

QUALCHE RIFLESSIONE SUI PRETESI EFFETTI RETROATTIVI DI ALCUNE
DISPOSIZIONI DEL “DECRETO SICUREZZA”

VALERIA MARCENÒ*

Sommario

1. Le disposizioni. – 2. L’abrogazione come fenomeno fisiologico nella produzione normativa e la discrezionalità del legislatore. – 3. La pretesa retroattività dell’atto normativo. – 4. Il limite di forma alla retroattività. – 5. Il limite di sostanza alla retroattività. – 6. Che cosa può fare il giudice.

Suggerimento di citazione

V. MARCENÒ, *Qualche riflessione sui pretesi effetti retroattivi di alcune disposizioni del “Decreto sicurezza”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato confermato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Torino.
Contatto: valeria.marceno@unito.it

1. Le disposizioni

L'art. 1 del decreto - legge n. 113 del 2018 (noto come “Decreto sicurezza”, ma dal ben più ampio titolo¹) comporta una rimodulazione delle ipotesi di rilascio di permessi di soggiorno e l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi di carattere umanitario: l'art. 5, comma 6, del decreto legislativo n. 286 del 1998 è, infatti, riscritto, decurtato della sua seconda parte («*salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*»)². Una volta modificate, in senso riduttivo, le ipotesi di rilascio di permessi di soggiorno legislativamente previste, il provvedimento provvisorio si occupa degli effetti che la nuova disciplina produce per i casi ancora aperti alla data della sua entrata in vigore. Il comma 8 prevede che «Fermo restando i casi di conversione, ai titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari già riconosciuto ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente decreto, è rilasciato, alla scadenza, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, come modificato dal presente decreto, previa valutazione della competente Commissione territoriale sulla sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 19, commi e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». Mentre il comma 9 dispone che «Nei procedimenti in corso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali la Commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale e ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura «casi speciali» ai sensi del presente

¹ «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

² Il testo, nella sua attuale formulazione, risulta nel modo che segue: «*Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti*». Non può non notarsi che l'abrogazione della clausola di salvezza non implica il venir meno del rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali sol perché non più richiamati. Come è stato osservato (M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1^a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante “Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018), «se le esigenze di carattere umanitario che rendono uno straniero inespellibile [...] e perciò beneficiario di un titolo di soggiorno si radicano direttamente e immediatamente nella Costituzione, la legge (nel nostro caso, il d.l. n. 113/2018) può mutare le forme di protezione che derivano da quelle esigenze [...], ma non può in nessun caso e in nessun modo alterare la sostanza, cioè il fondamento o, per meglio dire, la causa giuridica da cui quelle forme di protezione promano».

comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato. Alla scadenza del permesso di soggiorno di cui al presente comma, si applicano le disposizioni di cui al comma 8».

Il legame tra la disposizione abrogatrice (art. 1, comma 1, lettera b) punto 2) e le disposizioni che dettano una disciplina intertemporale (art. 1, commi 8 e 9) induce a qualche riflessione dal punto di vista della individuazione della disposizione applicabile.

2. L'abrogazione come fenomeno fisiologico nella produzione normativa e la discrezionalità del legislatore

L'abrogazione di un testo giuridico è l'effetto che consegue al consueto esercizio del potere normativo; è la conseguenza giuridica della successione degli atti (normativi) nel tempo: l'atto che per ultimo entra in vigore (a parità di grado gerarchico nel sistema delle fonti) è ritenuto, in un ordinamento giuridico, quello maggiormente idoneo a esprimere la volontà ultima del titolare dell'esercitato potere normativo³. Se così non fosse, il sistema normativo non potrebbe qualificarsi *ordinato* (perché non sarebbero eliminate le antinomie, che scaturirebbero numerose al rinnovarsi nel tempo dei fatti di produzione giuridica), né *naturalmente dinamico* (perché «la fonte anteriore, precludendo ogni ulteriore diversa normazione sulle materie da essa regolate, limiterebbe assurdamente la potenzialità innovativa che identicamente caratterizza – per definizione – tutte le fonti appartenenti ad un medesimo tipo»⁴). In ciò sta la *fisiologia* del processo normativo: la mutabilità nel tempo e la inesauribilità di tale mutabilità costituiscono la natura stessa dell'esercizio del potere normativo.

