

## **SCHEDA PRATICA SULL'ISTANZA DI RIESAME DELLA PROTEZIONE UMANITARIA AI SENSI DELL'ART. 21-NOVIES L.241/1990 ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLE S.U. DELLA CORTE DI CASSAZIONE, N. 29460/2019**

### **PROFILI NORMATIVI**

L'applicazione irretroattiva del Decreto Legge, n. 113 del 4 ottobre 2018, poi convertito con Legge del 1° dicembre 2018 n. 132, risulta ormai incontestabile alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 29460/2019 del 24.09.2019 e pubblicata il 13 novembre 2019, che ha definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale sorto in materia.

In particolare, come affermato dalle Sezioni Unite: *“Merita adesione l’orientamento maggioritario affermatosi nella giurisprudenza di questa Corte. [...] il principio generale di irretroattività [...] volto a tutelare non già fatti, bensì diritti: quel che il divieto di retroattività garantisce è il divieto di modificazione della rilevanza giuridica dei fatti che già si siano compiutamente verificati (nel caso di fattispecie istantanea) o di una fattispecie non ancora esauritasi (nel caso di fattispecie durevole non completata all’epoca dell’abrogazione).”*. In riferimento, poi, al procedimento di esame della domanda di protezione umanitaria, la pronuncia ha ribadito che lo stesso *“non incide affatto sull’insorgenza del diritto, che, se sussistente, pieno e perfetto e nelle forme del procedimento è soltanto accertato [...] 5.3.1.- Il diritto sorge quando si verifica la situazione di vulnerabilità quale sussumibile nella fattispecie allora vigente e irrilevante è che esso non comporti il riconoscimento di uno status, ma di una protezione temporanea.”*

La Suprema Corte ha, in primo luogo, evidenziato che questo tipo di procedimento (l’esame della domanda) è tecnicamente ricognitivo, in quanto le Commissioni territoriali o il tribunale non “costituiscono” un diritto bensì “accertano” che quando la persona ha fatto la domanda di protezione aveva diritto a che gli fosse riconosciuta. **Tale diritto soggettivo è infatti preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone, mediante il procedimento amministrativo ed eventualmente giudiziale.** In secondo luogo, nella sentenza, si è fatto riferimento al principio della irretroattività di cui all’art. 11 delle preleggi c.c. secondo cui la legge dispone solo per l’avvenire e non regola quindi vicende passate.

Rileva, inoltre, il passaggio della sentenza in cui **le Sezioni Unite hanno riconosciuto la nascita del diritto alla protezione nel momento di ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità da parte dello straniero**, e che il regime normativo della protezione umanitaria da applicare sia identificabile con la presentazione della domanda (vedi punto 7)

Sulla base di questi e di altri presupposti, la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione,

confermando l'orientamento maggioritario precedentemente consolidatosi, stabilisce che il Decreto-Legge 4.10.2018, n. 113 è irretroattivo e pronuncia il seguente principio di diritto: *“la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dall’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell’entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l’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 l. n. 132 del 2018, comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per “casi speciali” previsto dall’art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge”*.

Pertanto, la **Commissione Nazionale per il Riconoscimento della Protezione Internazionale** ha emanato la circolare n. 10161/2019 con la quale prende atto dell'orientamento fissato dalle Sezioni Unite, stabilendo che esso si estenda *“a tutte le domande antecedenti al 5.10.2018, sia a quelle non ancora decise, sia a quelle già valutate negativamente dalle Commissioni Territoriali”*. Questo anche alla luce di quanto sottolineato nel parere richiesto all'Avvocatura Generale dello Stato dell'11.12.2019 secondo cui: *“per le domande di protezione presentate anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legge il paradigma legislativo di riferimento ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per casi speciali, di cui all’articolo 1, comma 9, del D.L. n. 113/2018, dovrà necessariamente essere l’art. 5, comma 6 del D.lgs. n. 286 del 1998, nella formulazione precedente alla novella”*.

Nello stesso, inoltre, si precisa che rispetto ai dinieghi della Commissione territoriale è possibile l'esercizio del **potere di riesame ai sensi dell’art. 21-nonies** della L. 241/1990 e dell’art. 97 Cost., *“nell’ottica di risolvere controversie, attuali o potenziali, relative a provvedimenti di diniego della protezione umanitaria, qualora gli stessi siano stati pronunciati in evidente contrasto con i principi di diritto intertemporale recentemente pronunciati dalla Suprema Corte”*. Si è aperta quindi la strada al riesame delle decisioni di rifiuto della protezione umanitaria, motivate sull'illegittimo presupposto che la nuova normativa che abroga la protezione umanitaria possa applicarsi anche per le richieste di asilo presentate prima del 5 ottobre 2018.

## **PROFILI SOSTANZIALI**

Alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 29460/2019 nonché della circolare n. 10161/2019 della Commissione Nazionale per il Riconoscimento della Protezione

Internazionale è, dunque, **possibile presentare una istanza di riesame della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 21 – nonies l. 241/1990 (c.d potere di autotutela nel procedimento amministrativo) alla stessa Commissione territoriale che ha disposto il rigetto**, qualora la medesima abbia espressamente non applicato il quadro normativo precedente all'entrata in vigore del d.l 113/2018. Nello specifico, dunque, mediante tale istituto, viene chiesto alla Commissione territoriale di riesaminare il provvedimento di diniego adottato in precedenza al fine di annullarlo d'ufficio e di emanare, contestualmente, un provvedimento favorevole all'istante.

