

Il nuovo decreto sicurezza “motivi umanitari” Aspetti pratici, sostanziali e processuali

di Roberto Dalla Bona, avvocato

Il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari

Tra le novità del “decreto sicurezza” (DL 4.10.2018 n.113 convertito con modificazioni in L., 1.12.2018 n. 132) rientra indubbiamente l'intervento del legislatore in materia di “protezione umanitaria”.

Il legislatore ha “riscritto” il testo dell'art. 5 TUI eliminando il vecchio testo (art. 5 comma 6°) ed inserendo un elenco dei casi in cui è possibile (con esclusione dei provvedimenti di Protezione Internazionale) rilasciare un permesso di soggiorno.

La nuova disciplina interviene, modificandole, anche su diverse norme speciali adeguandole alla nuova normativa (vedi ad es. la modifica all'art. 32 comma 3° dlgs 25/2008: competenze della Commissione Territoriale).

La “rimozione” di tutti i riferimenti all'art. 5 Comma 6° nel vecchio testo ed altresì la non tassatività della nuova disciplina (se tale disciplina fosse tassativa sarebbe di per sé contraria alla Carta Costituzionale) pongono problemi di applicazione sostanziale.

Un nuovo ordine per le fonti normative

L'entrata in vigore del nuovo “decreto sicurezza” (con la “riscrittura” dell'art. 5 TUI, l'abrogazione di una serie di norme speciali ed il mantenimento di altre) ha cambiato l'ordine delle fonti normative. Il che richiede all'interprete un'indagine volta a ricostruire la disciplina al momento presente.

Si dovrà quindi procedere a ricostruire il sistema a partire in via gerarchica dalle fonti sovraordinate. Solo a titolo di esempio: per un verso l'art. 10 comma 3° Cost. configura diritti soggettivi di cui il cittadino di paese terzo può chiedere in ogni caso l'accertamento (asilo costituzionale: tale figura è stata più volte e sotto diversi aspetti indagata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. il diritto attualmente più rilevante è quello di permanere sul territorio dello Stato sino a definitiva dichiarazione circa lo status); per altro verso l'ordinamento interno contiene norme che configurano il diritto ad ottenere un permesso di soggiorno “per motivi umanitari” (l'entrata in vigore del nuovo decreto sicurezza nulla ha cambiato circa queste fonti)

Il dlgs n. 251 del 19/1/2007 (recepimento della “direttiva qualifiche” nr 83/2005 UE- poi aggiornata con direttiva n.95/2011 UE) all'art.3 n.4 nonché agli artt.9 e 10, testualmente si riferisce ad un titolo di soggiorno per motivi umanitari: “...e purchè non sussistano gravi motivi umanitari...”. La previsione è inserita per sottolineare non solo la diversità di tale disciplina dai diritti di protezione internazionale (Status di rifugiato, protezione sussidiaria) ma anche per sottolineare che la tutela è alternativa, sicchè o si procede in materia di Protezione internazionale o si procede in materia di Protezione umanitaria (le due discipline non si cumulano anzi e viceversa si escludono a vicenda; vedi oltre).

Le direttive UE in materia di “protezione umanitaria”

Il decreto legislativo n. 251/2007 è attuativo di una direttiva europea.

Il “considerando” n.15 (trattasi dei principi enunciati nella premessa della direttiva) della nuova direttiva qualifiche (la n.95/2011 UE) prevede che la direttiva 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.

Il successivo art. 3 della nuova direttiva qualifica stabilisce che Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della direttiva stessa.

In modo analogo la direttiva europea rimpatri (n. 115/2008 UE) all'art.4 fa salve le disposizioni più favorevoli presenti negli ordinamenti di ogni stato-membro ed all'art. 6 n°4 prevede che:

“In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio. Qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare.”

Le fonti di diritto europeo

Per completezza va osservato che i riferimenti alle direttive europee sopra citate mostrano che nel rapporto con l'ordinamento interno di ogni stato membro, il diritto europeo si configura come il “minimo consentito”. Lo scopo del legislatore a livello europeo è quello di creare un insieme di norme che siano applicate in modo omogeneo da tutti gli stati membri. Le fonti di diritto europeo possono essere integrate:

- Da norme presenti nelle carte costituzionali che stabiliscano principi (*norme che gerarchicamente prevalgono su ogni fonte di diritto europeo: nella nostra Legge Costituzionale i primi 12 articoli*).
- Da norme subordinate comunque presenti nell'ordinamento interno purché più favorevoli rispetto a quelle di diritto europeo.