L'opportunità politica (o la necessità politica) può indurre il legislatore a scegliere nel tempo soluzioni legislative diverse, dalle maglie più ampie o più strette a seconda delle esigenze di un determinato momento storico. Ciò è quanto si definisce discrezionalità del legislatore: sebbene certe scelte politiche possano apparire ingiuste, nel senso di soggettivamente non condivise, ciò non significa di per sé che debbano essere considerate non valide, non conformi ai parametri costituzionali. Validità e giustizia di una disposizione legislativa operano su piani differenti.

Il legislatore del 1998 aveva introdotto la previsione di ipotesi di permessi di soggiorno rientranti nella categoria della protezione umanitaria (ipotesi che,

³ Sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, Giappichelli, 2013, 27ss.

⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale (Le fonti normative)*, II, Padova, Cedam, 1993, 212.

col tempo, è stata ritenuta forma di concretizzazione dell’art. 10 della Cost.⁵); il legislatore del 2018 ha ritenuto di rivedere tali ipotesi.

Il fatto che il legislatore statale sia intervenuto modificando la disciplina precedente non implica che la revisione, sol perché in un senso riduttivo, sia di per sé stessa incostituzionale. Ciò che il legislatore nazionale non può fare – sia in virtù della disposizione costituzionale, sia in virtù delle disposizioni sovranazionali – è azzerare la protezione costituzionalmente tutelata; ma ciò che, però, può (o, meglio, deve) fare è definire le modalità attraverso cui garantire tale protezione. Modalità che possono essere estese, ma anche contratte. Il legislatore non è dunque libero di determinare *se* intervenire, ma è libero di scegliere *come* intervenire. La trasfigurazione della discrezionalità legislativa (legittima) in arbitrarietà legislativa (illegittima) si verifica quando l’*an* viene a coincidere con il *quomodo*: quando le modalità di tutela sono talmente ridotte da incidere sulla tutela stessa. Il che può avvenire nel caso estremo della totale eliminazione⁶; ma anche nel caso, solo in apparenza meno dirompente, in cui la compressione assuma connotazioni di irragionevolezza.

3. La pretesa retroattività dell’atto normativo

L’abrogazione determina non la rimozione, il ritiro della disposizione antecedente in conseguenza di una nuova disciplina contrastante con la prima⁷; bensì, l’*addizione* nell’ordinamento di una disposizione nuova⁸. Addizione ancora più evidente quando, come nel caso *de quo*, la modificazione avviene non attraverso la mera abrogazione, ma attraverso l’introduzione di una nuova normativa incompatibile con la precedente. Corollario di tale modo (consolidato) di

⁵ In particolare, al suo terzo comma: «*Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*». Il permesso di soggiorno per motivi umanitari, nella prassi, con un’interpretazione avallata anche dalla Cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012; da ultimo, Cass., sez. I, sent. n. 4455/2018), viene a configurarsi come una terza forma di asilo, un asilo “minore” rispetto al riconoscimento dello *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria: uno strumento che, insieme alle due ipotesi di protezione internazionale, i cui presupposti (rispettivamente, in sintesi, timore fondato di subire una persecuzione e rischio di un danno grave) sono molto più rigidi dell’impedimento all’«effettivo esercizio delle libertà democratiche» della norma costituzionale, concretizzerebbe l’asilo costituzionale, privo di una legge di attuazione da ormai settant’anni. In argomento, in senso critico, da ultimo, M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, 14 ss.

⁶ M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”*, Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all’esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), 16 ottobre 2018, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018.

⁷ In ciò si scorge la sua differenza rispetto all’annullamento, conseguenza dell’accertamento dell’invalidità di un atto.

⁸ Come è stato detto, l’abrogazione «appare come sottrazione dal sistema giuridico delle norme abrogate; ma, a ben vedere, consiste piuttosto nella addizione a tale sistema di norme abrogatrici» (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992, 241).

descrivere il fenomeno abrogativo è la presenza, nell'ordinamento giuridico, di entrambe le disposizioni (quella precedente, abrogata; e quella successiva, abrogatrice/innovativa), ciascuna destinata a disciplinare uno specifico ambito temporale: in una sorta di "ripartizione" della sfera di applicabilità, la fonte abrogata continuerà a essere applicata ai fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore di quella successiva; la fonte abrogatrice/innovativa si applicherà ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore.

