

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO EXTRACOMUNITARIO

Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese

Madrid, 25 - 26 settembre 2008

a cura di S. Magnanensi, P. Passaglia ed E. Rispoli

INDICE

PARTE PRIMA PROFILI GENERALI

1. Premessa

2. Lo straniero come persona

2.1. La nozione di straniero

2.2. La normativa costituzionale

2.2.1. *La Costituzione e la condizione giuridica dello straniero: (a) il nucleo irriducibile dei diritti fondamentali*

2.2.2. *segue: (b) la tutela veicolata dall'applicazione del principio di eguaglianza*

2.2.3. *segue: (c) il tendenziale venir meno della condizione di reciprocità*

3. Lo straniero come immigrato (la disciplina del fenomeno dell'immigrazione)

3.1. L'emergere dell'esigenza di una disciplina dei flussi migratori

3.2. La ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della persona ed il controllo delle frontiere: (a) l'elaborazione di una legislazione organica in materia di immigrazione

3.3. *segue: (b) le novelle legislative succedutesi nell'ultimo decennio*

3.4. La legislazione e la Costituzione: la forte crescita, negli ultimi anni, del numero di giudizi in via incidentale

3.5. Una competenza legislativa dello Stato che non esclude interventi regionali

PARTE SECONDA L'INGRESSO, IL SOGGIORNO E L'ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO

1. L'ingresso ed il soggiorno

- 1.1. Il visto d'ingresso
- 1.2. I titoli di soggiorno
 - 1.2.1. *I requisiti per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno*
 - 1.2.2. *Il permesso di soggiorno per lavoro autonomo*
 - 1.2.3. *Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo*
 - 1.2.4. *La legalizzazione del lavoro irregolare come attribuzione di un valido titolo di soggiorno*

2. Ingresso e soggiorno di stranieri in situazioni particolari: il diritto di asilo e lo status di rifugiato

- 2.1. Il diritto di asilo
- 2.2. Lo status di rifugiato

3. L'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale

- 3.1. L'allontanamento mediante foglio di via obbligatorio
- 3.2. L'espulsione amministrativa
 - 3.2.1. *L'impugnazione del provvedimento espulsivo*
 - 3.2.2. *La convalida del provvedimento di espulsione*
- 3.3. L'espulsione «su richiesta» dello straniero sottoposto a misura cautelare o condannato con sentenza definitiva
- 3.4. L'espulsione come misura di sicurezza e come sanzione alternativa alla detenzione
- 3.5. Le conseguenze dell'avvenuta espulsione
 - 3.5.1. *Il reato di trattenimento «senza giustificato motivo» nel territorio dello Stato*
 - 3.5.2. *Il reato di reingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione del provvedimento di espulsione*

4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

5. Excursus sulla recente previsione della possibilità di allontanare il cittadino comunitario

PARTE TERZA LO STATUS DELLO STRANIERO PRESENTE SUL TERRITORIO NAZIONALE

1. Premessa metodologica

2. Le peculiarità della condizione giuridica dello straniero in riferimento ai diritti civili e sociali

- 2.1. La libertà personale
 - 2.1.1. *Le restrizioni della libertà personale concernenti specificamente gli stranieri*
 - 2.1.2. *Le tipologie di trattamento punitivo che distinguono gli stranieri dai cittadini*
- 2.2. La libertà di circolazione

2.3. I rapporti processuali

2.3.1. *La garanzia del contraddittorio*

2.3.2. *La traduzione degli atti processuali ed il diritto ad un interprete*

2.3.3. *La difesa tecnica*

2.4. I rapporti con la pubblica amministrazione

2.5. Il diritto all'unità familiare

2.5.1. *Il ricongiungimento familiare come diritto dello straniero regolare*

2.5.2. *I profili soggettivi del diritto al ricongiungimento*

2.5.3. *La disciplina di favore approntata per i minori*

2.5.4. *Le condizioni in presenza delle quali si fa luogo al ricongiungimento*

2.5.5. *Il diniego del nulla-osta al ricongiungimento*

2.6. I rapporti di lavoro

2.6.1. *Il lavoro subordinato*

2.6.2. *Il lavoro autonomo e le attività professionali*

2.7. L'assistenza sanitaria

2.8. L'assistenza sociale

2.9. La tutela contro atti di discriminazione

3. Il limitato riconoscimento dei diritti politici

PARTE PRIMA

PROFILI GENERALI

1. Premessa

L'analisi della giurisprudenza in tema di condizione giuridica dello straniero necessita di alcune premesse di ordine generale, volte a «contestualizzare» le singole decisioni nel quadro dell'evoluzione normativa che l'ordinamento italiano ha conosciuto.

