

Civile Ord. Sez. 1 Num. 11750 Anno 2019
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: LAMORGESE ANTONIO PIETRO
Data pubblicazione: 03/05/2019

sul ricorso 6789/2018 proposto da:

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore,
domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso l'Avvocatura
Generale dello Stato, che lo rappresenta e difende ope legis;

-ricorrente -

contro

Ceesay Alhagie, domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la
Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso
dall'avvocato Benzoni Martino, giusta procura in calce al
controricorso;

-controricorrente -

q.

01.

1205

20/18

avverso la sentenza n. 647/2017 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, pubblicata il 03/08/2017;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/04/2019 dal cons. LAMORGESE ANTONIO PIETRO.

RILEVATO CHE

1.- La Corte d'appello di Trieste, con sentenza del 3 agosto 2017, ha parzialmente accolto il gravame di Ceesay Alhagie, cittadino del Gambia, avverso l'impugnata ordinanza di rigetto delle sue domande di riconoscimento della protezione internazionale, riconoscendogli soltanto la protezione umanitaria, sulla base del presupposto del suo radicamento nel tessuto sociale italiano, «nel quale studia e coltiva i suoi principali legami mentre in Gambia non ha rapporti familiari di rilievo» e tenuto conto della «sicura prognosi di insormontabili difficoltà di immediata reintegrazione nel Paese di origine», visto che «la permanenza in Italia per due anni gli consentirebbe di consolidare la sua preparazione professionale e di attrezzarsi meglio per il rientro in Gambia».

2.- Il Ministero dell'interno ha proposto ricorso per cassazione, con il quale si è doluto del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, all'esito di un'apodittica assimilazione del disagio da rimpatrio alla privazione dei diritti fondamentali; la Corte avrebbe basato la decisione su un generico «stato di fermento» esistente nel suo Paese, il quale verserebbe in una «incerta e difficile fase di transizione sociale da un modello governativo di stampo totalitario con uno dichiaratamente democratico», e sulla difficoltà di reinserirsi nel suo ambiente originario, senza tuttavia valutare in concreto la situazione particolare del soggetto né la compromissione dei suoi diritti fondamentali in caso di rimpatrio, e limitandosi ad



avere riguardo alla situazione del suo Paese di origine in termini generali e astratti. Il cittadino straniero ha resistito con controricorso.

3.- All'adunanza camerale del 30 ottobre 2018, fissata a norma dell'art. 380 bis.1 c.p.c., questa Corte – rilevato d'ufficio che il 5 ottobre 2018 era entrato in vigore il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, avente ad oggetto, tra l'altro, disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica, con particolare riguardo a «disposizioni in materia di rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione», che poteva assumere rilevanza per la decisione del ricorso in esame, con riferimento sia all'oggetto della domanda di protezione e ai fatti dedotti, che al motivo di diritto posto a fondamento dell'impugnazione – ha assegnato termine alle parti per dedurre, ai sensi del disposto dell'art. 384, comma 4, c.p.c., non essendosi sulla suddetta questione sviluppato il contraddittorio tra le parti.

4.- Il Procuratore Generale ha presentato conclusioni scritte; il controricorrente da depositato memoria difensiva.

CONSIDERATO CHE

1.- Sulla predetta questione di diritto – rilevante nella specie poiché la prospettazione della censura impone l'individuazione preliminare del paradigma legislativo applicabile alla domanda di riconoscimento del titolo di soggiorno per ragioni umanitarie – è intervenuta, di recente, la sentenza n. 4890 del 23 gennaio 2019 con la quale questa Corte ha enunciato il seguente principio:

«La normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito nella legge n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la

preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 286 del 1998 e delle altre disposizioni consequenziali, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5/10/2018) della nuova legge. Tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, convertito nella legge n. 132 del 2018, farà seguito il rilascio da parte del Questore di un permesso di soggiorno contrassegnato con la dicitura "casi speciali", soggetto alla disciplina e all'efficacia temporale prevista dall'art. 1, comma 9, di detto decreto legge».

2.- Si deve premettere che il legislatore, come puntualmente rilevato nella sentenza n. 4890, ha eliminato la norma contenuta nell'art. 5, comma 6, d. lgs. n. 286 del 1998, che riconosceva il rilascio di un permesso di soggiorno del contenuto e della durata stabiliti nel regolamento di attuazione (art. 28, lett. d, DPR n. 394 del 1999), in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali od internazionali dello Stato italiano» e, di conseguenza, modificando l'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008, ha escluso dalla cognizione delle Commissioni territoriali la verifica dei «gravi motivi di carattere umanitario»; ha previsto nuove forme di protezione inserite nel t.u. del 1998: il permesso di soggiorno in casi «speciali» per la presenza di rischi persecutori (artt. 19, comma 1, d.lgs. n. 298 del 1998, in relazione

all'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008), per «cure mediche» (art. 19, comma 2, lett. d bis, d. lgs. n. 286 del 1998), per «contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza [nel paese di provenienza] in condizioni di sicurezza» (art. 20 *bis* d. lgs. cit.), per il compimento di «atti di particolare valore civile» (art. 42 *bis* d. lgs. cit.).

A queste nuove forme di protezione (in disparte naturalmente quelle «maggiori» costituite dallo status di rifugiato e dalla protezione sussidiaria) si devono aggiungere – è opportuno rilevare – le preesistenti e numerose ipotesi di protezione umanitaria (in senso lato), non modificate dal nuovo legislatore, tra le quali si possono ricordare, esemplificativamente e senza pretesa di completezza, i permessi di soggiorno riconosciuti per motivi familiari in senso ampio (artt. 28, 29 e 30 d. lgs. n. 286 del 1998; 28, comma 1, lett. b, dPR n. 394 del 1999), in favore dei minori (artt. 28, lett. a-b, dPR n. 394 del 1999; 31 d. lgs. n. 286 del 1998), delle vittime di violenza domestica (art. 18 *bis* d. lgs. cit.) e di sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12 *quater*, d. lgs. cit.), ancora per cure mediche (artt. 36 d.lgs. n. 286 del 1998; 28, comma 1, lett. c, dPR n. 394 del 1999), ecc.

3.- La motivazione della sentenza n. 4890, a sostegno del principio sopra enunciato, si sviluppa nei seguenti passaggi argomentativi.

3.1) La sentenza ritiene «necessario [...] verificare come opera [...] l'intervento legislativo nei procedimenti e nei giudizi in corso, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla concreta operatività del principio d'irretroattività della legge contenuto nell'art. 11 delle preleggi [...] Unitamente a tale indagine è necessario verificare se il legislatore abbia introdotto una

disposizione di carattere intertemporale applicabile ai giudizi in corso. Si deve rilevare al riguardo – prosegue la sentenza – che l’art. 1 del d.l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, contiene due disposizioni di carattere intertemporale, il comma 8 ed il comma 9» (p. 10).