Nel caso che ci occupa, la forma della abrogazione cui il legislatore è ricorso è quella della abrogazione tacita: si ha tale ipotesi quando l'effetto abrogativo discende dall'emanazione non di disposizioni specificamente abrogatrici, ma di disposizioni il cui contenuto è incompatibile con la disciplina prevista, per quella stessa fattispecie, da una disposizione cronologicamente antecedente.

Per tali situazioni, si è soliti dire in dottrina che spetta al giudice, in qualità di interprete, l'accertamento della incompatibilità. Nel caso di specie, tuttavia, pur non trattandosi di una abrogazione esplicita, tale accertamento sembra essere stato operato a monte dal legislatore della necessità e dell'urgenza: il decreto-legge riscrive la disposizione privandola di una sua parte, non lasciando così margini di valutazione (e, dunque, dubbi) in merito all'incompatibilità, che potrebbe dirsi *in re ipsa*.

Ciò che però rimane nell'ambito di competenza dei giudici chiamati a dare applicazione alle nuove disposizioni è quella delimitazione temporale dell'efficacia tra la disposizione abrogata e la disposizione abrogatrice/innovativa. La soluzione del problema interpretativo è resa più impervia dalla previsione dei commi 8 e 9 dell'art. 1 del decreto-legge n. 113 del 2018, che dispongono in riferimento alle procedure ancora in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge. Il comma 8 prevede che coloro che sono in possesso di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, se questo non è già stato convertito in permesso per motivi di lavoro, potranno vedere il loro permesso rinnovato, ma a condizioni diverse rispetto alla precedente disciplina: 1. il rinnovo prevede che il richiedente rientri tra i casi di divieto di respingimento e rischio di tortura (presupposti previsti dall'art. 19, commi 1 e 1.1., del d. lgs. n. 286 del 1998); 2. vi deve essere la previa valutazione della sussistenza degli indicati presupposti ad opera della Commissione territoriale; 3. il permesso di soggiorno rinnovato sarà denominato "protezione speciale" (secondo l'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dallo stesso d.l. n. 113 del 2018)⁹. Il comma 9 prevede che coloro che hanno presentato domanda di pro-

⁹ L'art. 32, terzo comma, del d.lgs. n. 28 del 2008 prevedeva che «Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». A differenza della

tezione internazionale, cui questa domanda sia stata rigettata dalla Commissione territoriale e per i quali siano stati però ritenuti sussistenti gravi motivi di carattere umanitario, ma il procedimento sia ancora in corso, riceveranno un permesso di soggiorno rientrante nella categoria “casi speciali”. Tale permesso dura due anni, è convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato, e alla scadenza ricade nella disciplina di cui al precedente comma 8.

L'intento di riconoscere effetti retroattivi alla scelta del legislatore è, dunque, evidente. Si tratta di comprendere se tale efficacia è possibile e, se sì, fino a che punto.

4. Il limite di forma alla retroattività

La natura provvisoria dell'atto, la imprescindibile sussistenza di presupposti costituzionalmente imposti alla sua adozione e la peculiarità del suo procedimento di conversione inducono a ritenere che l'efficacia retroattiva delle sue disposizioni sia *ontologicamente* contraria alla decretazione d'urgenza.

La provvisorietà della sua efficacia dipende dalla possibilità (non remota) di una sua non conversione e dalla conseguente decadenza degli effetti sin dalla sua entrata in vigore (art. 77, comma 3, della Costituzione), con la conseguenza che le eventuali abrogazioni da esso disposte debbano considerarsi come mai avvenute. La sua adozione presuppone la verifica della sussistenza di tre requisiti: che si versi in casi straordinari (dunque, si sia al di fuori della ordinaria previsione di intervento); che sia necessario intervenire normativamente (dunque, che non sia possibile, per esigenze contingenti sopravvenute, non intervenire); e che si debba intervenire con urgenza (dunque, che la straordinarietà della situazione e la necessità di intervenire non possano attendere i tempi lunghi della procedura legislativa ordinaria). La procedura di conversione si pone, poi, come una sorta di “ricostituzione” dell'ordine normativo interrotto dal provvedimento d'urgenza.