Nello stesso TUI all'art. 1 comma3 sono espressamente fatte salve norme e discipline dell'ordinamento interno che costituiscano trattamento più favorevole rispetto alle fonti UE.

Fonti di diritto interno

Premesso quanto sopra, la previsione contenuta nel dlgs n. 251/2007 anche se in modo sintetico riproduce la disciplina presente nelle fonti UE sopra indicate.

La mancata eliminazione del richiamo ai “motivi umanitari” nell'art.3 comma 4 di cui sopra ad opera del recente “decreto sicurezza”, potrebbe spiegarsi tenendo conto appunto del fatto che il recepimento di una direttiva non può essere “peggiorativo” né altrimenti “peggiolato” con interventi successivi (*in altre parole il diritto europeo non ammette deroghe se non migliorative*).

Si tratta in ogni caso di una previsione conforme ai principi della nostra carta costituzionale (artt. 2-3-10 comma 3° Cost.)

Dunque l'art. 5 TUI è stato sì “riscritto” e rinvia ai soli cd “casi speciali”, tuttavia tale nuova previsione “convive” con il dettato degli artt 3 comma 4, 9 e 10 del dlgs 251/2007 che prevede il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (*ove “gravi”*).

L'abrogazione delle norme speciali che in modo coordinato contenevano la previsione e consentivano l'attuazione del diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (*nella previsione dell'art. 5 comma 6° TUI, esistente nel nostro ordinamento sin dal 1998*) non ha quindi determinato l'“estinzione” di tale diritto.

Piuttosto si deve notare che siccome il permesso di soggiorno per motivi umanitari esisteva nel nostro ordinamento sin dal 1998 (dlgs 286/1998), il recepimento della direttiva “qualifiche” andava ad integrarsi con previsioni già presenti ed in ogni caso efficaci perché non contrastanti con previsioni di fonte europea.

Ora e dopo la “riscrittura” dell’art. 5 TUI ad opera del “Decreto Sicurezza” da un punto di vista sostanziale nell’ordinamento interno troviamo in via gerarchica:

L’art. 10 Cost (*che fa parte dei primi 12 articoli che enunciano i principi della nostra Carta Costituzionale: le cui previsioni prevalgono quindi su ogni fonte di diritto europeo*)

Le fonti di diritto europeo (*direttiva “qualifiche” e direttiva UE “rimpatri”*)

Gli artt. 3 comma4, 9 e 10 dlgs 251/2007 (*recepimento direttiva “qualifiche”*)

I “casi speciali” disciplinati dal nuovo “decreto sicurezza”

I diritti attribuiti dalle norme sopra indicate:

- Si pongono tra loro in rapporto da genere a specie (*asilo costituzionale/ dlgs 251/2007/ casi speciali*);
- sono soggetti ad una disciplina diversa a seconda della fonte (*a fronte di una assenza di norme attuative per asilo costituzionale e “motivi umanitari” ex artt 3 comma4 9 e 10 dlgs 251/2007; sta la disciplina ora prevista dal “decreto sicurezza per i “casi speciali”*);
- sono soggetti a regole procedurali diverse (*i “casi speciali” presuppongono sempre una fase amministrativa; asilo costituzionale ed ora-dopo l’entrata in vigore del decreto Salvini- i “motivi umanitari”, viceversa possono essere sempre azionati direttamente davanti al Tribunale competente soprattutto nel momento più delicato per il cittadino di paese terzo, quello dell’allontanamento*).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione

Il diritto “vivente” (vigente l’art.19 dlgs 150/2011)

Il riferimento alle decisioni della Corte Suprema è necessario perché spesso queste sono invocate dai giudici di merito a sostegno dell’assunto che, sia dal punto di vista sostanziale sia che da quello procedurale, il nostro ordinamento preveda nell’ambito della domanda di asilo la possibilità di riconoscere una delle tre forme di protezione previste (*Status di rifugiato, protezione sussidiaria, “protezione umanitaria”*) il che farebbe rientrare queste tre forme di tutela nella competenza sia della Commissione Territoriale che nella competenza del Tribunale in sede di giudizio di opposizione (*vedi fra le molte Cass. Civ. 26/6/2012 n. 10686*).