Va detto che la prima delle due disposizioni (il comma 8) riguarda i permessi umanitari vigenti alla data di entrata in vigore della nuova legge, che rimangono validi ed efficaci fino alla scadenza legale del titolo di soggiorno, quando è ammesso il rilascio di un nuovo permesso di soggiorno (con la dicitura «protezione speciale»), a norma dell’art. 32, comma 3, d. lgs. n. 286 del 1998, in presenza delle condizioni di cui all’art. 19, commi 1 e 1.1, del d. lgs. n. 286 del 1998; la seconda disposizione (il comma 9) regola la sorte dei provvedimenti con i quali la Commissione territoriale abbia accertato la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario ed abbia trasmesso gli atti al questore, ma il procedimento di rilascio del permesso non sia ancora concluso, in tali casi il legislatore ha previsto che «allo straniero [sia] rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura “casi speciali” ai sensi del presente comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato».

La sentenza n. 4890 rileva ancora che «non vi è una espressa disciplina legislativa di carattere intertemporale» – salvo poi affermare che è lo stesso legislatore ad avere «indicato un principio di diritto intertemporale» nel comma 9 (p. 18) – riguardante [sia] i giudizi in corso», in particolare nei casi più frequenti – come nella fattispecie in esame – di diniego del permesso umanitario da parte delle Commissioni territoriali, [sia] «i procedimenti amministrativi in itinere alla data di entrata in vigore della nuova legge» (p. 11.1), e



che non è possibile desumere (dal citato comma 9) «la regola dell'applicabilità immediata della nuova disciplina legislativa ai giudizi ed ai procedimenti amministrativi in itinere» (p. 12, 13, 17).

L'applicazione immediata della nuova legge sarebbe altrimenti – si afferma – indebitamente «retroattiva», in senso difforme dalle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, la quale vieta l'applicazione immediata delle norme sopravvenute quando ciò contrasti con interessi costituzionalmente protetti, con i principi di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento (p. 15).

3.2) Ne consegue, secondo la sentenza n. 4890, che la legge applicabile è quella vigente al momento della domanda amministrativa, essendo la durata del procedimento dovuta a fattori indipendenti dalla volontà del richiedente e vista l'esigenza di evitare disparità di trattamento tra coloro che abbiano ottenuto l'accoglimento della domanda di permesso umanitario in sede amministrativa sulla base del previgente art. 5, comma 6, d. lgs. n. 286 del 1998 e coloro che, non avendo ottenuto una risposta in sede amministrativa o avendola ottenuta in senso negativo, si vedrebbero valutata la domanda, nella stessa sede o nella sede giudiziaria, sulla base dei nuovi parametri normativi. La soluzione prescelta, di applicare la legge previgente «nelle ipotesi in cui l'accertamento del diritto, al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, sia in itinere», servirebbe ad «assicurare una condizione di rigorosa parità di trattamento di situazioni omogenee» (p. 18); sarebbe lo stesso legislatore (nel comma 9) ad avere «indicato un principio di diritto intertemporale che, indipendentemente dalla portata letterale della disposizione, non può non essere applicato a tutte le situazioni soggettive omogenee, secondo una interpretazione sistematica» (p. 18).

3.3) A «conferma» di questa conclusione è richiamato il principio di irretroattività della legge sostanziale posto dall'art. 11 delle preleggi («la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»), come inteso dalla costante giurisprudenza, nel senso che «la norma sopravvenuta è inapplicabile, oltre che ai rapporti giuridici esauriti, anche a quelli ancora in vita alla data della sua entrata in vigore, ove tale applicazione si traduca nel disconoscimento di effetti già verificatisi ad opera del pregresso fatto generatore del rapporto, ovvero in una modifica della disciplina giuridica del fatto stesso» (da Cass. 4 maggio 1966, n. 1115 a Cass. 14 febbraio 2017, n. 3845), con conseguente applicazione non solo ai cosiddetti «diritti quesiti», ma anche ai «fatti compiuti» (p. 13.1).

3.4) La sentenza invoca la natura meramente ricognitiva del giudizio di accertamento, in sede amministrativa e giurisdizionale, dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, senza margini di apprezzamento discrezionale («il diritto soggettivo [...] è preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone», p. 14.d), in linea di affermata continuità con la giurisprudenza di legittimità e con il diritto eurounitario.

3.5) Nel tessuto argomentativo della sentenza n. 4890 un rilievo decisivo, che assurge a «premessa ineludibile» (p. 9) per la soluzione della controversa questione, è «la qualificazione giuridica» del diritto al permesso umanitario, inteso come diritto fondamentale o «diritto soggettivo perfetto appartenente al catalogo dei diritti umani», radicato nel (o «intimamente connesso» con il) diritto di asilo costituzionale, di cui all'art. 10 Cost., coerentemente con «il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale [...] non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non predeterminato, secondo

il paradigma normativo aperto dell'art. 5, c. 6, d. lgs. n. 286 del 1998» (p. 8.5), in forza di precisi «obblighi costituzionali e internazionali assunti dallo Stato» (p. 8.5, 14.d), interferenti «con il diritto dell'Unione Europea» (p. 16).

4.- Il Collegio non condivide il principio enunciato nel suddetto precedente, né le argomentazioni addotte a sostegno sia dell'affermazione della persistente applicabilità di parametri normativi espressamente abrogati dalla nuova legge per il riconoscimento della protezione umanitaria (nei procedimenti in corso e nei casi di diniego della protezione umanitaria da parte delle Commissioni territoriali), sia dell'interpretazione offerta del (e della funzione attribuita al) citato art. 1, comma 9.

Verranno di seguito esposte le ragioni di perplessità riferibili alle singole argomentazioni svolte nella sentenza n. 4890, riassunte nei paragrafi precedenti (sub 3.1.-3.5).

4.1) In primo luogo, l'argomentazione iniziale, sub par. **3.1)**, indicativa del metodo seguito nella sentenza 4890, non è condivisa dal Collegio: in presenza di una legge sopravvenuta di diritto sostanziale, che regola la fattispecie contenziosa, entrata in vigore in pendenza di un procedimento amministrativo e giurisdizionale, il giudice per poterla applicare non è chiamato a verificare l'esistenza nella nuova legge di una disposizione speciale che ne preveda (o ne consenta) l'immediata applicazione; il giudice infatti è tenuto ad applicarla, poiché «le leggi e i regolamenti divengono obbligatori» quando entrano in vigore (il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione), «salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso» (artt. 73, comma 3, Cost. e 10 preleggi).

E' questo un corollario del principio di uguaglianza di fronte alla legge che – si intende – deve applicarsi nei confronti di tutti i

cittadini, non tollerandosi, di regola, l'applicazione contemporanea di leggi diverse regolanti la medesima situazione sostanziale, fermo il principio secondo cui il trattamento differenziato tra i cittadini è possibile per effetto del mutamento della disciplina nel tempo, senza che ciò dia luogo ad un contrasto col principio di eguaglianza, poiché il trascorrere del tempo ed il connesso fenomeno della successione delle leggi costituisce di per sé un ragionevole motivo di differenziazione normativa (tra le tante, Corte cost. n. 401 del 2008, n. 18 del 1994, n. 456 del 1990, n. 1019 del 1988).

L'applicazione immediata di una nuova norma, non solo, «non è astrattamente vietata» (come si legge nella sentenza n. 4890, p. 15), ma è la regola vincolante per gli interpreti (salvo quanto si dirà più avanti per le norme effettivamente retroattive), ai quali non è consentito di incidere sulla vigenza della legge, la cui conformazione inerisce alle attribuzioni proprie del (e riservate al) legislatore.