Si tratta di peculiarità che mal possono conciliarsi con la eventuale efficacia retroattiva di alcune sue disposizioni. Per quanto possa essere considerato un atto dal contenuto tendenzialmente illimitato (nel senso di idoneo ad attraversare trasversalmente le competenze stabilite in Costituzione, quando per ra-

precedente disciplina, dunque, il decreto-legge n. 113 del 2018 dispone che, qualora sussistano i presupposti riportati nel testo, possa essere rilasciato non più il permesso di protezione umanitaria (previsto dall'ora abrogato art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 286 del 1998), ma un permesso di protezione speciale, rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, idoneo allo svolgimento di attività lavorativa ma non suscettibile di essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o dipendente. Sempre che «*non possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analogo*».

gioni contingenti e straordinarie non possa ricorrersi alla legislazione ordinaria)¹⁰, e per quanto si possa essere consapevoli dell'uso "elastico" che di esso e dei suoi requisiti è stato fatto¹¹, il decreto-legge non può, attraverso le sue disposizioni, modificare, revocare e, dunque, contraddire i suoi stessi presupposti, che costituiscono il fondamento della sua legittimità. Tre requisiti che si reggono vicendevolmente: l'urgenza qualifica la necessità, rendendola improrogabile; la straordinarietà qualifica l'urgenza, sottolineandone l'imprevedibilità, e la necessità, imponendo la tempestività dell'intervento. Ma è il requisito della straordinarietà del caso che esclude logicamente, ancor prima che costituzionalmente, la produzione di effetti nel passato: la straordinarietà implica che la situazione attuale (quella che giustifica il ricorso al decreto d'urgenza) non fosse prevedibile nel passato. Come è stato detto, la competenza del decreto-legge consiste nel «provvedere all'imprevedibile»¹².

È pur vero, come si dirà nel paragrafo successivo, che la legge ordinaria ben può prevedere effetti retroattivi. Ma deve considerarsi che, per giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, il difetto che inficia un decreto-legge non può essere sanato dalla legge di conversione: la «evidente mancanza» – così si esprime la Corte – dei presupposti costituzionali di straordinarietà, necessità e urgenza «configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione» (così a partire dalla sentenza n. 29 del 1995; poi, nello stesso senso, consolidando l'orientamento, *ex multis*, n. 341 del 2003; n. 6, n. 178, n. 196, n. 285 e n. 299 del 2004; n. 2, n. 62 e n. 272 del 2005; n. 171 del 2007; n. 128 del 2008; n. 355 del 2010). Il controllo della Corte sui presupposti costituzionali si pone – è opportuno ricordarlo – su un piano diverso da quello esercitato dal Parlamento con la legge di conversione, avendo il compito (il primo, e non necessariamente il secondo) di «preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto» (sentenza n. 171 del 2007). Pertanto, il fatto che il decreto-legge sia stato convertito in

¹⁰ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, 1962, 835; A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Politica del diritto*, 1995, 402.

¹¹ A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, vol. II, 1514.

¹² *Ibidem*.

legge non esclude l'intervento della Corte, a garanzia di quell'assetto delle fonti normative¹³.

5. Il limite di sostanza alla retroattività

Che una legge possa disporre della retroattività dei suoi effetti è principio da tempo indiscusso, sia in virtù della interpretazione che la dottrina ha dato dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile (idoneità di una legge a derogare alle disposizioni preliminari in quanto fonte di pari grado), sia in virtù di una consolidata giurisprudenza costituzionale. Sono numerose le decisioni in cui la Corte afferma che «il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.», riservata alla materia penale, con la conseguenza che «il legislatore – nel rispetto di tale previsione – può emanare norme con efficacia retroattiva» (sentenza n. 78 del 2012).