Prima, dunque, di entrare *in medias res*, sembra opportuno premettere alcuni cenni inerenti, per un verso, alla disciplina della materia in questione e, per l'altro, al contesto sociale e culturale nel quale gli interventi del *conditor juris* – oltre che, ovviamente, dei soggetti chiamati ad applicare le disposizioni – si sono calati.

Il quadro di riferimento alla cui luce contestualizzare la giurisprudenza esige la giustapposizione di due diverse prospettive sulla base delle quali la condizione giuridica dello straniero può essere focalizzata. In primo luogo, debbono essere prese in considerazione le norme che si riferiscono allo straniero come individuo, al quale l'ordinamento riconosce una determinata posizione giuridica. A questa prospettiva, che potremmo definire dello «straniero come persona», se ne associa una seconda, in cui lo straniero deve essere collocato nel più ampio contesto del fenomeno migratorio, che rende ineludibile un contemperamento tra le garanzie da riconoscersi al singolo straniero e le esigenze collettive (tanto dei cittadini quanto degli stranieri) che vengono in gioco nel fenomeno sociale dell'immigrazione.

2. Lo straniero come persona

Nella prima delle prospettive che si sono indicate, l'aspetto su cui soffermarsi è, innanzi tutto, quello definitorio; ad esso deve far seguito quello

della enucleazione della normativa costituzionale concernente lo straniero, essendosi la Costituzione – in ragione di quanto si dirà – concentrata in modo pressoché esclusivo sull'individuo, decontestualizzandolo dal fenomeno migratorio.

2.1. La nozione di straniero

Per consuetudine dogmatica, si è soliti definire lo straniero «in negativo», cioè come colui che è privo della cittadinanza. Ne risulta che, per chiarire quale sia l'estensione soggettiva di questa categoria di individui, è necessario – e apparentemente sufficiente – fare riferimento ai criteri di acquisto, di perdita e di riacquisto della cittadinanza, attualmente disciplinati, per l'ordinamento italiano, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza).

In realtà, oltre ai cittadini possono essere individuate almeno altre sei categorie di persone.

La prima è quella degli «italiani non appartenenti alla Repubblica», vale a dire di coloro che appartengono alla nazione italiana, ma che non fanno (più) parte del popolo italiano, in conseguenza della perdita – generalmente, ma non invariabilmente, obbligata – della cittadinanza: secondo un'interpretazione più risalente, si tratterebbe degli italiani residenti nei territori ceduti dall'Italia alla Francia ed alla ex-Jugoslavia dopo la fine della seconda guerra mondiale; un'interpretazione meno restrittiva (c.d. del «*genuine link*») ha invece incluso in questa categoria anche tutti coloro che, emigrati, hanno dovuto abbandonare – di solito per motivi di lavoro – la cittadinanza italiana a vantaggio della cittadinanza del paese che li ospitava. Quale che sia l'estensione da riconoscere a questa categoria, ciò che deve essere in questa sede evidenziato è che le persone che di essa fanno parte godono di uno *status* di particolare vantaggio, testimoniato dal disposto dell'art. 51, secondo comma, Cost., secondo cui «la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificar[le] ai cittadini».

Di matrice assai diversa è la categoria di persone corrispondente ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea, i quali, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, sono titolari di una cittadinanza comunitaria la cui disciplina è affidata al diritto europeo. In tal senso, l'art. 1 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la

disciplina dell'impugnazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero), appare inequivocabile, delimitando esso l'ambito di applicazione della normativa sugli stranieri «ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi» (comma 1), con la sola eccezione del caso in cui l'applicazione delle norme del testo unico si riveli, per i cittadini comunitari, più favorevole rispetto all'applicazione delle regole loro specificamente destinate (comma 2).