Va detto che tale affermazione non trova sostegno nelle fonti normative¹ e che quanto si afferma a sostegno di tale tesi è anzi contraddetto dalle stesse fonti cui la giurisprudenza intende far riferimento²

¹ solo per fare un esempio la Commissione Territoriale è competente solo per Status di rifugiato e Protezione sussidiaria vedi art. 32 comma3 dlgs 25/2008 e gli artt. 35 e 35bis dlgs 25/2008 che disciplinano con norma speciale la competenza del Tribunale hanno analogo contenuto

² ad es. le Cass. SS.UU. che in materia di riparto di giurisdizione hanno affermato che gli istituti di derivazione europea (Status di rifugiato e protezione sussidiaria) configurano diritti soggettivi ed hanno la stessa natura del diritto previsto dall’art. 5 comma 6° vecchio testo.

Affermare che da un punto di vista sostanziale le tre forme di protezione configurino diritti soggettivi non significa affatto affermare che nel nostro ordinamento esista una “unità di sistema” – status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione umanitaria- tale oltretutto da rendere non separabili le relative domande; tanto più che le stesse Cass. SS.UU. in oggetto affermano che sulla competenza della Commissione Territoriale- ristretta alla sola protezione internazionale- vi è una riserva di legge: vedi Cass. sez. un. 9/9/2009 n. 19393, 16/9/2010 n. 19577 e n.5059/2017; lo stesso richiamo “latu sensu” all’art. 2 lett.b dlgs 25/2008 non è corretto – trattandosi di norma speciale ed in quanto tale, norma che non ammette letture “estensive” e/o analogiche.

Nella lettura delle massime di Cassazione va inoltre posta attenzione al quadro normativo cui la decisione si riferisce (*vedi sopra*): anche solo limitandoci alla disciplina processuale, occorre ricordare infatti che la trattazione dei diritti di cui si discute è andata soggetta a ben quattro e diverse discipline.

Lo sforzo interpretativo prodotto dai magistrati della Corte di Cassazione è stata la riposta (*in ogni caso e dichiaratamente*) a esigenze di carattere pragmatico: a fronte della prassi difensiva di proporre la domanda di “protezione umanitaria” cumulata in via subordinata con quelle di Protezione Internazionale (*vigente l’art.19 dlgs 150/2011*) i Tribunali assai spesso hanno dichiarato la inammissibilità di tale domanda, il che ha contribuito alla formazione di una giurisprudenza di Cassazione civile “inclusiva”.

Fermo quanto sopra esposto, va sottolineato tuttavia che è lo stesso art. 35 dlgs 25/2008 storicamente nel testo originario e nelle “novelle” che si sono succedute ad opera del dlgs 150/2011 art. 19 e ad opera del dl n. 13/2017 a stabilire quale sia l’oggetto del giudizio di opposizione in materia di Protezione internazionale. In tale quadro il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno “per motivi umanitari” non configura un istituto (*come per Status di rifugiato e protezione sussidiaria*) bensì un semplice diritto soggettivo.

Sul questo punto non solo c’è una riserva di legge ma va osservato anche che la portata (*residuale*) del diritto che risulta dalla disciplina presente nell’ordinamento interno, bene si coordina con le fonti di diritto europeo: gli interventi normativi UE hanno integrato norme di diritto interno già vigenti (*vedi sopra*).

L’orientamento “pragmatico” della giurisprudenza della Cassazione Civile, in conclusione, già non trovava rispondenza nelle fonti vigenti l’art. 19 dlgs 150/2011, tuttavia è con l’entrata in vigore della L.46/2017 (*che si integra nel sistema normativo del TUI*) che lo stesso legislatore introducendo apposita previsione, ha sottolineato l’autonomia della domanda di “protezione umanitaria” rispetto a quelle di Protezione internazionale.

Lo stesso e nuovo “decreto sicurezza” segue la medesima impostazione.

Sotto altro aspetto la lettura coordinata delle fonti (*diritto UE e ordinamento interno*) indica che le tutele di Protezione Internazionale non possono essere invocate unitamente ai “motivi umanitari”³.