Non si capirebbe, del resto, l'insegnamento in base al quale le *questiones facti* possono essere introdotte nel processo sino al momento della precisazione delle conclusioni, mentre l'ultimo momento utile per applicare il mutamento normativo (*quaestiones iuris*) è la pubblicazione della sentenza, anche di legittimità (da ultimo Cass. SU 27 ottobre 2016, n. 21691), al fine di consentire che la decisione sia il più possibile corrispondente alle condizioni di fatto e di diritto esistenti in quel momento.

La constatazione, presente nella sentenza n. 4890, secondo cui la nuova legge non contiene una espressa disciplina di «carattere intertemporale» riguardante i procedimenti amministrativi e i giudizi in corso, da un lato, non è quindi sufficiente per desumerne l'inapplicabilità ai rapporti in corso (alle domande di protezione

umanitaria non ancora definite in sede amministrativa e a quelle pendenti in sede giurisdizionale) e, dall'altro, non appare corretta.

Il rilievo che si tratterebbe, altrimenti, di una applicazione o efficacia retroattiva della legge, in violazione del canone dell'irretroattività, non è condivisibile, confondendosi in tal modo la nozione di «retroattività» con quella di «applicazione immediata», la quale è connaturata al principio di imperatività della legge, che finirebbe altrimenti per applicarsi solo ai rapporti «nuovi», cioè interamente «sorti» dopo l'entrata in vigore della nuova legge, mai a quelli «in corso» al momento della decisione, conclusione questa che non trova riscontri nell'ordinamento.

La sentenza riferisce che la giurisprudenza costituzionale vieta le leggi retroattive a determinate condizioni e, tuttavia, non è al giudice ordinario che è affidato il compito di controllare il rispetto di queste condizioni (in relazione ai principi di ragionevolezza, di tutela dell'affidamento o degli altri interessi costituzionali), la cui violazione inficerebbe la legittimità della stessa legge, venendo in gioco un'operazione di bilanciamento di interessi e valori che è rimessa solo al legislatore ed è sindacabile, se del caso, solo dalla Corte costituzionale (sul punto si tornerà più avanti).

Neppure va sottovalutato che lo strumento utilizzato del decreto legge, convertito con legge che esclude la *vacatio* (ex lege n. 400 del 1988), è segno dell'intenzione del legislatore di intervenire immediatamente nelle fattispecie in corso (l'art. 15 della legge n. 400 del 1988 dispone che i decreti leggi «devono contenere misure di immediata applicazione»): escludendo l'applicazione della nuova legge a tutti coloro che abbiano solo avviato un procedimento per il riconoscimento della protezione umanitaria, sarebbe impedito alla legge di raggiungere i suoi effetti, esonerando tra l'altro

indebitamente la stessa autorità amministrativa dall'applicarla. Nei casi esaminati da Cass. 14 giugno 1999, n. 5181 e SU 27 ottobre 1993, n. 10690, la Corte, nel riconoscere l'applicazione immediata della nuova legge sull'usucapione breve, ha «ricordato che, come disposto dall'art. 6, la legge 10 maggio 1976 n. 346 è entrata in vigore il primo giorno successivo alla sua applicazione nella Gazzetta Ufficiale. La espressa esclusione dalla normale *vacatio legis* non troverebbe spiegazioni ove le disposizioni contenute nella legge in questione fossero destinate a trovare applicazione solo vari anni dopo la sua entrata in vigore, mentre ha una sua *ratio* nel riconoscimento della efficacia integrale del possesso maturato sotto la precedente disciplina».

Inoltre, pur ipotizzando in astratto che di applicazione retroattiva si tratti, la giurisprudenza da tempo insegna che «il principio di irretroattività della legge in generale può essere derogato in modo espresso ovvero tacito e desumibile in modo non equivoco da obiettivi elementi del contenuto normativo» (Cass. 18 dicembre 1979, n. 6572; 28 maggio 1979, n. 3111; 19 giugno 1972, n. 1917). Nel nostro caso vi è di più.

E' arduo negare che la nuova legge contenga una norma di diritto intertemporale, qual è l'art. 1 (comma 9), che indica chiaramente che alle situazioni pendenti, ove positivamente vagliate in sede amministrativa, si applichi il meccanismo di conversione del permesso umanitario nel permesso «in casi speciali»: è quindi ovvio dedurne che il legislatore ha inteso escludere che alle situazioni pendenti siano da applicare le norme ormai abrogate. Non si comprende per quale ragione l'autorità amministrativa non dovrebbe applicare interamente la nuova normativa, essendo tenuta a provvedere alla conversione del permesso che è prevista dalla nuova legge.

E' di ciò sembra consapevole la Corte nel precedente con il quale ci si confronta, laddove esclude che, vagliata positivamente la domanda di permesso in sede amministrativa o giudiziaria, si possa rilasciare allo straniero il vecchio permesso umanitario, atteso che «il titolo di soggiorno rilasciato dal Questore [...] sarà conformato al paradigma contenuto nel comma 9 [...]», poiché la fase attuativa successiva al provvedimento della Commissione territoriale o del giudice «non può che esplicarsi sulla base della nuova normativa vigente, che non riconosce più per il futuro, dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, il rilascio di un permesso umanitario disciplinato, quanto a contenuto e durata, dall'art. 5 c. 6 del d. lgs. n. 286 del 1998 e dal relativo regolamento di attuazione» (p. 18). In altri termini, secondo la ricostruzione operata dalla sentenza 4890, il permesso da rilasciare sarebbe quello nuovo, ma le condizioni sarebbero quelle della legge previgente. Più coerente, ma ugualmente non condivisibile, è il percorso argomentativo seguito dal Procuratore Generale il quale ha concluso per la persistente e integrale applicazione dell'art. 5, comma 6, d. lgs. n. 286 del 1998.

4.2) La conclusione della sentenza 4890 non è condivisa dal Collegio: da un lato, si nega l'applicabilità immediata della nuova normativa e si afferma la necessità di continuare ad applicare la previgente normativa (abrogata) dell'art. 5, comma 5, d. lgs. n. 286 del 1998, quanto alle condizioni sostanziali richieste per il riconoscimento della protezione umanitaria; ma dall'altro si applica la nuova normativa, implicitamente riconoscendone l'applicabilità immediata limitatamente al *nomen* e alla durata del permesso da rilasciare, con un effetto sostanzialmente creativo di una norma transitoria «nuova», risultante da una commistione tra norme diverse.

4.

Sgomberato il campo da suggestioni irrilevanti (come si dirà più avanti) relative al maggiore o minore *favor* della legge vecchia rispetto a quella nuova (si osserva incidentalmente che la nuova legge prevede il rilascio di permessi in alcune situazioni che non consentivano il rilascio del permesso umanitario previgente), interessa soffermarsi sulla motivazione offerta dalla sentenza che, come riferito al par. **3.2**), si propone di rispondere all'esigenza di garantire parità di trattamento tra coloro (ai quali è rilasciato il permesso «nuovo») la cui domanda sia stata positivamente vagliata in base ai vecchi parametri normativi e coloro la cui domanda non sia stata ancora esaminata dalle Commissioni territoriali o sia stata respinta secondo i vecchi parametri, poiché costoro altrimenti dovrebbero «subire» l'applicazione della nuova legge nei procedimenti amministrativi e giudiziari in corso.