Sulla scorta di queste previsioni, può circoscriversi, ai presenti fini, l'utilizzo della nozione di «straniero» agli individui che rientrano nelle quattro residue categorie. Tra questi, innanzi tutto, devono annoverarsi coloro ai quali si riferisce l'art. 10, terzo comma, Cost., ai cui sensi «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». Può constatarsi, anche dalla semplice lettura del disposto costituzionale, che l'insieme dei titolari di un diritto di asilo in territorio italiano non corrisponde che parzialmente a quello di coloro che possono definirsi «rifugiati», ai termini dell'art. 1 della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, sottoscritta a Ginevra, il 28 luglio 1951 (efficace, in Italia, a seguito della legge di ratifica 24 luglio 1954, n. 722). La discrasia, che è oggetto di un annoso dibattito e sulla quale si ritornerà, non impedisce, comunque, di operare una generica assimilazione di tutti i titolari del diritto di asilo, ad una parte dei quali può essere riconosciuto *anche* lo *status* di rifugiato.

Vengono, poi, in considerazione gli individui ai quali si applicano – più o meno integralmente – le norme in materia di ingresso, di soggiorno e di *status* giuridico degli stranieri. Si tratta, in primo luogo, degli apolidi, cioè di coloro i quali, per la combinazione sfavorevole dei criteri di acquisto della cittadinanza, non sono cittadini di alcuno Stato. Essi sono parificati, per larga parte, agli stranieri extracomunitari, dovendosi peraltro eccettuare taluni diritti e/o obblighi che sono loro attribuiti – si pensi, ad esempio, alla prestazione del servizio di leva – principalmente in ragione dell'assenza di collegamenti con altri Stati.

Residuano due categorie di persone, vale a dire quelle in cui si annoverano gli stranieri extracomunitari, per i quali si può tracciare una distinzione a seconda che siano regolari o irregolari: i primi hanno uno *status* disegnato dall'applicazione integrale della normativa in tema di condizione

giuridica dello straniero; ai secondi, invece, sono riconosciuti soltanto i «diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 286 del 1998). Gli stranieri extracomunitari irregolari rappresentano, dunque, quei soggetti la cui condizione giuridica è caratterizzata dalla protezione minimale da parte dell'ordinamento italiano, una protezione minimale che non può comunque in alcun modo intaccare quelli che sono i diritti consustanziali alla persona.

2.2. La normativa costituzionale

Una volta definita la nozione di straniero, l'inquadramento della disciplina della condizione giuridica degli immigrati non può non prendere le mosse dal dettato costituzionale.

La Costituzione repubblicana, sul tema, adotta principalmente (per non dire quasi esclusivamente) la prospettiva definibile dello «straniero come persona», tacendo sostanzialmente dell'altra prospettiva, quella cioè che impone di contestualizzare lo straniero come individuo all'interno di un fenomeno sociale tanto complesso quale è quello dell'immigrazione.

Ciò è legato al fatto che, negli anni 1946-47, quando la Costituzione è stata redatta, il problema dei flussi migratori era ben presente in Italia, ma soltanto sul versante dell'emigrazione, essendo piuttosto difficile finanche poter immaginare flussi immigratori di un certo rilievo in un paese devastato dalla guerra. La stessa marginalità della disciplina giuridica dello straniero nell'ambito dei dibattiti in sede di Assemblea costituente è logico corollario di questa situazione.

Per quanto – allora – di importanza pratica limitata, la materia non è comunque stata trascurata, soprattutto perché presentava un forte valore simbolico, aprendo l'Italia alla comunità internazionale ed ai valori di tutela dei diritti dell'uomo che in essa andavano radicandosi dopo le vicende belliche.