Quindi ove sia stata presentata richiesta di asilo, l’amministrazione – discrezionalmente- valuterà i presupposti per il rilascio (*di competenza del Questore*) di un permesso di soggiorno per motivi umanitari solo nel caso in cui sia stato escluso il riconoscimento di Status di rifugiato e di Protezione sussidiaria (*vedi art. 32 comma 3 dlgs 25/2008*). In caso di rigetto il giudizio di opposizione riguarderà unicamente Status di rifugiato e Protezione sussidiaria (*vedi art. 35 dlgs 25/2008*) in tale ambito vige una deroga al principio dispositivo sicché Il Tribunale, ove ne ravvisi i presupposti, potrà sempre riconoscere il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari anche se non sia stata presentata la domanda (*al contrario Il Tribunale ove non ne ravvisi i presupposti, non può emettere provvedimento di rigetto perché - come si desume dalla stessa*

A questo proposito spesso nella giurisprudenza di merito si incontra il richiamo al “CEAS” (acronimo che indica il sistema europeo unico di protezione internazionale) tuttavia il diritto europeo costituisce solo il “minimo” da applicarsi negli ordinamenti nazionali a scopo di uniformare le discipline. Il diritto europeo presuppone che lo stato membro sia libero di darsi le regole che ritiene, purchè più favorevoli. La disciplina dell’art. 5 comma 6° TUI nel vecchio testo, costituiva quindi solo una integrazione alle fonti di diritto europeo trattandosi di una norma di derivazione costituzionale (art. 10 comma 3° Cost) e quindi con caratteristiche sue - proprie e diverse rispetto agli istituti di derivazione internazionale.

³ questo non solo perché si prevede espressamente che azionare il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari esclude l’applicazione della disciplina di derivazione UE contenuta nel dlgs 251/2007 (direttiva “qualifiche”), ma anche perché lo Stato può decidere di riconoscere il diritto alla “protezione umanitaria” in qualsiasi momento (direttiva europea “Rimpatri”)

direttiva europea “Rimpatri”, la deroga opera solo “in bonam partem”).

Competenza e ammissibilità

Premesso quanto sopra ricordiamo che l’art. 3 comma terzo DL n. 13/2017 (*convertito in L.n.47/2018*) e pur con le novità introdotte dal “decreto Salvini”, conserva la previsione di competenza della sezione specializzata “per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2” (casi di competenza specificamente previsti).

Per connessione s’intende l’esistenza di un’interferenza tra domande autonomamente proposte (*la disciplina delle cause connesse ha lo scopo di evitare il rischio di un contrasto tra giudicati e presuppone quindi che siano effettivamente ed autonomamente proposte più domande*)

Di conseguenza si può osservare che:

- non sarebbe possibile affermare in via astratta la competenza della sezione specializzata: occorre invece che sia effettivamente pendente una causa di quelle indicate dall’art. 3 numeri 1 e 2 e che sia proposta un’altra domanda, in via autonoma, che “interferisca” con le domande già proposte nella causa separata ed anteriore;
- la competenza della sezione specializzata non si estenderebbe quindi e conseguentemente a quelle domande che – pure se in astratto possano interferire con altre riconducibili a quelle previste dall’art. 3 numeri 1 e 2- siano proposte in via autonoma e senza che sia pendente un giudizio tra quelli previsti dell’art.3 numeri 1 e 2.

Osservato che l’oggetto del giudizio di opposizione è tipizzato (*artt. 32 dlgs 25/2008, 35-35bis dlgs 25/2008*) e che il Tribunale sez. specializzata deve occuparsi- con rito speciale- unicamente di Status di Rifugiato e di Protezione sussidiaria, il decreto Minniti (*pur presupponendo la sempre possibile ed autonoma proposizione di domande che possano rientrare nella competenza della sezione specializzata se connesse a domande già proposte ex art. 3 numeri 1 e 2*), non prevede la possibilità di una trattazione delle stesse congiunta con quelle di Protezione Internazionale.

E’ probabile che questi siano i motivi per cui già prima della novella portata dal Decreto Salvini , lo stesso decreto Minniti all’art.3 comma1 lettera d) prevedeva l’applicazione del rito ordinario – sommario di cognizione (*Giudice Unico*) per le domande di “protezione umanitaria”⁴.