Tuttavia, la eventuale previsione di effetti retroattivi non è senza limiti (nel tempo passato). Si potrebbe dire che la legislazione retroattiva incontra il suo limite (sostanziale) nell'art. 3 della Costituzione. La norma retroattiva, infatti, per essere legittima deve risultare ragionevole. Occorre – dice la Corte – che nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», essa «non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti» (sentenza n. 170 del 2013). Come a dire che la volontà legislativa di disporre anche per il passato entra nella *logica del bilanciamento*. L'efficacia retroattiva delle leggi incontra, dunque, una serie di limiti generali: «il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (*ex multis*, sentenze n. 78 del 2012 e n. 209 del 2010); e deve comunque trovare «adeguata giustificazione ai sensi della CEDU» (sentenza n. 170 del 2013). In particolare, sottolinea ancora la Corte, «la norma retroattiva non può tradire l'affidamento del privato, specie se maturato con il consolidamento di situazioni sostanziali, pur se la disposizione retroattiva sia dettata dalla necessità di contenere la spesa pubblica o di far fronte ad evenienze eccezionali» (da ultimo, sentenza n. 170 del 2013). Si tratta del principio del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica: la legislazione retroattiva è legittima purché ragionevole, purché non determini un eccessivo sacrificio

¹³ Sia consentito rinviare a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, 60 ss.

dell'affidamento del privato nella stabilità delle relazioni giuridiche e non introduca trattamenti diseguali per situazioni uguali.

6. Che cosa può fare il giudice

Le argomentazioni che precedono sembrano costituire la base per mettere in luce alcuni profili di incostituzionalità del decreto-legge n. 113 del 2018, perlomeno dal punto di vista della pretesa efficacia retroattiva di alcune sue disposizioni¹⁴.

Il limite costituzionalmente imposto alla retroattività di una norma di legge sembra infatti superato: per violazione degli stessi presupposti a fondamento della decretazione d'urgenza (e, dunque, per contrasto con l'art. 77 Cost.); e per violazione del principio di affidamento nella sicurezza giuridica, a causa della previsione di un trattamento giuridico diverso pur nella analogia delle situazioni (e, dunque, per violazione dell'art. 3 Cost.). Un vizio di forma, il primo; un vizio di sostanza, il secondo.

Del primo si è già detto. Il secondo merita qualche ulteriore osservazione.

La pretesa applicazione delle nuove disposizioni pur nei procedimenti in corso appare, infatti, una scelta legislativa irragionevole: a parità di condizioni soggettive (la presentazione, nello stesso tempo, della richiesta di rilascio di un permesso di soggiorno), l'esito potrebbe risultare diverso non a causa del «mutamento del regime giuridico, ma di variazioni di fatto che il caso capricciosamente produce»¹⁵. Il fatto che le nuove previsioni siano applicate ai casi in cui le domande sono state presentate prima dell'entrata in vigore del decreto-legge può determinare una irragionevole disparità tra quanti sono stati valutati alla luce della disciplina precedente, per l'essersi la loro procedura conclusa nel rispetto dei tempi previsti, e quanti, al contrario, saranno valutati alla luce della nuova disciplina, per l'essersi la loro procedura protratta nel tempo. La disparità di trattamento sta dunque nell'adozione di criteri e procedure diversi nei confronti di soggetti che, data la contemporaneità del momento della richiesta e la identità della situazione¹⁶, dovrebbero essere sottoposti agli stessi criteri e procedure. Una circostanza che non può considerarsi un mero inconveniente di fatto, incidendo la irragionevole diversità sulla natura sostanziale del rapporto giuridico.

¹⁴ Sono volutamente tralasciati, in questa sede, ulteriori profili di incostituzionalità, di natura sia formale che sostanziale.

¹⁵ Osservazione tratta da A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 gennaio 2015.

¹⁶ Si consideri, ad esempio, che il comma 9 involge procedimenti, in corso alla data di entrata in vigore del decreto-legge, per i quali la Commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale ma ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero. Lo *status* è dunque definito. Il diverso regime giuridico sarebbe fonte di irragionevole disparità.