In questo contesto, la normativa costituzionale in materia di stranieri si caratterizza non solo per la sua esiguità, ma soprattutto per i principi di cui è sinteticamente latrice e che ben possono riassumersi nell'estensione, anche

all'*extraneus*, di quel principio personalista che si è posto come cardine della convivenza civile e dei rapporti tra il cittadino ed i pubblici poteri.

Le norme sugli stranieri sono concentrate nei commi secondo, terzo e quarto dell'art. 10.

La disciplina di principio è stabilita dal secondo comma, nel quale si afferma che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Deve segnalarsi il vincolo che è stato imposto al legislatore repubblicano derivante dal rispetto di tutto il diritto internazionale, a testimonianza della rinnovata vocazione internazionalista dell'ordinamento italiano.

Il secondo comma dell'art. 10 è l'unica disposizione della Costituzione autenticamente generale in materia di condizione giuridica dello straniero. Il già ricordato terzo comma dell'art. 10 è infatti specificamente dedicato ai titolari del diritto di asilo, mentre il quarto comma pone il divieto di estradizione dello straniero «per reati politici».

La limitatezza delle norme specificamente concernenti gli stranieri viene supplita dalla presenza di norme genericamente destinate agli «esseri umani», le quali, per le formule che usano, sono da intendersi riferite tanto ai cittadini quanto agli stranieri: così è per il richiamo ai «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2), ma anche per le disposizioni destinate a «tutti» (in positivo, come, ad esempio, l'art. 19, secondo cui «tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa [...]», oppure in negativo, come nel caso, tra gli altri, dell'art. 22, ai sensi del quale «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»), o, ancora, per le disposizioni costruite in modo impersonale (ad esempio, l'art. 13, primo comma, che stabilisce che «la libertà personale è inviolabile»).

L'elemento letterale, tuttavia, non deve essere oltremodo enfatizzato: in effetti, pure alcune disposizioni in cui si fa espresso riferimento ai «cittadini» sono state ritenute, da parte della giurisprudenza e della dottrina, come passibili di applicazione anche nei confronti degli stranieri. Ciò vale – solo per prospettare il caso forse più significativo – per le previsioni di cui all'art. 3, in tema di principio di eguaglianza, su cui si tornerà tra breve.

2.2.1. La Costituzione e la condizione giuridica dello straniero: (a) il nucleo irriducibile dei diritti fondamentali

L'art. 2 Cost. sancisce il principio secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo ed eleva «a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana [e che] appartengono all'uomo inteso come essere libero» (**sentenza n. 11 del 1956**); diritti che, stante il loro «carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente» (**sentenza n. 366 del 1991**), non possono «essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (**sentenza n. 1146 del 1988**), perché «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

L'inviolabilità dei diritti e l'espreso riferimento all'essere umano quale loro titolare rendono del tutto ovvio che il loro riconoscimento debba essere assicurato non soltanto a coloro che appartengono all'ordinamento giuridico statale, ma a tutti gli individui, a prescindere dal vincolo di cittadinanza: così, si legge, ad esempio, nella **sentenza n. 105 del 2001** che «i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani», come si desume dalla stessa formulazione dell'art. 2 Cost., che fa riferimento all'uomo e non al cittadino. Ed ancora, in diverse occasioni la Corte ha chiarito che, a prescindere dalle formulazioni letterali utilizzate nelle singole disposizioni, «anche lo straniero fruisce della garanzia costituzionale in ordine ai diritti civili fondamentali» (**sentenza n. 219 del 1995**) che la Costituzione riconosce spettanti alla persona (**sentenza n. 148 del 1998**), e l'art. 2 Cost. «è norma di garanzia dei diritti umani» operante anche nei suoi confronti (**sentenza n. 199 del 1986**).

Quello che, secondo la Corte, deve essere riconosciuto a tutti gli individui – e, quindi, anche allo straniero in quanto persona – è il c.d. “nucleo irriducibile” di ogni diritto: nella **sentenza n. 252 del 2001**, viene sancito che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” protetto dalla Costituzione come ambito

inviolabile della dignità umana», nucleo di cui godono anche gli stranieri, a prescindere dalla regolarità della loro presenza nel territorio dello Stato.

Per quanto la discrezionalità del legislatore, in assenza di norme costituzionali particolarmente rigide, possa incidere sulla materia «immigrazione» e «condizione giuridica dello straniero», un limite invalicabile sarà sempre rappresentato dall'inflessibile rispetto di questo nucleo irriducibile dei diritti.

In generale, è peraltro da sottolineare che la lettera dell'art. 2 Cost. pone anche il problema della esatta individuazione di quali siano i diritti fondamentali, cui debba essere assicurata una particolare forma di protezione, posto che la Carta costituzionale non ne contiene un'elencazione. Se è vero che, come si legge nella **sentenza n. 109 del 1971**, «non tutti i diritti garantiti in Costituzione sono, per ciò solo, dotati del carattere della inviolabilità», altrettanto innegabile è che i Giudici delle leggi hanno, negli anni, superato il mero dato testuale, ossia la qualificazione di inviolabilità espressa in Costituzione: in origine la Corte era cauta nell'ampliare il novero dei diritti e giungeva a tale risultato collegando l'art. 2 Cost. «alle norme costituzionali concernenti singole garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti» (**sentenza n. 98 del 1979**); oggi appare più marcata la tendenza a leggere l'art. 2 Cost. come “norma aperta”, con il riconoscimento di una gamma sempre più consistente di diritti (nome, identità e libertà sessuale, libertà di coscienza, diritto sociale all'abitazione ...). Tra essi si annovera il diritto alla identità personale, inteso come il diritto ad essere se stesso, «con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano l'individuo», anche straniero: tale identità «costituisce un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata» (**sentenza n. 13 del 1994**). In definitiva, l'art. 2 Cost. è presidio per «l'integrità della sfera personale [dell'uomo] e della sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata» (**sentenza n. 332 del 2000**).

Con precipuo riguardo allo *status* degli stranieri, l'enunciazione dei diritti fondamentali presenta talune non secondarie particolarità, veicolate essenzialmente dalla lettera del secondo comma dell'art. 10 Cost., che impone al

legislatore il rispetto delle norme e dei trattati internazionali. Con ciò, il novero dei diritti fondamentali non può essere ricostruito utilizzando il solo art. 2 Cost., ma deve essere coordinato con tutti quegli atti che, a livello sovranazionale, si occupano di tutela dei diritti umani. In special modo, viene in evidenza la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale dovrebbe imporsi, con riferimento allo straniero, in virtù della riserva di legge contenuta nell'art. 10, secondo comma, Cost. L'utilizzo del condizionale deriva dalla constatazione che, tendenzialmente, la Corte costituzionale ha considerato la protezione offerta dalla Costituzione come idonea a sovrapporsi integralmente alla Convenzione europea, alla quale è stata di solito riconosciuta una funzione interpretativa di disposizioni presenti nella Costituzione (*ex plurimis*, **sentenze numeri 38 del 1973, 69 del 1976, 127 del 1977, 73 del 1983 e 345 del 1987**). Sul punto, peraltro, fondandosi sull'evoluzione della normativa costituzionale (la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha introdotto un primo comma dell'art. 117 della Costituzione che così recita: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»), il più recente orientamento della giurisprudenza della Corte – manifestato nelle **sentenze numeri 348 e 349 del 2007** – ha riconosciuto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo una portata normativa non riducibile *sic et simpliciter* alla mera integrazione in via interpretativa della Costituzione. Le ricadute di questa nuova impostazione sul «diritto degli stranieri» sono evidenti, sotto due punti di vista: per un verso, si rafforzano le possibilità di condizionamento in concreto da parte della Convenzione europea sull'opera del legislatore; per l'altro, la peculiarità dei rapporti tra legge e fonti internazionali che connotava l'art. 10, secondo comma, della Costituzione viene sostanzialmente meno, riassorbendosi nel regime generale che vede, nei confronti di *tutte* le leggi, di qualunque settore, la configurabilità della Convenzione europea come una norma interposta in sede di controllo di costituzionalità.