Il Collegio ritiene che si tratti di un intervento ortopedico sul testo della norma che incide sul delicato aspetto della vigenza (cioè della stessa esistenza e applicabilità) della legge, all'esito di un bilanciamento di valori e interessi costituzionali (ragionevolezza, parità di trattamento, ecc.) che è riservato esclusivamente al legislatore (Cass. SU 9 settembre 2009, n. 19393) ed è controllabile dal giudice delle leggi, con l'effetto di favorire l'ultrattività della legge previgente: a quest'ultimo riguardo, se è vero che «continuare ad applicare per i fatti passati la legge del tempo [...] non significa disapplicare la legge nuova, destinata a regolare unicamente le situazioni presenti e future», è anche vero che ciò può dirsi sempre che la legge previgente «non sia stata espressamente abrogata dalla legge successiva, di natura non retroattiva, parzialmente modificativa della disciplina precedente» (Cass. SU 25 maggio 1991, n. 5939), come appunto nella specie, visto che le norme sul permesso

umanitario sono state espressamente abrogate (sostituite) dalla legge nuova, nella quale neppure si rinviene un chiaro differimento dell'efficacia delle nuove disposizioni.

Detta operazione ermeneutica non sembra consentita dalla «lettera» della norma che notoriamente costituisce un limite invalicabile dell'attività interpretativa, la quale «è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale» (Cass. SU 23 dicembre 2014, n. 27341; SU 19 settembre 2017, n. 21617; 30 marzo 2017, n. 8282; 21 marzo 2017, n. 7157); «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (Corte cost. n. 42 del 2017, oltre a Corte cost. n. 36 del 2016; n. 231 del 2013; n. 91 del 2013).

L'ipotizzata esigenza di evitare disparità di trattamento e di trattare ugualmente le «situazioni soggettive omogenee» non sussiste: infatti se una disparità di trattamento vi fosse nella legge questa sarebbe rimediabile solo all'esito di un giudizio di legittimità costituzionale della legge; inoltre, la situazione dei richiedenti che abbiano ottenuto dalle Commissioni territoriali il parere positivo sui gravi motivi di carattere umanitario (comma 9) è diversa da quella dei richiedenti che abbiano ottenuto il rigetto della loro domanda; se una differenza è ravvisabile questa è dovuta allo scorrere del tempo e alla diversa collocazione in esso dei fatti giuridici, ma questa situazione ben può legittimare una diversa modulazione dei rapporti che ne scaturiscono e giustificare una differenziazione normativa, trattandosi di situazioni solo apparentemente omogenee (Corte cost. n. 401 del 2008 e le altre già citate).

Si dovrebbe altrimenti sostenere che vi sia una disparità di trattamento anche rispetto ai richiedenti che abbiano già ottenuto il

vecchio permesso umanitario, per l'asserito pregiudizio lamentato da coloro che, avendo fatto domanda nel vigore della nuova legge, devono essere assoggettati alla nuova legge. E del resto, a ritenere applicabile la legge vigente al momento della domanda, una disparità di trattamento sarebbe determinata proprio dalla differenziazione normativa tra coloro che abbiano presentato la domanda entro il 5 ottobre 2018 e coloro che, pur trovandosi nella medesima situazione, non l'abbiano ancora presentata.

4.3) La sentenza n. 4089 cita alcuni precedenti di questa Corte che dimostrerebbero l'impossibilità di applicazione, che si definisce retroattiva, delle norme sopravvenute qualora incidenti non solo su diritti quesiti, ma anche su «fatti compiuti», alla luce del noto principio secondo cui la norma sopravvenuta – salvo espressa disposizione contraria – è inapplicabile ai rapporti giuridici già esauriti e a quelli sorti anteriormente e ancora in vita al momento della sua entrata in vigore, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi ad opera del pregresso fatto generatore e si venga a togliere efficacia alle conseguenze attuali o future di esso (v. par. **3.3**).

Essenziale, ai fini dell'individuazione della portata retroattiva o meno della norma sopravvenuta, è la qualificazione della situazione giuridica incisa da essa, al fine di discernere il fatto generatore del diritto dai suoi effetti, comportando la retroattività (in senso proprio) il disconoscimento per il passato di effetti giuridici già sorti e per questa via lo sconvolgimento delle situazioni giuridiche sorte durante il periodo di vigenza della vecchia legge («facta praeterita»).

Ove si tratti di un contratto o (a certe condizioni) di un illecito, il fatto generatore si identifica con la fattispecie che può dirsi compiuta, ma al di fuori da queste ipotesi è necessaria un'attenta analisi della

fattispecie per verificare se, nella catena dei fatti (anche secondari) che la integrano, alcuni di essi siano riconoscibili come autonomi e giuridicamente rilevanti, ai fini della costituzione di una situazione soggettiva che possa dirsi acquisita in capo al soggetto.

Solo in tal caso infatti sarebbe possibile ravvisare un «fatto compiuto» impermeabile alla legge sopravvenuta.

La giurisprudenza ha precisato che «al di fuori della materia penale (o, più in generale, punitiva), non ha rilevanza il fatto che, in base all'applicazione retroattiva della legge sopravvenuta, derivi al titolare della situazione soggettiva un vantaggio o invece uno svantaggio, cosicché non deve indurre (magari inavvertitamente) ad una più liberale applicazione retroattiva della legge sopravvenuta la circostanza che una posizione tutelata ne risulti accresciuta o migliorata [o viceversa]. E ciò sia perché nei rapporti intersoggettivi al vantaggio di uno dei soggetti si correla lo svantaggio dell'altro (solitamente dovuto a ragioni di interesse generale, quando si tratti di soggetto pubblico), sia perché nel sistema costituzionale non è, in linea di principio, interdetto al legislatore di emanare disposizioni, anche retroattive, che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata [...]» (Cass. SU 25 maggio 1991, n. 5939).

4.3.1) Ad avviso del Collegio, nessuno dei precedenti richiamati è utile a sorreggere la conclusione fatta propria dalla sentenza n. 4890, perché tutti riferiti a fattispecie in cui, talora, l'applicazione retroattiva è stata esclusa in situazioni in cui era possibile effettivamente isolare uno o più fatti «generatori», in tal senso costitutivi di una situazione soggettiva acquisita in capo al titolare e, altre volte, la retroattività è stata ammessa proprio per essere stata esclusa l'esistenza di fatti compiuti. In particolare:

- a) Le sentenze 14 febbraio 2017, n. 3845 e 24 luglio 2007, n. 16395 hanno ammesso la perdurante applicabilità della norma (successivamente abrogata) prevedente l'estinzione d'ufficio delle controversie relative ai crediti maturati dai consorzi agrari, trattandosi di liti aventi ad oggetto un diritto di credito per una gestione di ammassi «che sia stata svolta ed abbia esaurito i suoi effetti prima dell'abrogazione».
- b) La sentenza 28 settembre 2002, n. 14073 ha ritenuto legittima la sospensione dell'erogazione della pensione già attribuita, proprio in applicazione di una legge sopravvenuta che vietava al beneficiario il contestuale svolgimento di attività lavorativa, rilevando che la nuova legge ben poteva regolare diversamente gli effetti correlati alla concreta erogazione dei ratei, essendo pienamente rispettosa del principio di non retroattività della legge, non avendo inciso sul fatto generatore del diritto.
- c) La sentenza 3 luglio del 2013, n. 16620 ha rigettato la domanda del professionista che infondatamente chiedeva di applicare la legge regionale sopravvenuta che vietava l'inserimento nel contratto d'opera professionale, stipulato con un comune, di una clausola che condizionava il pagamento del corrispettivo all'avvenuto finanziamento dell'opera.
- d) La sentenza 3 marzo 2000, n. 2433 ha ritenuto legittima l'applicazione della normativa sopravvenuta che disponeva la revoca di ratei dell'indennità di accompagnamento a decorrere da una data successiva a quella prevista dalla legge precedente, evidenziando che la norma innovatrice non era diretta a regolare il fatto generatore del rapporto ma solo gli effetti di esso e quindi rispettava il principio di non retroattività della legge.