Parte della dottrina¹⁷ ritiene che i commi 8 e 9 dell’art. 1 del decreto – norme transitorie, che disciplinano dunque il regime intertemporale – possano (debbano da parte dei giudici chiamati a darvi applicazione) essere sottoposti ad un’interpretazione conforme a Costituzione: ricorrendo all’interpretazione letterale e logico-sistematica, essi possono (debbano) essere interpretati «nel senso che il d.l. 113/2018 non intende escludere il rilascio del permesso umanitario a chi abbia già maturato il diritto prima del 5 ottobre 2018»; «qualora il d.l. 113/2018 impedisse di rilasciare il permesso umanitario a chi abbia già maturato il diritto, ci troveremmo di fronte a una norma estintiva *in toto*, in modo imprevedibile, di un diritto soggettivo, con conseguente violazione dei principi costituzionali di ragionevolezza e certezza del diritto e compromissione della tutela dell’affidamento». Ciò induce a escludere l’applicazione retroattiva dello stesso decreto: «[il] d.l. 113/2018, infatti, non si limita a disciplinare diversamente il diritto di soggiorno, modificando gli effetti giuridici del fatto generatore, ma esclude qualsiasi rilievo ai seri motivi umanitari, salve le ipotesi tipicamente previste; per questo motivo l’applicazione retroattiva priverebbe del tutto di effetti giuridici un evento passato».

Tale posizione, nel delineare il percorso interpretativo che l’autorità giudiziaria dovrebbe intraprendere, tralascia, tuttavia, consapevolmente, il riferimento all’interpretazione del legislatore storico: «[p]rescindendo dall’intento soggettivo dei redattori del decreto-legge, occorre utilizzare i consueti criteri ermeneutici, letterale e logico-sistematico».

Si tratta – almeno per chi scrive – di un argomento (quello originalista) che, però, non può essere trascurato, particolarmente quando si ha a che fare con disposizioni di recente approvazione, quali necessariamente sono quelle di un decreto-legge.

La volontà del legislatore di includere sotto il regime delle neo-introdotte forme di permesso di soggiorno anche i casi ancora pendenti sembra emergere dalla lettura sia dei commi 8 e 9 dell’art. 1 del decreto-legge, sia del preambolo dello stesso decreto, ove traspare l’intenzione di una ri-modulazione e di una ri-organizzazione dell’intera materia¹⁸.

¹⁷ C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *Questione giustizia* (versione on-line della rivista, www.questionegiustizia.it).

¹⁸ La sussistenza dei presupposti costituzionali è giustificata attraverso la necessità e l’urgenza «di adottare norme in materia di revoca dello status di protezione internazionale in conseguenza dell’accertamento della commissione di gravi reati e di norme idonee a scongiurare il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale, a razionalizzare il ricorso al Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati, nonché di disposizioni intese ad assicurare l’adeguato svolgimento dei procedimenti di concessione e riconoscimento della cittadinanza». Una giustificazione che, a ben leggere, tradisce una volontà di riorganizzazione della materia che meglio avrebbe potuto (e, dal punto di vista costituzionale, dovuto) essere realizzata attraverso la procedura della legislazione ordinaria o della decretazione legislativa.

Ne consegue – qualora l'autorità giudiziaria, per la quale le disposizioni fossero rilevanti, ritenesse di voler seguire questo secondo percorso argomentativo – l'impossibilità di ricorrere a uno strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione. L'unica strada percorribile per il giudice che incontrasse delle perplessità sulla costituzionalità dell'efficacia retroattiva delle disposizioni sembrerebbe, al contrario, quella di sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 3 e 77 della Costituzione¹⁹.

¹⁹ Entrambe le posizioni argomentative descritte nel testo concludono nel senso della contrarietà a Costituzione dell'efficacia retroattiva del decreto-legge, per violazione del principio di ragionevolezza e di quello dell'affidamento giuridico. Tra esse sussiste però una parziale diversità: per la prima, il giudice potrebbe (*dovrebbe*) direttamente escludere l'efficacia retroattiva delle disposizioni qui discusse ricorrendo all'interpretazione adeguatrice (senza cioè sollevare la questione di legittimità costituzionale); per la seconda, il giudice non potrebbe ricorrere all'interpretazione adeguatrice e *dovrebbe* sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte.