno vivendo²⁰. Secondo la Corte, infatti, poiché l'art. 8 CEDU protegge il diritto a stabilire e sviluppare rapporti con altri esseri umani e il mondo circostante, e può a volte comprendere aspetti dell'identità sociale di un individuo, la totalità dei legami sociali tra i migranti residenti e la comunità in cui essi abitano, costituisce una parte del concetto di vita privata all'interno del contenuto dell'art.8²¹. Dalla giurisprudenza della Corte Edu emerge che gli interessi e i valori inclusi nella nozione di vita privata possono essere suddivisi in tre categorie.

La prima categoria riguarda l'integrità fisica, psicologica o morale della persona, nella quale la Corte EDU include aspetti eterogeni fra loro, come l'orientamento sessuale, la vita sessuale, la violenza fisica e psicologica, i diritti riproduttivi²², i trattamenti sanitari obbligatori, la salute, compresa quella mentale, le difficoltà delle persone disabili, le scelte di fine vita, tra cui il diritto a rifiutare le cure e la donazione degli organi, nonché casi concernenti la sepoltura e il rispetto per i defunti, ma anche l'impatto sulla qualità della vita derivante da questioni ambientali.

La seconda categoria riguarda gli interessi concernenti la riservatezza, tra cui il diritto all'immagine, il diritto d'autore, la reputazione e la tutela dalla diffamazione, la protezione e la raccolta dei dati personali, in particolare di quelli sensibili, il diritto di accesso, la tutela della corrispondenza e delle comunicazioni, p.es. in caso di intercettazioni telefoniche e nel rapporto tra avvocato e assistito.

¹⁷ Corte EDU, Johnston e altri c. Irlanda ricorso n. 9697/82, sent. 18 dicembre 1986, par. 56

¹⁸ Corte EDU, X, Y e Z c. Regno Unito, ricorso n. 21830/93, sent. 22 aprile 1995 para. 36; Kroon e altri c. Paesi Bassi ricorso n. 18535/91, sent. 27 ottobre 1994, par. 30; Johnston e altri c. Irlanda, ricorso n. 9697/82, sent. 18 dicembre 1986 para. 55; Keegan c. Irlanda, ricorso n.16969/90, sent. 26 maggio 1994, par. 44

¹⁹ Corte EDU, sent. 29 aprile 2002, Pretty. c. Regno Unito, n. 2346/02, par. 61.

²⁰ Corte EDU, Ünner v. the Netherlands [GC], cit., par. 59.

²¹ Corte EDU, Furst-Pfeifer c. Austria, ricorsi n. n. 33677/10, n. 52340/10, sentenza del 16 maggio 2016 par. 32.

²² Corte EDU, S.H. e altri c. Austria [GC], ricorso n.57813/00 sent. 15 novembre 2007, para. 82; *Dickson c. Regno Unito* [GC] ricorso n. 44362/04 sent. 4 dicembre 2007, par. 66.

La terza categoria riguarda i concetti di identità ed autonomia, nei quali sono stati inclusi il diritto alla realizzazione personale e all'autodeterminazione²³, l'identità fisica e sociale della persona²⁴, il diritto di scoprire le proprie origini in caso di adozione, l'identità di genere, il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore²⁵ e il rapporto genitori-figli, la residenza e il domicilio (sia quello delle persone fisiche, sia quello delle persone giuridiche), la religione e le convinzioni filosofiche, il diritto all'identità e al nome, il diritto a rivendicare la propria identità etnica, l'espulsione dello straniero, l'apolidia e la cittadinanza.

In secondo luogo occorre verificare se in concreto un eventuale provvedimento che limita o toglie il diritto al rispetto alla vita familiare o alla vita privata abbia i tre requisiti previsti dall'art. 8 CEDU e cioè se sia adottato sulla base di una norma legislativa, se persegua uno degli obiettivi indicati nello stesso articolo («una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» – anche se a differenza dell'art. 8 CEDU, l'art. 19, comma 1.1 d. lgs. n. 286/1998 non prevede tra le motivazioni che possono giustificare una limitazione della vita privata e familiare la protezione della morale, dei diritti e delle libertà altrui e il benessere economico del paese) e se la misura sia necessaria considerando, in particolare, tra gli altri, la proporzionalità della misura restrittiva rispetto all'obiettivo perseguito²⁶.

Nell'esaminare la compatibilità con l'art. 8 CEDU del bilanciamento di interessi compiuto dallo Stato, al quale è consentito un certo margine di discrezionalità, la Corte EDU tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto²⁷. L'ampiezza degli obblighi per lo Stato di ammettere sul suo territorio congiunti delle persone che vi risiedono varia in funzione della particolare situazione delle persone coinvolte e dell'interesse generale²⁸.

²³ CORTE EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02 sent. 29 aprile 2002, par. 61

²⁴ CORTE EDU, *Mikulic c. Croazia*, ricorso n. 53176/9, sent. 7 febbraio 2002, par. 53

²⁵ CORTE EDU, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05 sentenza del 10 aprile 2007, par. 71; *A, B e C c. Irlanda*, n.25579/05 sent. 16 dicembre 2010, par. 212

²⁶ Cf. CORTE EDU *Vavříčka and Others v. The Czech Republic* (grande camera), App. No. 47621/13, 3867/14, 73094/14,

^{19298/15}, 19306/15, 43883/15, sentenza 8 aprile 2021, par. 273.

²⁷ Cf. CORTE EDU, *Sisojeva c. Lettonia*, CORTE EDU 16.6.2006.

²⁸ Cf. CORTE EDU, *Gül c. Svizzera*, 19.2.1996, § 38.

In particolare, la Corte EDU ha elaborato un “percorso a tappe” volto ad accertare, ai sensi dell’art. 8 co. 1, l’esistenza di una famiglia e di una vita familiare da tutelare nonché dell’“interferenza” con tale diritto operata dal provvedimento di espulsione; ma l’accertamento dell’avvenuta violazione, tuttavia non è ancora elemento sufficiente ai fini della dichiarazione di illegittimità dell’espulsione, perché occorre anche considerare i profili indicati nel secondo comma dell’art. 8, cioè che il provvedimento statale restrittivo è stato adottato «in conformità della legge», che esso comporta il «perseguimento di uno scopo legittimo» e che esso sia «necessario in una società democratica».

Nella decisione *Boultif*²⁹ la Corte ha fissato i criteri rilevanti nella valutazione dell’illegittimità dell’espulsione rispetto all’art. 8 CEDU, con riferimento alla sua «necessarietà in una società democratica» e alla «proporzionalità al fine legittimo perseguito», essendo questi ultimi i profili più interessati dalle dichiarazioni di violazione dell’art. 8 CEDU.

In proposito l’orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte EDU³⁰ comporta che in caso di *respingimento o espulsione dello straniero abbia commesso un reato* occorre valutare in concreto caso per caso la proporzionalità della misura restrittiva adottata col diritto al rispetto della vita familiare, sulla base di una serie di parametri (molti dei quali ora sono previsti dall’art. 19 d. lgs. n. 286/1998 dopo le modifiche introdotte nel 2020)³¹.

²⁹ Cf. CORTE EDU, *Boultif v. Switzerland*, App. No. 54273/00, 2 agosto 2001, par. 46-48.

³⁰ Cf. CORTE EDU, sent. 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, n. 54273/00; sent. 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi [GS]*, n. 46410/99, par. 57-58; sent. 10 aprile 2012, *Balogun c. Regno Unito*, n. 60286/09, par. 43; Corte EDU, sent. 16 aprile 2013, *Udeh c. Svizzera*, n. 12020/09, par. 52; Corte EDU, sent. 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi [GS]*, n. 12738/10, par. 117-118; sent. 1 dicembre 2016, *Salem c. Danimarca*, n. 77036/11, par. 75, 78; sent. 23 ottobre 2018, *Assem Hassan Ali c. Danimarca*, n. 25593/14, 23 ottobre 2018, par. 54-55, 61.

³¹ Nello specifico:

¹⁾ la natura e la gravità del reato commesso dallo straniero nello Stato;

²⁾ la durata del soggiorno dello straniero nello Stato da cui sarebbe espulso;

³⁾ il tempo trascorso dal giorno della commissione del reato e la condotta dello straniero durante questo periodo;

⁴⁾ le nazionalità dello straniero e di eventuali familiari coinvolti e delle persone su cui si producono le conseguenze, anche indirette, del provvedimento di allontanamento;

⁵⁾ la situazione familiare, come l’esistenza e la durata del matrimonio, e altri fattori che testimoniano la solidità della vita familiare di una coppia nell’ambito dell’unione matrimoniale;

⁶⁾ la conoscenza del reato da parte del coniuge al momento in cui è iniziata la relazione familiare;

⁷⁾ la presenza di figli nati nel matrimonio e, in caso affermativo, la loro età;

⁸⁾ la gravità delle difficoltà a cui il coniuge può andare incontro nel Paese in cui lo straniero sarebbe espulso;

In ogni caso viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare anche la mancata considerazione dell'interesse superiore del bambino o l'assenza di coordinamento tra le autorità nella determinazione di tali interessi³².

La Corte EDU³³ ha poi indicato l'esigenza di tenere conto delle conseguenze che il provvedimento avrebbe sui figli minorenni dell'espellendo i quali, nati e cresciuti nello Stato di accoglienza, sono privi di qualsiasi legame con il Paese di origine del genitore. Richiamando la Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, la Corte ha evidenziato che l'obbligo di tenere conto del principio del superiore interesse del minore anche con riferimento al giovane che delinque impone di promuoverne la reintegrazione sociale, la quale verrebbe ad essere significativamente pregiudicata a causa di un provvedimento di espulsione tale da comprometterne le relazioni sociali e familiari del giovane, anche se, con specifico riferimento all'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un minorenne, giunto in giovanissima età nel paese di accoglienza, la natura e la gravità dei reati commessi costituisce soltanto uno dei criteri di cui la Corte deve tenere conto, sicché il principio del superiore interesse del minore è sempre significativo³⁴. Perciò la Corte ha affermato (a partire dalla pronuncia *Maslov v. Austria*, par. 75), che l'espulsione di uno straniero c.d. di seconda generazione può considerarsi legittima soltanto in presenza di ragioni molto serie, specialmente quando il reato all'origine della misura di espulsione sia stato commesso in giovane età³⁵. L'individuazione di ragioni tali da giustificare l'allontanamento in queste specifiche situazioni deve ritenersi ancor più difficile – e pressoché impossibile –, qualora il reato commesso sia di lieve gravità.

Peraltro, lede il diritto alla vita privata l'espulsione di uno straniero entrato nello Stato regolarmente per ricongiungimento familiare, il quale sia stato condannato per un grave reato commesso quando era minorenne, per il quale la pena sia stata eseguita e poi sia diventato un modello di riabilitazione, non avendo commesso altri reati, avendo ottenuto una laurea e avendo trovato un impiego stabile³⁶.

⁹⁾ la solidità dei suoi o dei loro legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con il Paese di destinazione;

¹⁰⁾ il superiore interesse e il benessere di eventuali minori coinvolti, in particolare le difficoltà che incontrerebbero se dovessero seguire lo straniero nel Paese in cui viene espulso.

³² Corte EDU, sent. 21 dicembre 2010, *Anayo c. Germania*, n. 20578/07; sent. 24 maggio 2011, *Saleck Bardi c. Spagna*, n. 66167/09.

³³ Cf. CORTE EDU, *Üner v. the Netherlands* [GC], App. No. 46410/99, 18 ottobre 2006.

³⁴ CORTE EDU, *Zakharchuk v. Russia*, App. No. 2967/12, 17 dicembre 2019, par. 49.

³⁵ CORTE EDU, *Levakovic v. Denmark*, App. No. 7841/14, 23 ottobre 2018, par. 44.

³⁶ CORTE EDU, sent. 20 settembre 2011, *A.A. c. Regno Unito*, n. 8000/08.

In relazione agli immigrati di seconda generazione, che abbiano costituito nello Stato di accoglienza una propria famiglia, devono applicarsi i criteri della sentenza Boultif, già analiticamente richiamati. In relazione invece a coloro che non abbiano ancora una propria vita familiare nello Stato, devono applicarsi solo i primi tre di questi criteri, cui dovrà aggiungersi un ulteriore fattore, relativo ai legami privati che questi immigrati hanno tessuto con i loro Paesi di accoglienza in cui hanno passato l'essenziale della loro esistenza³⁷. Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU³⁸. Tale aspetto deve essere valutato in considerazione del fatto che nel Paese di accoglienza gli stranieri di seconda generazione hanno sviluppato la maggior parte dei loro legami sociali e costruito la propria identità, a discapito del Paese di origine con cui spesso non hanno più alcun rapporto.

La rilevanza riconosciuta alle relazioni sociali dello straniero emerge altresì, *a contrario*, nei casi in cui la Corte ha valutato negativamente la circostanza che l'espellendo non abbia relazioni sociali consolidate al di fuori del proprio nucleo familiare³⁹. Questo elemento si ricollega alla valutazione del comportamento recidivo del soggetto ai fini di accertare la natura proporzionata della misura di espulsione a seguito di condanne penali⁴⁰. La *recidiva*, infatti, è talvolta interpretata come espressione dell'incapacità del soggetto di integrarsi costruttivamente nella società ospite, creando relazioni sociali solide e fruttuose⁴¹.

Anche in tal caso la Corte in primo luogo accerta l'esistenza della vita privata, desumibile da svariate circostanze⁴² e in secondo luogo opera quel tipico bilanciamento degli interessi in gioco, onde verificare se vi sia stata un'ingerenza e se questa sia ammissibile e, dunque legittima, ai sensi dell'art. 8(2) e nell'effettuare tale bilanciamento, si dà notevole peso alla possibilità di trasferirsi nel Paese d'origine, avendo riguardo anche ai legami sussistenti con lo Stato di

³⁷ Cf. CORTE EDU, Benhebba v. France, cit., par. 33. Al riguardo si veda anche la sent. Maslov v. Austria [GC], cit.

³⁸ Cf. inter alia, CORTE EDU, Emre v. Switzerland, App. No. 42034/04, 22 maggio 2008; Samsonnikov v. Estonia, App. No. 52178/10, 3 luglio 2012; Bajsultanov v. Austria, App. No. 54131/10, 12 giugno 2012; Shala v. Switzerland; App. No. 52873/09, 15 novembre 2012; Kisiwa Koffi v. Switzerland, App. No. 38005/07, 15 novembre 2012; Hasanbasic c. Suisse, App. No. 52166/09, 11 giugno 2013.

³⁹ Cf. CORTE EDU, Mutlag v. Germany, App. No. 40601/05, 25 marzo 2010, par. 58.

⁴⁰ Cf. CORTE EDU, Narjis v. Italy, App. No. 57433/15, 14 febbraio 2019; Levakovic v. Denmark, cit.; particolarmente significativa anche la sent. I.M. v. Switzerland.

⁴¹ Cf. CORTE EDU, sent. Narjis v. Italy, cit., par. 48.

⁴² Cf. CORTE EDU, Berrehab v. Netherlands, 21 giugno 1988, ric. n. 10730/84; Abdulaziz, Cabalez e Balkandali v. UK, 11 maggio 1982, ric. n. 9214/80.

residenza comparati con quello verso il quale lo straniero dovrebbe essere rimpatriato.

Anche nel caso di *stranieri irregolarmente soggiornanti*, la Corte ha riconosciuto rilevanza non solo alla vita familiare, ma altresì, se pur in misura minore, alla vita privata⁴³. In relazione al diritto alla vita familiare dello straniero irregolarmente soggiornante la giurisprudenza della Corte EDU valuta *a)* la misura in cui l'allontanamento dello straniero comprometterebbe la vita familiare, da considerare in ragione dell'entità dei legami familiari esistenti nello Stato di accoglienza e della presenza di ostacoli insormontabili allo stabilimento di una vita familiare altrove; *b)* l'esistenza di ragioni che giustifichino l'allontanamento dello straniero, quali considerazioni di ordine pubblico o pregresse e ripetute violazioni della legislazione in materia di immigrazione da parte dell'interessato; e infine, *c)* la circostanza che la vita familiare sia stata costituita in un momento in cui le persone coinvolte erano consapevoli della precarietà del soggiorno dello straniero e, dunque, dell'altrettanto precaria natura della costituenda vita familiare; in tale ipotesi, l'allontanamento dello straniero può configurare una violazione del diritto alla vita familiare solo in presenza di circostanze eccezionali, perché anche nei casi in cui la presenza dello straniero nel territorio dello Stato, nonché l'avvenuta creazione di legami familiari e sociali, costituiscano un fatto compiuto realizzatosi in violazione delle leggi dello Stato in materia di migrazione, lo straniero non può vantare una legittima aspettativa a vedersi riconosciuto il diritto di risiedervi⁴⁴.

Peraltro, una particolare rilevanza è attribuita sia alla durata del soggiorno nello Stato di accoglienza, sia alla solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con quello di provenienza, desunta per esempio dall'aver svolto uno o più lavori, dalla presenza dei familiari e dalla conoscenza della lingua⁴⁵. Occorre tenere in considerazione la partecipazione dello straniero alla società dello Stato di accoglienza e le relazioni, anche diverse da quelle familiari, da questi costituite nelle more del procedimento per il rilascio di un titolo di soggiorno e che, essendo legate a una presenza tollerata nel territorio

⁴³ La questione è stata analizzata dalla CORTE EDU nella pronuncia *Butt v. Norway* App. No. 47017/09, 14 dicembre 2012.

⁴⁴ CORTE EDU (Grande Camera), *Jeunesse v. the Netherlands*, App. No. 12738/10, 3 ottobre 2014, par. 103; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, App. No. 50435/99, 31 gennaio 2006, par. 43.

⁴⁵ CORTE EDU, *Salija c. Svizzera*, 10.1.2017.

dello Stato, appaiono meritevoli di un maggiore grado di tutela rispetto a quello riconosciuto alle relazioni costituite nelle more di un soggiorno irregolare⁴⁶.

Però l'obbligo positivo dello Stato di riconoscere un diritto di residenza a uno straniero il quale, nelle more di un soggiorno non stabile, abbia costituito una vita privata è valutato alla luce di più fattori, quali la misura in cui la vita privata sarebbe effettivamente compromessa dall'allontanamento, l'esistenza di legami nello Stato di accoglienza, la presenza di ostacoli insormontabili al godimento della vita privata nel Paese di origine, la presenza di considerazioni legate al controllo dell'immigrazione o di ordine pubblico che depongono a favore dell'allontanamento, fermo restando che qualora lo straniero costituisca la propria vita privata in un momento in cui è consapevole della precarietà della propria permanenza nello Stato di accoglienza, il diniego di un titolo di residenza configura una violazione dell'art. 8 CEDU solo in circostanze eccezionali⁴⁷.

Il diritto alla vita privata e il diritto alla vita familiare devono essere in ogni caso garantiti agli stranieri che hanno risieduto nel Paese di accoglienza per la totalità o la gran parte dell'infanzia e della giovinezza, perché in tali ipotesi il soggiorno dello straniero può essere interrotto dallo Stato soltanto per ragioni particolarmente gravi, che sovente si identificano con l'esigenza di salvaguardare la sicurezza della comunità ospitante⁴⁸.

I criteri per valutare il rischio di violazione del diritto alla vita privata o familiare dello straniero in caso di allontanamento sono indicati dall'art. 19, comma 1.1. d. lgs. n. 286/1998 in quattro, dei quali tre riguardano la situazione dello straniero in Italia e uno la sua situazione nel Paese di origine:

- *la natura e l'effettività dei vincoli familiari dello straniero*; per tali aspetti occorre richiamare tutta la giurisprudenza della Corte EDU sopra ricordata;
- *il suo effettivo inserimento sociale in Italia*; a tal fine è utile sia la giurisprudenza della Corte EDU sopra ricordata, sia la definizione di integrazione prevista nell'art. 4-bis, co. 1 d.lgs. n. 286/1998 quale «processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, col il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società». Perciò occorre considerare l'effettivo rispetto da parte dello straniero nella sua vita in Italia dei principi costituzionali della Repubblica, incluso il divieto di poligamia, eventuali rapporti di lavoro, anche irregolari o regolarizzabili,

⁴⁶ CORTE EDU, *Jeunesse v. the Netherlands*, cit., par. 103.

⁴⁷ CORTE EDU, *Pormes v. the Netherlands*, App. No. 25402/14, 28 luglio 2020, par. 56-58.

⁴⁸ CORTE EDU, *Maslov c. Austria*, 23.6.2008.

l'effettiva conoscenza della lingua italiana e dei corsi di studio legalmente riconosciuti ed effettivamente seguiti in Italia;

- *la durata del suo soggiorno nel territorio nazionale*; per tale aspetto è utile la giurisprudenza della Corte EDU sopra ricordata; pare implicito che più lunga sia stata la permanenza di fatto dello straniero nel territorio italiano e più è meritevole di tutela;
- *l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine*, corrispondenti a criteri già enucleati nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità per il riconoscimento della protezione umanitaria. Dunque la situazione oggettiva del richiedente nel Paese di origine non è il solo elemento che deve essere valutato, al contrario di ciò che enunciava la giurisprudenza della Cassazione concernente il previgente permesso di soggiorno per motivi umanitari, la quale oltre alla valutazione del livello di integrazione sociale in Italia esigeva una valutazione comparativa tra la situazione dello straniero in Italia e la situazione nel paese di origine «al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza»⁴⁹. Per i motivi sopraindicati tale comparazione deve essere oggi esclusa e il suo uso sarebbe pericoloso e fuorviante ai fini del rilascio del permesso per protezione speciale⁵⁰.

Infatti, il nuovo testo dell'art. 19, comma 1.1. d. lgs. n. 286/1998 non richiede un bilanciamento tra l'esistenza di un percorso di inserimento sociale in Italia o di una vita familiare e l'esistenza di una condizione di radicale impedimento, nel paese di origine, al godimento di diritti umani fondamentali per la dignità della persona, ma anzi tra i criteri di valutazione dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale previsti nella nuova norma il livello di integrazione sociale conseguito in Italia appare elemento predominante rispetto alla valutazione dei legami familiari e sociali nel paese di origine.

⁴⁹ Cass., prima sez. civ., 23.2.2018, sent. 4455/2018; Cass. Civ. 19.4.2019 sent.n. 11110/2019; Cass. Sez. Un., 24.09.2019, sent. 29459/2019, 29460 e 29461.

⁵⁰ Concordano sul punto NAZZERENA ZORZELLA, "Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale: gli artt. 5, co. 6 e 19, commi 1.1. e 1.2. TU d.lgs. 286/98", in MONIA GIOVANNETTI - NAZZERENA ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali, Commento al decreto-legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pisa, Pacini Editore, 2021; MARCELLA FERRI, "La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale", in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», Fasc. n. 2/2021, pp.121 - 122.

Dopo aver effettuato il bilanciamento di quei quattro elementi utili a verificare l'esistenza del rischio che l'allontanamento dello straniero dal territorio italiano leda il diritto dello straniero al rispetto della sua vita privata e familiare, occorre verificare dapprima che non sussistano i quattro elementi che legittimerebbero tale restrizione (ordine pubblico, sicurezza nazionale, sicurezza pubblica, salute pubblica). Occorre sempre bilanciare i diversi interessi in gioco: l'interesse collettivo alla sicurezza e alla salute pubblica (e dunque all'allontanamento dello straniero) – che la sovranità statale intende tutelare attraverso il suo potere di ingerenza nella sfera privata e familiare degli individui –, con il diritto dello straniero al rispetto della propria vita privata e familiare, come ha argomentato la giurisprudenza della Corte EDU a proposito dell'art. 8 CEDU⁵¹.

Le nuove norme richiamano anche l'esigenza di rispettare, anche in presenza di elementi che potrebbero indurre al diniego del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno per protezione speciale fondato sui rischi per il diritto alla vita privata e alla vita familiare, la Convenzione internazionale sui diritti dei rifugiati e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede per ogni Stato l'obbligo di rispettare, anche in caso di mancato riconoscimento o la revoca dello status di rifugiato - secondo la giurisprudenza della CGUE⁵² -, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), la libertà professionale e il diritto di lavorare (art. 15), la previdenza sociale e assistenza sociale (art. 34), la protezione della salute (art. 35), senza dimenticare il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9), i diritti del bambino (art. 24), in particolare il diritto di intrattenere regolarmente contatti diretti con i due genitori (art. 24, par. 3).

Analogamente il richiamo alla Convenzione sullo status di rifugiato garantisce anche a coloro a cui sia revocato lo status di rifugiato ciò che prevedono i suoi artt. 3 (principio di non-discriminazione), 4 (diritto alla libertà religiosa), 16 (diritto di adire i Tribunali), 22 (parità di trattamento in materia di istruzione primaria), 31 (divieto di sanzionare penalmente l'ingresso o il soggiorno

⁵¹ Per un più esteso commento sul bilanciamento di interessi nella giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU cf. ANTONIO MARCHESI, "Non refoulement e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo «decreto immigrazione e sicurezza»", in «ADiM BLOG», pp. 6-7. Cf., inoltre, CHARLOTTE STEINORTH, "Uner v The Netherlands: Expulsion of Long – Term Immigrants and the Right to Respect for Private and Family Life", in «Human Rights Law Review», Vol. 8, Issue 1, 2008, pp. 185-196. Per un approfondito esame della tutela della vita privata e familiare nella giurisprudenza della CEDU cf. anche MARCELLA FERRI, "La tutela della vita privata...", cit., p.92 e ss.

⁵² Nella sent. 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, M/Ministerstvo vnitra, X. e X. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, punti 101-112.

irregolare nello Stato), 32 (garanzie in caso di allontanamento) e 33 (principio di non respingimento).

Dunque, anche nei casi di mancato riconoscimento o di revoca o di cessazione della protezione internazionale o di potenziali pericoli per la sicurezza, lo straniero deve ottenere il permesso di soggiorno per protezione sociale allorché in concreto si debbano tutelare nella sua vita i principi, diritti e garanzie sopra citati.

La nota della Commissione nazionale per il diritto di asilo del 19 luglio 2021⁵³ approfondisce di nuovo in particolare il diritto al rispetto della vita privata, includendo all'interno di questo concetto sia le famiglie unite da matrimonio, sia le coppie di fatto, sia le coppie composte da persone dello stesso genere. Un'interpretazione che fa riferimento all'ampia giurisprudenza della Corte EDU, che coinvolge tutte le potenziali relazioni sociali del richiedente protezione, non soltanto quelle lavorative. In particolare, la nota ricorda che la nozione di vita privata abbraccia molteplici aspetti dell'identità, fisica e sociale, della persona e non è limitata alla sfera intima dell'individuo, perché il rispetto della vita privata ricomprende, ai sensi dell'art. 8 CEDU, anche, in una certa misura, il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani. Si ricorda anche che l'ampia gamma di questioni interessate dalla nozione è stata raggruppata dalla Corte nelle tre macrocategorie dell'integrità fisica, psicologica o morale, della riservatezza e dell'identità della persona.

Nella nota si afferma che i profili analizzati dalla giurisprudenza della Corte EDU sul rispetto alla vita privata ricomprendono sovente fattispecie che costituiscono potenziali elementi per il riconoscimento dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria innanzi ai quali le Commissioni territoriali sono chiamate ad operare una attenta valutazione, al fine di accertare primariamente l'eventuale presenza dei presupposti per il riconoscimento di una forma di protezione maggiore rispetto a quella speciale. Per altro verso, nel valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del divieto di espulsione e di respingimento in relazione al diritto al rispetto della vita privata, tale nozione viene in rilievo, con riguardo al diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani, anche di natura professionale e commerciale.

La Corte ha ribadito in più occasioni che, poiché l'art. 8 CEDU protegge il diritto a stabilire e sviluppare rapporti con altri esseri umani e il mondo circostante e può a volte comprendere aspetti dell'identità sociale di un individuo,

⁵³ Cfr. circ. del presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo AOO ASILO - 0099/0011 - Protocollo 0007335 19/07/2021 - U 1.

la totalità dei legami sociali tra i migranti residenti e la comunità in cui essi abitano, costituisce una parte del concetto di vita privata.

Nel ricomprendere nel diritto alla vita privata anche quello allo sviluppo personale e all'autonomia individuale, la Corte chiarisce altresì che essa non riguarda ogni attività pubblica che una persona potrebbe cercare di svolgere con altri essere umani o qualsiasi tipo di relazione. La nota della Commissione nazionale osserva che hanno essenziale rilevanza, circa questa valutazione a cui le Commissioni territoriali sono chiamati, i parametri, tratti dalla stessa giurisprudenza della Corte, che il legislatore nazionale ha scelto di elencare espressamente nel nuovo art. 19, comma 1.1, d.lgs. n. 286/1998, cioè la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l'effettivo inserimento sociale nello stesso. La nota ricorda che la Corte EDU definisce nozione di vita familiare come il diritto di vivere insieme affinché i rapporti familiari possano svilupparsi normalmente, ribadendo in varie sentenze che, affinché tale diritto venga in rilievo, occorre che vi sia di fatto una reale esistenza in pratica di stretti legami personali.

Perciò la nota chiede alle Commissioni territoriali di operare una analisi completa circa contenuti ed effettività dei legami personali costruiti in Italia, prescindendo da valutazioni limitate alla sola forma; l'importanza di tale analisi è richiamata dall'art. 19, comma 1.1, quarto periodo, d.lgs. n. 286/1998 che richiede una valutazione che mira alla natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato.

Peraltro, da tale *focus* la nota trae altresì la conseguenza che la tutela del diritto al rispetto della vita familiare non possa essere subordinata all'esistenza di un legame giuridicamente riconosciuto, perché assumono pari rilevanza i legami familiari di fatto, compresi anche quelli tra coppie omosessuali, e protegge anche i legami con genitori affidatari e quelli con i figli adottivi. Si ricorda anche in alcuni casi i legami esistenti potrebbero non rientrare nella nozione di vita familiare, ma essere meritevoli di tutela perché rilevanti nell'ambito della nozione di «vita privata».

La nota osserva anche che nell'esercizio delle proprie funzioni (decisorie e consultive, a valle ed al di fuori della procedura di protezione internazionale) le nuove norme chiamano le Commissioni territoriali a valutare il divieto di espulsione e di respingimento alla luce dei parametri delineati dalla giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 8 CEDU sin qui richiamati, tenendo conto di durata, stabilità e consistenza qualitativa della permanenza in Italia e guardando altresì alla «esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

La stessa nota osserva che in questa estensione del divieto di espulsione, l'analisi della situazione del Paese di origine richiesta dalla nuova norma è centrata sulla presenza o meno di legami familiari, culturali o sociali della persona in quel Paese ed infatti, la prospettiva rilevante non è tanto l'approdo in uno Stato altro che si ritenga gravemente pericoloso per la incolumità e dignità personale, quanto piuttosto «l'allontanamento dal territorio nazionale» che possa risultare gravemente lesivo di un avvenuto radicamento.

Si può dunque concludere che il permesso deve essere in ogni caso rilasciato o rinnovato allo straniero, anche sprovvisto di altri titoli di soggiorno, i cui legami familiari in Italia, valutati soprattutto con riguardo alla loro intensità, alla loro durata, alla loro stabilità, nonché alle condizioni di esistenza dell'interessato, del suo inserimento nella società italiana e dei suoi legami con la famiglia restata nel Paese di origine, sono tali che il rifiuto di autorizzare il suo soggiorno arrecherebbe al suo diritto al rispetto della sua vita privata o della sua vita familiare una lesione sproporzionata rispetto ai motivi del rifiuto o della revoca del soggiorno.

2. Un permesso di soggiorno da rilasciarsi previa valutazione caso per caso (anche quelli precedenti): uno strumento di regolarizzazione permanente

Il permesso di soggiorno per protezione speciale si fonda dunque su valutazioni caso per caso. Esso, infatti, protegge dunque chi non deve tornare in uno Stato perché in tale Stato di fatto gli è impedito esercitare i suoi diritti fondamentali o perché il rimpatrio danneggerebbe il suo diritto al rispetto della sua vita privata e familiare maturato in Italia, da valutarsi caso per caso tenendo conto di ognuno dei fattori indicati dalla norma legislativa ed ispirati anche agli orientamenti della giurisprudenza della CEDU e della giurisprudenza italiana⁵⁴.

È senz'altro una via di regolarizzazione permanente di stranieri che comunque restano regolarmente in Italia ad altro titolo e che non potrebbero rientrare nel Paese di origine o di invio o che, seppur irregolarmente soggiornanti, sono ormai socialmente integrati in Italia.

La questione è rilevante anche per coloro che in passato non avevano ottenuto in Italia, anche sulla base delle norme previgenti, né protezione internazionale, né un permesso per motivi umanitari, ma che oggi potrebbero ricevere protezione effettiva a situazioni gravemente lesive dei loro diritti fondamentali,

⁵⁴ Cass., Sez. un. civ., n. 29459/2019.

anche a seguito di fatti nuovi accaduti negli stati di origine o di transito, mediante la nuova protezione speciale. Perciò la citata nota della Commissione nazionale per il diritto di asilo nota chiarisce il regime applicabile ai procedimenti precedenti l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020.

Anzitutto si prescrive che non sono inammissibili istanze reiterate proposte sulla base della nuova protezione speciale, che quindi non si riferiscono agli elementi riguardanti la domanda di protezione internazionale in senso pieno, ma che sono reiterate in quanto basate sui presupposti per il riconoscimento della novellata protezione speciale, da considerarsi a tutti gli effetti quali «nuovi elementi» a fondamento della domanda reiterata. Ciò rende applicabili tali norme introdotte dal d.l. n. 130/2020 anche a coloro che, pur non rientrando nella disciplina transitoria, possiedono i requisiti per ottenere la protezione speciale o un permesso per cure mediche.

Inoltre, si prescrive che ogni eventuale riproposizione di istanze di soggiorno per protezione speciale deve inderogabilmente contenere concreti e documentati elementi di novità rispetto a precedenti istanze, sicché il richiedente ha l'obbligo di allegare i fatti nuovi intervenuti e la documentazione pertinente alla richiesta, con l'apposito formulario in dotazione presso le questure.

Si deve inoltre ricordare che è annesso alla citata nota della Commissione nazionale un modello di «Allegato integrativo all'Istanza di Protezione speciale» che - in modo un po' sbrigativo e certo non esaustivo - esemplifica i parametri e requisiti necessari alla valutazione della protezione speciale ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 286/1998, perché chiede al richiedente di indicare elementi e allegare documenti che li comprovino, concernenti

- a) il soggiorno e l'inserimento sociale: si domanda al richiedente da quanto tempo risiede in Italia, la disponibilità di una soluzione abitativa stabile, l'attuale titolarità di una posizione lavorativa (domanda potenzialmente impossibile per chi si trovi in situazione di soggiorno irregolare), quale sia il livello di conoscenza della lingua italiana e l'eventuale svolgimento di tipo di attività in Italia (volontariato, partecipazione ad associazioni, percorsi di studio o formazione professionale, etc.);
- b) la vita privata e familiare: si domanda se il richiedente è coniugato o ha una relazione stabile in Italia, allegando documentazione utile (p.es. certificato di matrimonio), se ha figli in Italia, specificandone il numero e l'età (allegando documentazione utile, p.es. atto di nascita, etc.) e l'eventuale inserimento in percorsi scolastici o documentazione lavorativa (allegando documentazione utile, come attestazioni scolastiche, etc.);

- c) i vincoli con il Paese di origine: si domanda se il richiedente ha mai fatto ritorno nel suo Paese da quando è entrato in Italia, specificando il periodo o i periodi, la lunghezza dei soggiorni e i loro motivi, se la sua famiglia d'origine risiede nel Paese di origine e se intrattiene rapporti con loro ed eventualmente il motivo dei mancati rapporti;
- d) il timore in caso di rientro: si chiede al richiedente di specificare in caso di ritorno nel suo Paese, quale tipo di difficoltà o problemi pensa che si troverebbe ad affrontare e per quali motivi, allegando eventuale documentazione utile (questa richiesta appare però ingiustificata e fuorviante per l'ipotesi di istanza di rilascio del permesso per il rischio che sia lesa il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare in Italia).

Ogni Commissione dovrà valutare che le domande siano già stati oggetto di precedente valutazione, presso la stessa o altra Commissione non soltanto al momento dell'emissione di un precedente parere su domande di protezione speciale, ma anche nell'ambito di una eventuale pregressa procedura di protezione internazionale conclusasi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 e nel cui ambito siano state dunque valutate anche le novellate esigenze di *non refoulement*.

Invece la nota della Commissione nazionale prescrive che allorché le istanze di soggiorno per protezione speciale che non contengano alcun effettivo elemento nuovo rispetto ad eventuali domande precedenti già portate alla valutazione dell'autorità, tramite sia istanze di protezione internazionale, sia richieste di rilascio di permesso per protezione speciale, e che non abbiano dato luogo al riconoscimento di alcuna tipologia di protezione alla luce dei medesimi elementi di fatto e di diritto, le Commissioni territoriali dovranno adottare immediatamente un parere negativo circa il rilascio dei relativi permessi, in quanto tali istanze consisterebbero soltanto pedissequae e identiche ripetizioni di richieste sulle quali l'amministrazione si sarebbe già compiutamente espressa in precedenza.

La nota invece allorché un'istanza di permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi dell'art. 19, comma 1.2, d.lgs. n. 286/1998 risulti fondata su elementi a suo tempo prodotti dall'interessato nell'ambito di una pregressa procedura di protezione internazionale già esaminata alla luce di norme precedenti l'entrata in vigore del d. l. n. 130/2020 prescrive che gli elementi ritenuti in precedenza non idonei al riconoscimento né della protezione umanitaria, né della forma di protezione speciale che era stata disciplinata dal d. l. n. 113/2018 devono essere valutati necessariamente alla luce dei nuovi presupposti previsti oggi nell'art. 19 d. lgs. n. 286/1998 e in tal senso una nuova istanza non potrà

essere considerata priva di elementi di novità, rispetto ad una precedente, sulla sola base della semplice identità degli elementi di fatto, in ragione appunto della modifica normativa ora intervenuta.

Inoltre, poiché l'art. 31 d.lgs. n. 25/2008 prevede che il richiedente possa inviare alle Commissioni territoriali memorie e documentazioni in ogni fase del procedimento e che nel caso in cui il richiedente reiteri la domanda prima della decisione, si prescrive che gli elementi che sono alla base della nuova istanza siano esaminati nell'ambito di una precedente domanda non ancora definita, il che consente la proposizione di integrazioni quando ancora debba essere notificata una pregressa decisione, il che rende possibile anche la diminuzione delle ipotesi di contenzioso. Perciò la nota prescrive alle Commissioni territoriali di riesaminare le domande e di decidere in favore della protezione speciale anche se si è già concluso il precedente procedimento concernente l'esame della domanda di protezione internazionale.

Dunque, ogni ulteriore allegazione o specifica, compiuta fino alla naturale conclusione del procedimento in corso con l'emissione e la notifica di un espresso provvedimento motivato, dovrà essere imputata al procedimento pendente, in applicazione anche dell'art. 3 del d.lgs. n. 25/2008, e non potrà considerarsi come una nuova domanda o una domanda reiterata.

Si rileva, in ogni caso, che il richiedente, nell'adempimento del proprio onere di collaborazione, è chiamato a circostanziare e a documentare l'eventuale riproposizione di istanze a vario titolo già presentate, indicando compiutamente tutti gli elementi a sostegno della nuova domanda proposta e l'adempimento di tale onere dovrà essere apprezzato con una valutazione caso per caso, tenendo conto della natura significativamente diversa degli elementi che attengano alla vita privata e familiare costruita dall'interessato in Italia.

La nota ritiene applicabile anche al caso di specie quale criterio generale dell'ordinamento (seppur codificato all'art. 15 delle preleggi al codice civile) che le domande pendenti non ancora definite – sebbene proposte prima dell'entrata in vigore del d. l. n. 113/2018 – devono essere decise applicando la normativa vigente dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020.

3. I procedimenti di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale

La procedura per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale lascia dunque spazio a regolarizzazioni caso per caso e forse anche perciò l'attuazione delle norme che l'hanno introdotta è stata in un primo periodo osteggiata da due circolari che impedivano la spontanea presentazione delle domande ai

Questori anche da parte di chi fosse sprovvisto di un permesso di soggiorno, ai quali di fatto la sola via aperta era la presentazione delle domande di protezione internazionale. La interpretazione illegittimamente restrittiva più volta annullata dai tribunali, è stata poi superata con l'accurata nota del 19 luglio 2021 del Presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo.

Infatti, il comma 1.2. all'art. 19 d. lgs. n. 286/1998 prevede due procedimenti alternativi e distinti di rilascio del permesso per protezione speciale:

- a) a conclusione dell'esame della domanda di protezione internazionale il Questore lo rilascia su richiesta della Commissione per la protezione internazionale (o del giudice che accoglie il ricorso contro la decisione di rigetto della Commissione), la quale non riconosca la protezione internazionale (art. 28 d. lgs. n. 25/2008), ma rilevi la presenza di uno degli altri presupposti per il rilascio del permesso per protezione speciale; in tal caso allo straniero in quanto richiedente asilo non deve essere richiesto il passaporto, né i mezzi di sostentamento (art.9, comma 6 d.p.r. n. 394/1999). Questa ipotesi riguarda anche i casi mancato rinnovo della protezione sussidiaria da parte delle Commissioni territoriali e dovrebbe riguardare per analogia i casi di cessazione o revoca della protezione internazionale da parte della Commissione nazionale per il diritto di asilo;
- b) su domanda da parte dello straniero presentata direttamente al Questore, allorché sia stato chiesto il rilascio o il rinnovo di altro tipo di permesso di soggiorno che non possa essere rigettato in presenza di obblighi costituzionali o internazionali; oppure allorché lo straniero abbia allegato al procedimento amministrativo di revoca del permesso di soggiorno elementi utili a far ritenere sussistenti obblighi costituzionali o internazionali che impediscono la revoca; o ancora allorché lo straniero – anche se si trovi nel territorio dello Stato sprovvisto di alcun valido titolo di soggiorno - presenti direttamente la domanda al Questore nella quale motiva e documenta il rischio che in caso di allontanamento rischia di subire nello Stato di origine o di rinvio persecuzioni o torture o trattamenti inumani o degradanti o lesioni del suo diritto al rispetto della sua vita privata o della vita familiare sulla base dell'effettiva integrazione sociale, della durata del suo soggiorno in Italia e dei suoi legami familiari, culturali e sociali esistenti in Italia e di quelli esistenti nello Stato di origine, senza che esistano controindicazioni concernenti la sicurezza.

Ad ogni domanda dovrebbe essere allegato il passaporto in corso di validità o altro documento equipollente (art. 5, comma 1 d.p.r. n. 394/1999), salvo che si tratti di irregolarità amministrativa sanabile (art. 5, comma 6 d. lgs. n.

286/1998, p.es. rilascio tardivo del passaporto a causa di lungaggini della rappresentanza consolare) e può essere richiesta la disponibilità di risorse o dell'alloggio (art. 5, comma 2 d.p.r. n. 394/1999).

La richiesta del passaporto è considerata condizione per il rilascio del permesso per protezione speciale in base alle norme generali vigenti per tutti i tipi di permessi di soggiorno e quale strumento per accertare meglio la veridicità della documentazione allegata alla domanda che attesta la sussistenza di uno dei presupposti previsti nell'art. 19 d. lgs. n. 286/1998 per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale. Tuttavia, occorre dare una interpretazione delle norme legislative e regolamentari che sia fondata sulla base delle inderogabili norme costituzionali, internazionali ed europee (art. 10 Cost., artt. 2, 3, 8 CEDU ecc.) sottese ai divieti di respingimento e di espulsione previsti nell'art. 19 D. Lgs. n. 286/1998, sicché le norme legislative e regolamentari che esigono il passaporto devono ritenersi disapplicabili nelle ipotesi in cui lo straniero riesca a documentare in altro modo la sua identità (anche con un passaporto scaduto), ma non possa in alcun modo ottenere il rilascio del passaporto, perché dovrebbe essere rilasciato dalle autorità dello Stato in cui lo straniero rischia di subire persecuzioni, torture o trattamenti disumani o degradanti o la violazione di altri obblighi costituzionali o internazionali oppure perché per procurarselo debba rimpatriare così subendo il danno al diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, cioè proprio quelle situazioni che l'art. 19 d.lgs. n. 286/1998 vuole evitare rilasciando del permesso di soggiorno per protezione speciale.

In ogni caso le istanze dei permessi di soggiorno per protezione speciale sono oggi ritenute ammissibili, allorché sono corredate «degli elementi che, secondo il richiedente, sostengano il proprio diritto», e qualora tali elementi siano indicati e presenti, l'istanza dovrà essere ritenuta ammissibile e sottoposta alla valutazione della competente Commissione territoriale; pertanto, qualora tali elementi siano indicati e presenti, l'istanza dovrà essere ritenuta ammissibile e sottoposta alla valutazione dalla competente Commissione territoriale, mentre non devono neppure inoltrarla allorché risulti priva palesemente e insanabilmente, sia pur d'ufficio, di requisiti, ancorché minimi, di valutabilità in base alle specifiche condizioni necessarie per la concessione della protezione speciale.

Su ogni domanda, infatti, il Questore deve acquisire il parere della Commissione territoriale, a cui dovrà trasmettere tutti gli elementi allegati alla domanda e ogni altro elemento utile acquisito d'ufficio sotto il profilo p.es. degli elementi che impedirebbero il rilascio, inclusi quelli ricavabili dal SIS e altre banche dati UE. Infatti, la Commissione decide sulla base delle documentazioni esistenti agli atti e pervenute unitamente alle istanze, con le annesse integra-

zioni conoscitive che le Questure ritenessero opportuno fornire, anche in relazione a eventuali circostanze e valutazioni inerenti alla pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica o sociale del richiedente.

Non si prevede che sia la Commissione territoriale a richiedere eventuali integrazioni al richiedente, qualora l'istanza presenti elementi di fondatezza che necessitino di una integrazione documentale per pervenire ad un parere positivo. Tuttavia, in caso di decisione negativa adottata sulla base del corrispondente parere della commissione territoriale motivato da carenza documentale, ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 la Questura deve comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza al richiedente, il quale ha il diritto di presentare per iscritto le sue osservazioni, eventualmente corredate da documenti, entro i successivi dieci giorni.

Il parere è obbligatorio e dovrebbe essere reso entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta del Questore⁵⁵. Il parere non è però configurato dalle norme legislative come vincolante, ma il Questore potrebbe opporsi ad un parere favorevole soltanto allorché siano subentrati elementi nuovi precedentemente non conosciuti dalla Commissione (che dovrebbe però riceverli dal Questore insieme con la richiesta di un nuovo parere) o elementi – prima non conosciuti – che attestano che lo straniero ha dato una identità o una nazionalità diverse da quelle comunicate e che perciò risultano nuovi elementi ostativi a suo carico.

La citata nota della Commissione nazionale per il diritto di asilo del 19 luglio 2021 ricorda che il legislatore non ha posto «veti o condizioni all'attività di una diretta istanza di protezione speciale che sia autonoma da forme più penetranti di protezione internazionale in senso stretto» e osserva anche che tale forma di accesso alla protezione speciale rappresenta, comunque, solo un'alternativa rispetto all'ipotesi costituita dalla presentazione, in via principale, di una istanza di protezione internazionale alle Commissioni territoriali per la valutazione di competenza, in ragione della piena autonomia dello straniero nel decidere se eventualmente intraprendere il percorso della protezione internazionale stessa; tale ipotesi principale può essere anche interessante per il questore allorché la Commissione, contestualmente a un rigetto della domanda di protezione internazionale, rilevi la sussistenza dei presupposti per accordare allo straniero richiedente la protezione speciale.

La nota prescrive altresì che se la Commissione territoriale ritiene ci siano elementi che potrebbero portare anche al riconoscimento della protezione inter-

⁵⁵ Il termine di 30 gg. è previsto dalla circolare del presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo AOO ASILO - 0099/0011 - Protocollo 0007335 19/07/2021 - U 1.

nazionale, il parere dovrà essere corredato da una dettagliata motivazione, in fatto ed in diritto, in merito alle valutazioni a suo fondamento e lo segnala alla questura perché informi il richiedente sulla possibilità di presentare domanda di asilo.

Il questore decide sulla domanda entro 60 giorni dalla sua presentazione (ai sensi dell'art. 5, comma 9 d. lgs. n. 286/1998). Il diniego del permesso di soggiorno deve essere effettuato con atto scritto e motivato in fatto e in diritto e allegata traduzione in lingua comprensibile allo straniero (art. 4, comma 3 d.p.r. n. 394/1999) ed è impugnabile con ricorso al Tribunale, sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libertà di circolazione (art. 3, comma 1, lett. d) decreto-legge n. 13/2017). La sentenza del tribunale che accerta la protezione speciale si sostituisce a tutti gli effetti al parere della Commissione territoriale e comporta il rilascio del permesso.

4. La condizione giuridica del titolare del permesso di soggiorno per protezione speciale

La condizione giuridica del titolare del permesso di soggiorno per protezione speciale è unitaria. Il permesso di soggiorno per protezione speciale è riconosciuto soltanto in Italia e non anche negli altri Stati dell'UE (diversamente dalla protezione internazionale), trattandosi di una di quelle forme umanitarie e aggiuntive che nella giurisprudenza della Corte UE e della CEDU sono lasciate alla facoltà di ogni Stato di introdurre nel proprio ordinamento giuridico⁵⁶.

Il permesso di soggiorno per protezione speciale ha la durata di due anni, è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale (art. 32, comma 3 d. lgs. n. 286/1998), consente l'accesso al lavoro subordinato e autonomo e l'accesso agli studi scolastici e universitari, legittima l'iscrizione obbligatoria al servizio sanitario nazionale a parità di condizioni coi cittadini italiani (art. 34, comma 2, lett. b) d. lgs. n. 286/1998), ma non consente di esercitare il diritto all'unità familiare (ricongiungimento familiare), preclusione giuridicamente molto discutibile proprio con riguardo al diritto dello straniero al rispetto della sua vita familiare, garantito dall'art. 8 CEDU che è uno dei presupposti per il rilascio dello stesso permesso di soggiorno. Consente allo straniero di essere ospitato nelle strutture di accoglienza del SAI (servizio di accoglienza e integrazione) e dunque favorisce anche l'alloggio e l'integrazione sociale.

⁵⁶CGUE, X e X c. Belgio, sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU; Corte EDU, sent. 5 maggio 2020, M. N. e altri c. Belgio.

In base all'art. 6, comma 2-*bis* d. lgs. n. 286/1998 è convertibile in permesso di soggiorno per lavoro se sussistono le condizioni (passaporto, contratto di soggiorno e regolare rapporto di lavoro subordinato o attività di lavoro autonomo) esclusi i casi in cui ricorrano le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, per gravi condotte criminose, pericolosità per la sicurezza dello Stato o l'ordine e la sicurezza pubblica, talché operi l'esclusione o il diniego dal conferimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (secondo quanto previsto dagli artt. 10, co. 2; 12, lett. b) e c); 16, d.lgs. n. 251/2007).

Paolo Bonetti

Professore associato confermato di diritto costituzionale nell'Università di Milano-Bicocca. Docente di diritto degli stranieri e direttore del Master in Diritto degli stranieri e politiche migratorie. Associato all'ASGI (associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e ad ADIM (accademia diritto e immigrazione).