- e) La citata sentenza n. 5939 del 1991 ha ritenuto non applicabile la nuova legge che disciplinava diversamente il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità in caso di morte dell'ex coniuge, perché incidente direttamente e innovativamente sul fatto generatore e non solo sui suoi effetti, fatto dalla nuova legge individuato nella morte del coniuge assicurato (avvenuto prima dell'entrata in vigore della nuova norma), intesa come costitutiva di un vero e proprio diritto alla prestazione previdenziale, sottoposto *ex novo* alla condizione imprescindibile della titolarità dell'assegno divorzile, prima non richiesta dalla legge previgente né quindi esigibile nei confronti dell'interessato.
- f) La sentenza 28 aprile 1998, n. 4327, per altro verso, ha ritenuto applicabile lo *jus superveniens* che attribuiva al coniuge divorziato il diritto ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto di lavoro percepita dall'ex coniuge, ritenendo che la nuova legge non incidesse sul fatto generatore del diritto ma solo sui suoi effetti «che trovano il loro normale svolgimento nel tempo», sicché poteva essere applicata retroattivamente «con l'attribuzione *ex nunc* di effetti nuovi a fatti pregressi»; ad avviso della Corte, «il discrimine temporale tra vecchia e nuova disciplina non può essere segnato (come vorrebbe il ricorrente) dal momento del verificarsi dell'elemento presupposto, ossia dalla data del divorzio, bensì da quello del verificarsi della fattispecie generatrice del nuovo diritto, vale a dire dalla maturazione dell'indennità. È per questo che l'art. 12 bis deve ritenersi applicabile ove l'indennità di fine rapporto sia maturata successivamente all'entrata in vigore della legge n. 74 del 1987».

4.3.2) La sentenza n. 4890 giunge alle conclusioni viste senza analizzare la fattispecie della protezione umanitaria, nella quale, in realtà, non esiste né un «fatto» né un fatto «compiuto» qualificabile come «generatore», i cui effetti sarebbero impropriamente disconosciuti dalla legge sopravvenuta retroattiva.

Se un elemento di fatto può trarsi dal provvedimento negativo della Commissione territoriale, questo è proprio l'insussistenza di un fatto acquisitivo del beneficio invocato, sicché per definizione la legge sopravvenuta non potrebbe definirsi retroattiva e dovrebbe quindi trovare immediata applicazione.

Il conseguimento della protezione umanitaria infatti è una fattispecie complessa e a formazione progressiva, come chiaramente si desume dal fatto che essa consiste in un permesso del quale l'ordinamento postula che si valutino i presupposti nell'ambito di un apposito procedimento: dunque è una fattispecie complessa, progressiva e procedimentale (dove, come nei rapporti di durata, «ancor più vanno tenuti distinti dal fatto generatore del diritto gli effetti di esso, che necessariamente si protraggono nel tempo per il normale svolgimento del rapporto a partire dal momento in cui esso nasce», Cass. n. 5939 del 1991 cit.).

In relazione alle fattispecie a formazione progressiva proprio la teoria del fatto compiuto impedisce di discorrere di retroattività: la fattispecie non si è formata finché il procedimento è in corso, e quindi non di retroattività della norma sopravvenuta si può parlare, ma semplicemente di applicazione immediata in situazioni «aperte» e *in fieri*.

A confermarlo è proprio la conformazione della protezione umanitaria ad opera di Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455 (sulla quale ci si soffermerà più avanti), la quale, richiedendo una valutazione

comparativa della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine in correlazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza, non cristallizza l'indagine al momento dell'ingresso nel territorio e neppure della domanda, ma impone di verificare il più possibile all'attualità la condizione di vulnerabilità del soggetto nei suoi profili non solo fattuali ma anche giuridici, trattandosi di una situazione complessa, dinamica e mutevole.

Seguendo la tesi confutata, il giudice dovrebbe riconoscere la protezione internazionale anche ai richiedenti responsabili di gravi reati, non previsti dalla vecchia legge ma dalla legge sopravvenuta come ostativi per la concessione della protezione, sol perché abbiano avviato il procedimento amministrativo nel vigore della vecchia legge, conclusione questa che sarebbe davvero arduo sostenere (nel senso che la pericolosità sociale, ostativa al permesso per motivi di lavoro, debba essere valutata in base alle fattispecie criminose previste dallo *jus superveniens* intervenuto nel procedimento amministrativo in corso, v. TAR Salerno, 30 luglio 2009, n. 4221).

4.3.3) L'interpretazione fatta propria dalla sentenza 4890 non trova riscontri nella giurisprudenza di legittimità che, in varie materie, pure riguardanti diritti fondamentali, di natura personale e patrimoniale, afferma l'immediata applicabilità della legge sopravvenuta, in mancanza di diritti quesiti o fatti compiuti.

a) In tema di ricongiungimento familiare, questa Corte ha costantemente ribadito l'applicabilità nei processi in corso del regime giuridico meno permissivo introdotto dal d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 160, modificativo dell'art. 29 del d. lgs. n. 286 del 1998, riconoscendo trattarsi di procedimento a formazione complessa

(Cass. 27 settembre 2013, n. 22307; 23 marzo 2012, n. 4752; 30 marzo 2011, n. 7218).

b) In tema di elettorato passivo, ha affermato l'applicabilità della legge sopravvenuta innovativa nelle controversie in corso «trattandosi di norma in materia di status e capacità delle persone» (Cass. 19 settembre 1972, n. 2760; 23 giugno 1972, n. 2079; 25 febbraio 1972, n. 562), salvo che nelle fattispecie «chiuse» relative a «competizione elettorale già avvenuta ed esaurita» (Cass. 21 luglio 1998, n. 7123).

c) In tema di «accertamento» del diritto di usucapione, ai fini del compimento del periodo di quindici anni, necessario per l'usucapione speciale di cui all'art. 1159 bis c.c., introdotto dalla legge 10 maggio 1976 n. 346, questa Corte ha negato che il possesso *ad usucapionem* iniziato prima del 1976 restasse regolato dalle norme previgenti e quindi postulasse il decorso del termine ventennale e, riconoscendo l'immediata applicabilità della nuova legge, ha ritenuto invocabile il possesso quindicennale iniziato prima e concluso dopo l'entrata in vigore della nuova normativa (Cass. SU 27 ottobre 1993, n. 10690).

d) In tema di distanze tra costruzioni, la Corte ha stabilito che se dopo la concessione edilizia sopravvengono nuove norme sulle distanze tra edifici, o sulla loro volumetria o altezza, il costruttore deve conformarsi allo *jus superveniens*, salvo che la costruzione sia già realizzata (legittimamente secondo la normativa del tempo), perché in tal caso si ravvisa un «fatto compiuto» e consolidato, sul quale non può incidere retroattivamente la nuova disciplina più restrittiva della precedente (tra le tante, Cass. 4 agosto 1997, n. 7185).