Analogamente il “decreto Salvini” nel novellare il “decreto Minniti” ha affermato una nuova competenza ed ha introdotto un nuovo rito speciale (*quello previsto dall’art. 19 ter dlgs 150/2011*) riservato alle controversie di cui all’art.3 comma1 lettere d) e dbis) (*controversie riguardanti il*

⁴ domande quindi e comunque da proporsi “a parte”, pur rientrando per previsione espressa, nella competenza della sezione specializzata.

Ove non fosse esistita tale disposizione, la domanda autonoma di “protezione umanitaria” sarebbe stata di competenza del Giudice ordinario e lo stesso sarebbe accaduto per gli altri casi di competenza previsti dall’art. 3 comma 2 nel vecchio testo.

Chi – come sostenitori di tale tesi - ha viceversa attinto alla giurisprudenza di Cassazione formatasi nella vigenza dell’art. 19 dlgs 150/2011, per sostenere che l’ “unità del sistema” teorizzata da tale giurisprudenza potesse anche definire l’oggetto del giudizio di opposizione come ridisegnato dal decreto “Minniti”, è stato costretto – a questo punto - a spiegare perché, l’art.3comma1 lett.d) del decreto stesso preveda una competenza ed un rito “a parte” rispetto a quello di volontaria giurisdizione viceversa previsto per le sole opposizioni in materia di Protezione Internazionale.

A questo proposito è stata avanzata la tesi che l’art.3comma1 lettera d)- nel vecchio testo- si riferisse ai casi in cui vi fosse un provvedimento amministrativo positivo quanto alla “protezione umanitaria” e la vertenza riguardasse questioni inerenti il relativo rilascio del permesso di soggiorno da parte dell’Ufficio Stranieri della Questura.

Il testo dell’art. 3comma1 lettera d) tuttavia si riferiva (prima della novella portata dal decreto Salvini) genericamente alle “controversie in materia di protezione umanitaria” con eloquente riferimento a “tutte” le controversie .

rilascio del permesso di soggiorno per i cd “casi speciali”).

In assenza delle previsioni di cui sopra (*che prevedono un rito speciale “a parte” rispetto a quello camerale riservato alla Protezione Internazionale*) l'eventuale cumulo tra domande soggette a rito speciale e domande soggette a rito ordinario avrebbe determinato prima e determinerebbe ora (*ex art. 40 cpc*) l'attrazione del rito da camerale ad ordinario (*con “depotenziamento” della disciplina procedurale del “decreto Minniti”*).

L'autonomia e la residualità del diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria è presente nel TUI sin dalle origini (*vale a dire sin dal 1998*).

Le caratteristiche di tale diritto sono state confermate in occasione della recezione della “Direttiva UE Qualifiche” e della “direttiva UE rimpatri”.

Già nel 2011 Tribunali come quello di Milano e di Roma (*all'atto dell'entrata in vigore del dlgs 150/2011 art.19*) limitandosi però ad argomentare circa il solo ordinamento interno, segnarono tali caratteristiche e per tal motivo nelle proprie ordinanze dichiararono inammissibili le domande di “protezione umanitaria” ove cumulate a quelle di Protezione internazionale.

In tale contesto la Corte di Cassazione Civile maturò una giurisprudenza “inclusiva” (*giurisprudenza che tuttavia non tenne conto della “lettera” del sistema normativo di Protezione Internazionale: vedi sopra*).

Tale giurisprudenza - o “diritto vivente” - è stata valorizzata dai giudici di merito al momento dell'entrata in vigore del “Decreto Minniti”⁵

Quesiti

Ma che accade se il richiedente intende proporre autonomamente una domanda per farsi riconoscere il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno ex art. 5 comma 6° nel vecchio testo? E che accade se il richiedente intende proporre autonoma domanda di annullamento del provvedimento amministrativo per vizio formale (*e quindi chiede di ripetere l'intera fase amministrativa?*)

Il problema si propone anche dopo l'entrata in vigore del “decreto Salvini” posto che, come visto sopra, il dlgs 251/2007 (artt. 3-9-10) afferma il diritto del cittadino di paese terzo di ottenere un permesso di soggiorno per motivi umanitari (*per cui all'art. 5 comma 6° TUI nel vecchio testo si sostituiscono ora le previsioni di origine comunitaria*).