### ***Oggetto della domanda***

Quando si presenta l'istanza di riesame ai sensi dell'art. 21-nonies l.241/1990 a seguito di rifiuto della protezione umanitaria, si attribuisce alla Commissione territoriale il dovere e potere di decidere **su ogni aspetto** della domanda presentata; quindi è possibile che la Commissione territoriale possa riconoscere in sede di riesame anche lo *status* di rifugiato ovvero la protezione sussidiaria. Conseguentemente, oggetto della domanda di riesame **potrà essere non solo il riconoscimento della protezione umanitaria tout court bensì anche il riconoscimento delle altre forme più ampie di protezione internazionale**, qualora, in quest'ultimo caso, sia possibile addurre elementi nuovi o comunque non emersi in precedenza.

### ***Termine per proporre l'istanza***

Ai sensi dell'art. 21-nonies l. 241/1990, l'istanza di riesame dovrà essere presentata entro un termine congruo da quando il provvedimento di rigetto è stato notificato essendo previsto che la decisione di annullamento deve avvenire entro **18 mesi dalla data di notifica del provvedimento**.

Tuttavia, potrà sempre essere presentata un'istanza di riesame ai sensi dell'art. 21-quinquies l. 241/1990 la quale, a differenza dell'istanza di cui all'art. 21-nonies cit., potrà essere presentata da qualsiasi richiedente asilo, senza limiti di tempo ma esclusivamente in presenza di motivi nuovi.

### ***Casi in cui la Commissione Territoriale non ha valutato il riconoscimento della protezione umanitaria ma ha segnalato alle autorità competenti di valutare il rilascio di uno dei nuovi permessi introdotti con il d.l 113/2018***

Qualora nel provvedimento di diniego della protezione internazionale, oltre ad indicare esplicitamente la non applicazione del quadro normativo precedente, la Commissione Territoriale abbia segnalato alle autorità competenti di valutare il rilascio di uno dei nuovi permessi introdotti con il d.l 113/2018 (Ad esempio: permesso di soggiorno per cure mediche ai sensi dell'art. 19 co. 2, lett. D-bis) d.lgs 286/1998; permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica ai sensi

dell'art. 18 bis d.lgs 286/1998 ecc.) è opportuno che tale aspetto venga messo in luce nell'istanza di riesame. Tuttavia, ciò potrebbe non essere sufficiente *per se* ad ottenere il riconoscimento della protezione umanitaria in quanto la Commissione Territoriale potrebbe ritenere che non sussistano elementi sufficienti per il riconoscimento di questa forma di protezione (per una lettura comunque estensiva del contenuto della protezione umanitaria v. Cass.2558/2020).

Conseguentemente, **non è obbligatorio per la Commissione Territoriale riconoscere la protezione umanitaria in caso di precedente segnalazione per uno dei nuovi permessi di soggiorno** introdotti con il d.l 113/2018 ma la **Commissione dovrà senz'altro riesaminare il proprio provvedimento e verificare se esistono o meno i requisiti per riconoscere la protezione umanitaria**. La stessa, infatti, non potrà in alcun modo ritenere applicabile retroattivamente il d.l 113/2018.

### ***Profili di compatibilità con la proposizione di un ricorso ai sensi dell'art. 35 bis D.lgs 25/2008***

#### ***1) Procedimento ex art. 35 bis pendente***

Dato che l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies l. 241/1990 non è un rimedio giustiziale, anche chi ha già presentato un ricorso ai sensi dell'art. 35 bis D.lgs 25/2008 avverso il diniego può presentare l'apposita istanza di riesame alla Commissione territoriale senza dover per questo sospendere o cancellare dal ruolo la causa; parimenti, la presentazione dell'istanza non impedisce la presentazione del ricorso giurisdizionale.

Qualora **l'istanza di riesame sia rigettata** dalla Commissione territoriale, il procedimento giurisdizionale instaurato ai sensi dell'art. 35 bis D.lgs 25/2008 **non decade** dato che il diniego del riesame non porta all'adozione di un nuovo provvedimento impugnabile, bensì esclusivamente al rifiuto della Commissione territoriale di modificare il provvedimento già adottato ed impugnato. Infatti, tale ulteriore provvedimento negativo non sarà autonomamente impugnabile se è già pendente un giudizio. Di conseguenza, **l'oggetto del ricorso rimane immutato con la richiesta delle tre forme di protezione**, in subordine l'una rispetto all'altra.

In caso di **esito positivo del riesame** (riconoscimento della protezione umanitaria):  
- se il ricorso aveva ad oggetto il riconoscimento di tutte e tre le forme di protezione internazionale, l'oggetto del medesimo si andrà a "restringere" alle sole due forme della protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria). Conseguentemente, il giudice non potrà più esprimersi sulla richiesta di protezione umanitaria nel procedimento precedentemente instaurato e qualora dovesse rigettare il ricorso, **la pronuncia non potrebbe far venire meno gli effetti della protezione umanitaria riconosciuta** dalla Commissione territoriale in sede di riesame.

- se, invece, il ricorso aveva ad oggetto esclusivamente la richiesta di riconoscimento della protezione umanitaria e non anche le altre due forme di protezione, il giudice dovrà dichiarare la cessazione della materia del contendere.

N.B: Nel caso in cui l'istanza di riesame venga accolta dalla Commissione territoriale il richiedente asilo non decade dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. E ciò neanche qualora il procedimento giurisdizionale dovesse concludersi per sopravvenuta mancanza di interesse (ossia nei soli casi in cui il ricorso era stato presentato con la sola richiesta di riconoscimento della protezione umanitaria).

## *2) Mancata impugnazione del provvedimento della CT ex art. 35 bis*

Nel caso in cui il primo provvedimento non sia stato impugnato davanti il Tribunale civile, il provvedimento emesso dalla competente Commissione in sede di riesame, sarà impugnabile con procedimento ai sensi dell'art. 35 bis Dlgs 25/08.