f) In tema di prescrizione, la Corte ha stabilito che la nuova legge può modificare il termine della prescrizione allungandolo o

abbreviandolo, anche quando la prescrizione sia cominciata sotto l'impero della legge anteriore, respingendo la tesi della parte che aveva interesse all'applicazione del termine più breve previsto dalla legge anteriore, con l'effetto di escludere l'esistenza di un «fatto compiuto» (Cass. 23 giugno 1945, n. 468).

g) In tema di espulsione, la Corte ha accolto l'opposizione ad un decreto di espulsione di un cittadino rumeno, in applicazione dello *jus novum* della legge di ratifica del Trattato di adesione all'Unione europea della Repubblica di Romania (Cass. 8 giugno 2007, n. 14056).

e) In tema di assegno divorzile, la Corte ha stabilito l'immediata applicabilità della nuova normativa in tema di assegno di divorzio, *ex lege* n. 74 del 1987, ai giudizi, anche in cassazione, in corso al momento dell'entrata in vigore della stessa, alla stregua dei principi generali sullo *jus superveniens* (Cass. 4 aprile 1990, n. 2799; 20 febbraio 1988, n. 1773).

4.3.4) La tesi secondo cui il diritto al riconoscimento della protezione umanitaria si configura come un diritto fondamentale «immanente» della persona, che sorge al momento del suo ingresso nel territorio del paese ospitante o, al più tardi, della presentazione della domanda di protezione alla Commissione territoriale, secondo le condizioni stabilite dalla legge vigente al momento del fatto generatore, presuppone che si identifichi prima il «fatto generatore».

A prescindere per ora dalle aporie intrinseche in questa tesi e sorvolando sull'ambiguità dei suddetti riferimenti temporali (all'ingresso nel territorio nazionale o alla domanda), se il «fatto» si identifica (e dissolve) nell'intera fattispecie, allora bisognerebbe dimostrare che tale fattispecie sia (se non proprio esaurita) quantomeno «compiuta» per poter sostenere che la legge

sopravvenuta ne disconoscerebbe impropriamente gli effetti, altrimenti sarebbe inutile anche discettare di fatto «compiuto» e «diritto quesito».

In realtà, siamo in presenza di un accertamento tutto da compiere, il quale non ha ad oggetto la verifica di un presupposto processuale che deve preesistere all'introduzione del giudizio, ma la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per il riconoscimento della protezione richiesta, che è una valutazione inerente alla fondatezza o infondatezza della domanda nel merito.

Si è in presenza, al più, di un affidamento di fatto della parte nell'applicazione di una legge o di un'altra per la decisione sulla domanda di protezione, ma l'amministrazione è tenuta ad applicare la normativa vigente al momento del provvedimento, «a nulla rilevando che, in ipotesi, la domanda sia stata presentata sotto la vigenza di una legislazione più favorevole al richiedente; infatti non si può riconoscere alla semplice presentazione della domanda l'effetto di costituire una posizione giuridica acquisita, prevalente sullo *jus superveniens*» (Cons. di Stato, sez. IV, 4 maggio 1982, n. 267; è un orientamento costante nella giurisprudenza amministrativa: Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2171; sez. IV, 14 dicembre 2017, n. 5894; sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5885; 13 aprile 2016, n. 1450).

E analogamente, il giudice ordinario è tenuto ad applicare la legge vigente al momento della decisione giurisdizionale, all'esito di un giudizio che non ha natura meramente impugnatoria del provvedimento amministrativo di diniego, ma ha ad oggetto la verifica della sussistenza del diritto soggettivo alla protezione invocata, sulla quale il giudice deve statuire nel merito (Cass. 22 marzo 2017, n. 7385).

Diverso è evidentemente il caso in cui la fattispecie procedimentale sia «definita» per essere il provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile prima dell'entrata in vigore della nuova legge (Cons. di Stato, sez. V, 23 aprile 1991, n. 655): nella specie, dissentendo da quanto rilevato dal Procuratore Generale, la fattispecie non è «definita», essendo la domanda stata rigettata dalla Commissione territoriale con provvedimento impugnato in sede giurisdizionale con esito parzialmente favorevole per il richiedente e contestato dal Ministero che ha proposto ricorso per cassazione.

Né varrebbe obiettare che, applicandosi da parte del giudice una normativa diversa da quella vigente al momento della decisione della Commissione territoriale, verrebbe alterata la struttura bifasica prevista dalla legge per la decisione, che prevede un procedimento amministrativo seguito da quello giurisdizionale. E' agevole replicare che, da un lato, la struttura bifasica sarebbe intatta, così come gli accertamenti fattuali operati nella sede amministrativa rimarrebbero validi ed efficaci nella successiva giurisdizionale; dall'altro, non si potrebbe impedire al giudice, in mancanza di specifica disposizione di legge, di conoscere e applicare la legge sopravvenuta (*jura novit curia*).

4.4) L'ulteriore argomento utilizzato dalla sentenza n.4890 e valorizzato dal Procuratore Generale, circa la natura ricognitiva e di mero accertamento della decisione giurisdizionale avente ad oggetto la protezione umanitaria (v. par. **3.4**), non è utile alla tesi della persistente applicazione della legge vigente al momento della domanda.

Se si tratta di mero accertamento dichiarativo (o ricognitivo, come recita, con riguardo tuttavia ai rifugiati, il Considerando 21 della direttiva 2011/95/UE) – seguendo le indicazioni provenienti da Cass.

SU n. 19393 del 2009 citata, che tanto affermò (solo) per far radicare la giurisdizione del giudice ordinario, negando la degradazione del diritto azionato ad interesse legittimo (da ultimo, SU 11 dicembre 2018, n. 32044) –, ciò significa che, una volta concluso positivamente il giudizio, gli effetti della sentenza dovrebbero retroagire al momento in cui sono venute ad esistenza le condizioni normativamente previste per il rilascio del permesso.

In tal caso il diritto dovrebbe sorgere per la sola esistenza delle condizioni di legge, avendo la domanda della parte la mera funzione di atto di avvio della procedura amministrativa che l'ente debitore è tenuto ad espletare (in generale, Cass. 2 settembre 2008, n. 22051).

Se così è, non è chiaro il riferimento alla domanda come momento cui fare riferimento per determinare la legge applicabile, essendo la domanda caratteristica piuttosto degli accertamenti costitutivi – quale, in verità, parrebbe essere quello avente ad oggetto il permesso in questione, tenuto conto che, ove questo non sia stato concesso in sede amministrativa, la sentenza, all'esito dell'opposizione, semplicemente tiene luogo del permesso non accordato, all'esito della verifica all'attualità della sussistenza delle condizioni di legge – nei quali il fenomeno della retrodatazione degli effetti della sentenza si spiega per la diversa esigenza di evitare il pregiudizio per l'attesa della definizione del giudizio.