La questione (*vigente il Decreto “Minniti”, nel testo anteriore al Decreto “Salvini”*) era già stata affrontata per la c.d. “protezione umanitaria” ex art. 5 comma 6°, in qualche sede di Tribunale (*come quella di Genova*) e risolta con l'affermazione del diritto a proporre autonoma azione soggetta a rito ordinario e (*in caso di provvedimento negativo*) ad impugnazione in Corte di Appello⁶

⁵ per evitare un “depotenziamento” del rito speciale camerale introdotto dal DI 13/2017: il rischio che si è inteso scongiurare in tal modo non è tanto il cumulo con domande soggette a rito ordinario- come quella ex art. 5 comma 6° TUI, bensì quello della sospensione dei giudizi di protezione internazionale a fronte di autonoma e contemporanea proposizione di domande di “protezione umanitaria” ovvero ed in ogni caso di domande soggette a rito ordinario. Vedi oltre.

⁶ vedi ordinanza collegiale 7 Marzo 2018 resa da collegio del tribunale di Genova nella causa 13117/17 FIDELIA/MINISTERO DELL'INTERNO

E' stato infatti osservato:

- che con la L.n.46/2017 nei procedimenti di Protezione Internazionale dopo il rito speciale ex art. 19 dlgs 150/2011 (*sommario di cognizione*) si è tornati al rito camerale ed alla competenza collegiale,
- che l'art. 35bis fa riferimento a *“le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'art. 35”* e l'art. 35 dlgs 25/2008 fa riferimento allo status di rifugiato ed alla protezione sussidiaria, mentre la cd. *“protezione umanitaria”* era prevista dall'art. 32 comma3 dlgs 25/2008 (*nel vecchio testo*);
- che secondo la lettera del DL n. 13/2017, la domanda di sola protezione umanitaria (*vale a dire ove non si crei il rischio di contrasto di giudicati*) sarebbe soggetta a rito ordinario, di competenza della sezione specializzata in composizione monocratica e senza preclusioni ad un secondo grado di giudizio nel merito.

*** **

Nell'ordinanza del Tribunale di Genova sopra citata qualche perplessità nasce necessariamente dall'accenno- ivi contenuto- alla necessità di trattare unitariamente la domanda di *“protezione umanitaria”* e quelle di *“protezione internazionale”* ove la domanda di protezione umanitaria sia in ogni caso cumulata con esse.

Se il giudizio deve essere unico (*e questo per evitare il rischio di contrasto di giudicati*) allora si dovrebbe dire che, considerata la connessione *“forte”* ex art. 40 cpc anche le domande di Protezione Internazionale dovrebbero essere trattate con rito ordinario.

Tuttavia tale possibilità è esclusa da apposita norma speciale che prevede per la *“protezione umanitaria”*, sia la competenza che il rito (*con questo sottolineando che il giudizio di opposizione in materia di Protezione Internazionale è riservato solo alle domande di Status di Rifugiato e di Protezione sussidiaria*).

Ne discenderebbe che:

- per un verso la domanda di *“protezione umanitaria”* non potrebbe essere trattata col rito camerale ex art. 35bis dlgs 25/2008⁷;
- per altro verso (*unica soluzione praticabile*) la stessa ove *“cumulata”* dovrebbe essere dichiarata inammissibile;
- per altro verso ancora: ove proposta separatamente rispetto alle domande di Status di Rifugiato e /o di Protezione sussidiaria, sul presupposto dell'impossibilità di riunione, la pendenza della domanda ex art.5 comma 6° -in quanto pregiudiziale- determinerebbe la necessità di sospendere il giudizio di opposizione ex art. 35bis dlgs 25/2008 (*vedi art.3 comma4 e art. 9 comma2 dlgs 25/2007: è la stessa direttiva qualifiche ad affermare non solo la diversa natura del diritto soggettivo per “protezione umanitaria” rispetto a Status di rifugiato e Protezione sussidiaria, ma anche la pregiudizialità rispetto alle domande di Protezione internazionale e questo perché la direttiva qualifiche non si applica in quei casi in cui un permesso di soggiorno puo' essere rilasciato per motivi caritatevoli e/o umanitari: considerando n. 15 direttiva qualifiche n. 95/2011 UE*);

⁷ manca oltretutto la clausola di estensione del rito speciale alle cause connesse, clausola che troviamo viceversa nella disciplina in rito delle domande in materia di diritto societario, cui la L. 47/2017 si ispira.