Se di mero accertamento si tratta, si dovrebbe fare riferimento al momento in cui le condizioni si sono maturate e, tuttavia, è arduo individuare tale momento in epoca anteriore alla sentenza, non potendosi fare riferimento all'ingresso nel territorio nazionale quando avvenuto in condizioni di illegalità (che ne giustificerebbero l'espulsione, art. 13 d.lgs. n. 286 del 1998), almeno fino a quando non sia stata presentata la domanda di protezione, il cui effetto,



peraltro, è quello di autorizzare lo straniero a rimanere nel territorio dello Stato «fino alla decisione della Commissione territoriale» (art. 7, comma 1, d. lgs. n. 25 del 2008).

Già questi rilievi, alla luce della legislazione vigente, rendono incerta l'affermazione di un diritto «preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone, mediante il procedimento amministrativo ed eventualmente giurisdizionale» (sentenza n. 4890, p. 14.d).

Neppure si può trascurare che la domanda di protezione umanitaria di cui si tratta non è volta all'attribuzione di uno status (a differenza del rifugio e della protezione sussidiaria, art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 251 del 2007), ma al conseguimento di un permesso di breve durata (due anni) con una «differenza decisiva rispetto agli *status* di protezione internazionale – già segnalata da Cass. n. 4455 del 2018 – al cui riconoscimento consegue, invece, la concessione di un permesso di soggiorno di durata quinquennale (art. 23, d.lgs. 251/2007), che costituisce titolo, al concorrere degli altri requisiti previsti, per il rilascio di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, facoltà che viene espressamente esclusa per coloro che sono titolari di un permesso umanitario (art. 9, comma terzo, lett. b), d.lgs. 286/1998)».

Non può valorizzarsi in senso contrario la sentenza della Corte di giustizia 12 aprile 2018, C-550/16, la quale, affermando che nel processo deve essere trattato come «minore» il cittadino straniero che abbia un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della domanda di asilo e che raggiunga la maggiore età nel corso della procedura di asilo, mira a garantire l'immediata applicazione delle norme a tutela dei minori e comunque sempre che la persona

«[ottenga] in seguito il riconoscimento dello status di rifugiato». Siamo quindi fuori dalla materia del ricorso in esame, che non pone un problema applicativo di norme a tutela dei minori, sorvolando sul fatto che la sentenza della Corte di giustizia non riguarda la protezione umanitaria ma i richiedenti lo status di rifugiato (si noti che il Considerando 9 stabilisce che «la presente direttiva [2004/83/Ce] non si applica ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale»; analoga disposizione è contenuta nel Considerando 15 della direttiva 2011/95/Ue).

4.4.1) Fatte queste premesse, è necessario precisare che il tipico effetto retroattivo delle sentenze di accertamento non interferisce in alcun modo con la questione della legge applicabile che stabilisce le condizioni sostanziali richieste in concreto per il riconoscimento del beneficio.

Si dovrebbe altrimenti pensare che la proposizione della domanda – quando, come nella specie, manchino fatti «compiuti» o «diritti acquisiti» che possano giustificare la persistente applicabilità della legge abrogata – produca anche un inedito e improprio effetto prenotativo della legge sostanziale (in vigore al momento della domanda) applicabile al rapporto controverso, che non sembra possa giustificarsi in ragione del rango del diritto azionato.

Se ciò si ammettesse risulterebbe seriamente condizionato l'operato del legislatore in una materia in cui la Costituzione gli garantisce «un'ampia discrezionalità» che si concretizza nel bilanciamento tra i valori in campo: il controllo dei flussi migratori e i diritti delle persone di derivazione anche internazionale. La Corte costituzionale ha più volte precisato di non poter interferire nelle

scelte di «politica nazionale in tema di immigrazione» che sono riservate al legislatore ordinario (Corte cost. n. 277 del 2014, n. 202 del 2013, n. 172 del 2012, n. 250 del 2010, n. 148 del 2008), rappresentando il potere di disciplinare l'immigrazione «un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio» (Corte cost. n. 250 del 2010, n. 353 del 1997).

Verrebbe sottratto al legislatore il potere di normare diversamente le situazioni in essere nei confronti dei richiedenti la protezione – tanto più che, nella specie, la nuova legge è intervenuta con un'opera di semplice «tipizzazione dei permessi», come si legge anche nella sentenza n. 4890 (p. 8.4) –, per il solo fatto che essi abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'attribuzione del permesso umanitario, con l'effetto di cristallizzare il «paradigma legislativo anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018» per lo scrutinio della pretesa al momento della domanda (sentenza 4890, p. 14.d).

L'affermazione secondo cui si tratterebbe di un diritto soggettivo «preesistente alla verifica delle condizioni [...]» o «immanente alla persona» sembra evocare una categoria giuridica (quella dei diritti «originari» o connaturati all'essere umano) che però contrasta con la tesi seguita nella stessa sentenza n. 4890 che radica la protezione per ragioni umanitarie nell'asilo costituzionale, poiché è lo stesso art. 10 Cost. che attribuisce al legislatore la prerogativa di conformarlo e di stabilire le forme di protezione dello straniero («ha diritto [...] secondo le condizioni stabilite dalla legge»).

4.5) Gli argomenti riferiti sub **3.5)**, circa lo statuto costituzionale e comunitario della protezione umanitaria, non forniscono sostegno alla tesi della inapplicabilità immediata della nuova legge.

In primo luogo, si deve constatare che, come rilevato anche da Cass. n. 4455 del 2018, non esistono precisi «obblighi comunitari» che impongano allo Stato italiano il riconoscimento di forme di protezione diverse e ulteriori rispetto allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria. Il diritto eurounitario, infatti, non disciplina la protezione umanitaria, ma si limita a prevedere che ai cittadini di paesi terzi e apolidi possa essere «concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale [rifugio e protezione sussidiaria], ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale» dai singoli Stati (Considerando 9 della direttiva n. 2004/83/Ce); analogamente, a norma dell'art. 6, comma 4, della direttiva 2008/115/CE, gli Stati possono riconoscere ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio sia irregolare un'autorizzazione o un permesso di soggiorno per «motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura».

In secondo luogo, con riguardo allo statuto costituzionale della protezione umanitaria, se si intende sostenere che la legge che la disciplinava (art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 e disposizioni connesse) costituisse una delle possibili forme attuative dell'asilo costituzionale, tra l'altro in un senso particolarmente ampio (tenuto conto che l'art. 10 Cost. riconosce l'asilo allo straniero cui «sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche», mentre la protezione umanitaria è prevista nelle situazioni di generica vulnerabilità personale), si potrebbe convenire. Ed è in tal senso che, ad avviso del Collegio, si collocano (e vanno letti) i precedenti di questa Corte (Cass. 4 agosto 2016 n. 16362; 26 giugno 2012, n. 10686) che hanno affermato l'inerenza al diritto costituzionale di asilo delle diverse forme di protezione riconosciute

allo straniero mediante lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e quella umanitaria.

Non si può invece convenire con la tesi, cui sembra aderire la sentenza 4890, secondo cui la protezione umanitaria sarebbe ormai «costituzionalizzata» con il contenuto proprio della legge precedente, con la conseguenza che non sarebbe più consentito al legislatore ordinario di abrogarla e neppure, come avvenuto, di tipizzarla mediante la previsione di permessi specifici per le diverse situazioni.

Si dovrebbe quantomeno dimostrare che la sommatoria delle forme di protezione attualmente vigenti (status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione nei casi speciali previsti dalla nuova legge e altre forme di protezione derivanti da permessi di altro genere previsti dalla legge) sia insufficiente a garantire il nucleo minimo dell'asilo costituzionale garantito dalla Costituzione. Altrimenti si dovrebbe prendere atto che l'art. 10 Cost. prevede l'asilo «secondo le condizioni stabilite dalla legge» che possono evidentemente mutare nel tempo, essendo al legislatore garantita dalla Costituzione «un'ampia discrezionalità» in materia (si rinvia al precedente par. 4.4).

Pertanto, la tesi (seguita anche dal Procuratore Generale) che legge la protezione umanitaria come oggetto di un diritto immanente e inviolabile della persona dovrebbe pur sempre coordinarsi con l'insopprimibile constatazione che anche questo diritto, sebbene fondamentale, è suscettibile di regolazione da parte del legislatore, cui spetta il bilanciamento tra i valori in gioco – il controllo del fenomeno migratorio e i diritti delle persone di derivazione anche internazionale – posto che altrimenti si consentirebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti in campo, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente

riconosciute e protette (Corte cost. n. 58 del 2018, n. 20 del 2017, n. 63 del 2016, n. 10 del 2015, n. 85 del 2013).

5) Ad avviso del Collegio, quelle sinora trattate sono questioni di massima di particolare importanza, in ordine alle quali il Collegio dissente dal precedente n. 4890 del 2019. E' quindi necessario investire il Primo Presidente perché valuti l'opportunità di rimetterne l'esame alle Sezioni Unite.

6) Con l'occasione il Collegio ritiene di rimettere all'esame del Primo Presidente anche l'ulteriore questione che si va sinteticamente ad illustrare, nel caso in cui si reputassero ancora in vigore i previgenti parametri normativi della protezione per motivi umanitari, essendo in dissenso anche rispetto alle conclusioni della sentenza n. 4455 del 2018.

Con questa sentenza la Corte ha interpretato l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 nel senso che il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari può essere riconosciuto al cittadino straniero «che abbia realizzato un grado adeguato di integrazione sociale in Italia [la quale] deve fondarsi su una effettiva valutazione comparativa della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'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 correlazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza».

Questo principio è stato enunciato all'esito di una lettura coordinata di diverse disposizioni (in parte abrogate dal d.l. n. 113 del 2018) che riconoscono il rilascio di un permesso di soggiorno in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario » (nel testo originario dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998): si parla

di «motivi umanitari» (art. 28, lett. *d*, del dPR n. 394 del 1999, abrogato), di «gravi motivi di carattere umanitario» (art. 32, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, abrogato) o «relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale» (art. 11, comma 1, lett. *c ter*, dPR n. 394 del 1999, abrogato), di «gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine» (art. 3, comma 4, d. lgs. n. 251 del 2007 e, quando cessi lo status di rifugiato e di protezione sussidiaria, artt. 9, comma 2, e 15, comma 2, d.lgs. cit.).

Il suddetto principio, ad avviso del Collegio, si espone a dubbi e incertezze interpretative che non favoriscono un'applicazione coerente e uniforme dell'istituto nella pratica giurisprudenziale, con l'effetto di alimentare di fatto il contenzioso, in particolare con riguardo ai profili dell'integrazione o inserimento sociale nel territorio nazionale e della caratterizzazione del rischio in caso di rimpatrio nel Paese di origine.

La sentenza n. 4455, dopo avere premesso che i motivi umanitari non sono «tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicché costituiscono un catalogo aperto [...] pur essendo tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate», prosegue rilevando che il parametro dell'inserimento sociale e lavorativo dello straniero in Italia, pur non costituendo un «fattore esclusivo» e sufficiente per il rilascio del titolo di soggiorno, «può concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità personale» per i rischi di sradicamento conseguenti all'eventuale rimpatrio, all'esito di una «valutazione comparativa» con le condizioni di vita nel Paese di origine. A quest'ultimo riguardo si postula l'esigenza un confronto mirante a verificare l'esistenza di una

«un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali».

Ad avviso del Collegio, non solo, la suddetta valutazione comparativa presenta un contenuto vago e indefinito, ma lo stesso parametro dell'integrazione sociale è il prodotto di un'operazione ermeneutica che poggia su basi normative assai fragili, non ravvisandosi alcuna disposizione che la preveda come condizione per il rilascio del permesso umanitario (solo per i minori v. art. 28, lett. *a sexies*, DPR n. 394 del 1999).

Non è chiaro poi cosa debba intendersi per «integrazione sociale», che rilievo abbia la circostanza che tale integrazione sia in ipotesi maturata in condizione di irregolarità (quanto meno fino al momento dell'avvio del procedimento amministrativo) e quale durata essa debba avere per essere rilevante, dovendosi tenere conto che il sistema già prevedeva forme di protezione per ragioni di salute, familiari ecc. (per qualche cenno v. par. 2), ora tipizzate e integrate dal legislatore del 2018.

Ulteriori incertezze interpretative riguardano la nozione di violazione dei diritti umani nel Paese di origine e, in particolare, il contenuto e l'orizzonte temporale della evocata situazione di «privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani»: se detta valutazione debba riguardare situazioni contingenti del Paese di origine (calamità naturali, carestie, siccità, epidemie, ecc.) o anche situazioni fisiologiche di difficoltà in cui versa il Paese, fermo restando che «i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave» (Considerando 26 della Direttiva 2004/83/CE; analoga disposizione è nel Considerando 15 della Direttiva 2011/95/Ue).

Neppure è chiaro se nella nozione di violazione dei diritti umani nel Paese di origine, elaborata dalla sentenza n. 4455, siano comprese le situazioni di pericolo e insicurezza astrattamente riconducibili alle tipologie di rischi indicate nelle norme in tema di rifugio (artt. 7 e 8 ss. d.lgs. n. 251 del 2007) e protezione sussidiaria (art. 14 d.lgs. n. 251 del 2007), eventualmente in forma attenuata. Il Collegio non condivide questa impostazione che conduce ad una impropria sovrapposizione della tutela «umanitaria» prevista dal diritto nazionale alle tutele (non a caso definite «maggiori») previste dal diritto eurounitario per i rifugiati e beneficiari della protezione sussidiaria, con notevoli incertezze applicative, in mancanza di qualsiasi abbozzo normativo che possa indicare all'interprete quali siano i casi di pericolo persecutorio (meno gravi rispetto a quelli tipizzati nel d.lgs. n. 251 del 2007) e di danno (meno grave rispetto alla protezione sussidiaria) che potrebbero giustificare il riconoscimento della protezione umanitaria.

Si è detto che le direttive comunitarie del 2004 e 2011 escludono l'applicabilità delle norme in tema di rifugio e protezione sussidiaria alle forme diverse di protezione riconosciute discrezionalmente dagli Stati nazionali (v. par. 4.4). La direttiva n. 95/2011/Ue ha riconosciuto agli Stati membri la «facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva» (art. 3). Di tale facoltà, che avrebbe consentito di allargare le maglie delle protezioni «maggiori», lo Stato italiano non si è avvalso, avendo preferito introdurre una misura protettiva come quella di cui si

discorre che, ad avviso del Collegio, è ben diversa e in alcun modo sovrapponibile alle altre.

P.Q.M.

rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Roma, 2 maggio 2019.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE



Il Presidente