Il cumulo delle domande soggette a rito speciale camerale con la domanda di “protezione umanitaria”

Fermo quanto sopra esposto va ricordato che assai spesso i Tribunali sezioni specializzate in giudizio ex art 35bis attualmente decidono- con rito speciale- anche domande soggette a rito ordinario (*giuriprudenza, tra gli altri, del Tribunale di Roma e del Tribunale di Milano*).

Dobbiamo quindi chiederci cosa accade quando la sezione specializzata del Tribunale decide con rito speciale di domanda soggetta a rito ordinario e/o a rito sommario di cognizione:

- innanzitutto va osservato che il decreto così emesso ex art. 35bis dlgs 5/2008 sarebbe nullo ed improduttivo di effetti perché abnorme (*vale a dire pronunciato al di fuori dello schema normativo previsto, con pregiudizio dei diritti di difesa*): ove nel sistema processuale non fosse previsto altro mezzo di impugnazione il rimedio dovrebbe essere il ricorso ex art. 111 Cost. proponibile in ogni momento;
- in secondo luogo occorre chiedersi se veramente nell'ordinamento processuale non sia in ogni caso previsto un mezzo di impugnazione diverso rispetto al ricorso ex art. 111 Cost. Tale indagine è necessaria perché la presenza di un rimedio di tal genere renderebbe inammissibile lo stesso ricorso per Cassazione.

Un aiuto a questo proposito è dato da Cass. SS.UU. n. 390/2011: tale pronuncia afferma che, in sintesi, ove il giudice nel suo provvedimento abbia motivato la scelta processuale ed abbia esteso un rito speciale anche a domanda soggetta a rito ordinario, si dovrà utilizzare il mezzo di impugnazione previsto dal rito speciale stesso (*principio di prevalenza della forma sulla sostanza*); ove viceversa si tratti di una scelta inconsapevole ed immotivata, si farà ricorso al principio della prevalenza della sostanza sulla forma e conseguentemente si dovrà impugnare il provvedimento, avente il contenuto sostanziale di sentenza, mediante atto di appello.

Occorre, in tal caso, porsi anche il problema posto dalla presenza delle domande soggette a rito speciale.

A questo proposito soccorre l'art. 40 comma3 cpc.: tale norma determina l'attrazione a rito ordinario per il caso che nello stesso giudizio la domanda soggetta a rito ordinario sia connessa ad altre soggette a rito speciale. In tal modo estendosi il rito ordinario anche alle seconde, l'atto di appello dovrà essere proposto per tutte le domande trattate in primo grado (*questo, si ripete, a condizione che il giudice di primo grado non abbia motivato le sue scelte processuali*).

Una possibile risposta ai nostri quesiti

“Post “ decreto Salvini, la specialità delle previsioni esclude che le stesse, quanto al rito, possano essere estese a diritti ivi non previsti.

Quanto alla competenza- quindi- potrebbe affermarsi con una certa sicurezza che la domanda autonoma di annullamento dell'atto amministrativo per vizio di forma (*perché pregiudiziale e quindi connessa alle domande di protezione internazionale*), pur soggetta a rito ordinario di cognizione, rientri nella competenza della sezione specializzata.

Il rapporto di pregiudizialità ed il fatto che la domanda non possa essere riunita a quelle oggetto del giudizio di opposizione ex art. 35bis dlgs 25/2008, determinerebbe altresì la necessità di sospendere il giudizio di opposizione stesso sino alla definizione della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo⁸.

⁸ in ogni caso è sempre da valutare l'opportunità di cumulare tale domanda unitamente a quelle soggette a rito speciale.

Diritto e Giustizia

IL QUOTIDIANO DI INFORMAZIONE GIURIDICA

Viceversa per le domande di “protezione umanitaria” ex art. 5 comma 6° “vecchio testo” nonchè ex artt. 3-9-10 dlgs 251/2007 il rapporto è ora ,dopo l’entrata del decreto “Salvini”, senz’altro più “labile” (*vedi sopra*) e potrebbe affermarsi la competenza del Tribunale ordinario (*fatta sempre salva la possibilità per l’ufficio di “ripartire” in via interna i propri affari nonché di motivare la competenza della sezione specializzata*).