2.2.2. segue: (b) la tutela veicolata dall'applicazione del principio di eguaglianza

La lettera dell'art. 3, primo comma, Cost. parrebbe circoscrivere ai soli cittadini l'applicazione del principio di uguaglianza («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge [...]»).

L'evoluzione interpretativa, veicolata principalmente dalla giurisprudenza costituzionale, ha revocato in dubbio questa limitazione soggettiva, estendendo la portata della norma anche agli stranieri, ciò che evidentemente non è stato senza conseguenze sulla disciplina in generale degli immigrati, sia sotto il profilo dell'ingresso ed allontanamento dello straniero dal territorio italiano, sia sotto il profilo dello *status* di coloro che (regolarmente o irregolarmente) soggiornano nel nostro paese.

Il problema dell'applicabilità allo straniero del principio di uguaglianza è stato affrontato dalla Corte, per la prima volta, con la **sentenza n. 120 del 1967**. In quella occasione la Corte ha posto quello che resterà poi un punto fermo nella successiva giurisprudenza costituzionale, affermando che l'art. 3 Cost. non deve essere considerato in maniera isolata, bensì in connessione con l'art. 2 e l'art. 10, 2° comma, Cost., il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali. In senso conforme, si sono espresse anche la **sentenza n. 46 del 1977** e, in particolare, **la sentenza n. 54 del 1979**, nella quale i Giudici delle leggi hanno precisato che il testuale riferimento dell'art. 3 della Costituzione ai soli cittadini non esclude che «l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo» qual è appunto il «diritto alla vita», specificatamente protetto, in sede penale, dall'art. 27, quarto comma della Cost. (sulla base di tale premesse, è stata dichiarata l'incostituzionalità della legge che recepiva in Italia l'accordo con la Francia in tema di estradizione, per la parte in cui consentiva l'extradizione per i reati sanzionati con la pena edittale della morte nell'ordinamento dello stato richiedente).

Nel 1969, la Corte – decidendo su una questione di costituzionalità relativa al diverso trattamento previsto per quanti alloggiavano od ospitavano in casa propria un cittadino, rispetto a quello previsto per colui che alloggiava o ospitava uno straniero oppure un apolide – ha avuto modo di tornare sulla precedente affermazione per ribadirla e per precisare che, se è vero che i diritti

inviolabili della personalità rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, è altrettanto indiscutibile che «la titolarità di quei diritti, comuni al cittadino ed allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza». Altrimenti detto, nonostante l'art. 3 sia testualmente riferito ai soli cittadini, esso deve essere esteso anche agli stranieri, «allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità all'ordinamento internazionale». Peraltro, l'eguaglianza di condizioni soggettive «nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento» (**sentenza n. 104 del 1969**).

In buona sostanza, la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nella titolarità dei diritti di libertà non esclude che, in concreto, si presentino diversità di fatto, che il legislatore può apprezzare e regolamentare secondo la propria discrezionalità, con il solo limite della ragionevolezza delle differenziazioni tracciate. Il diverso trattamento normativo tra cittadini e stranieri deve, quindi, trovare il proprio fondamento in una “fattuale diversità di situazioni” che legittimi il trattamento diversificato, escludendosi che le sole qualificazioni giuridiche possano costituire elemento su cui fondare la discriminazione.

Sulla base di questa premessa, la Corte ha giudicato tutta una serie di questioni di costituzionalità, evidenziando e ponendo a fondamento delle relative pronunce una reale o supposta differenza di situazioni di fatto. Su tali decisioni si avrà modo di tornare nell'analisi della giurisprudenza costituzionale inerente ai vari diritti di cui gode (o non gode) lo straniero.

Sempre a proposito dell'applicazione agli stranieri del principio di eguaglianza, deve, già in sede liminare, farsi accenno ad un ulteriore profilo. Il riferimento va all'applicazione del principio, non già nella comparazione tra lo *status* degli stranieri e quello dei cittadini, bensì nella comparazione tra gli stranieri provenienti da diversi paesi. Al riguardo, è da richiamarsi in particolare, la pronuncia con cui la Corte ha affermato che «un'essenziale parità di trattamento dev'essere mantenuta negli stessi rapporti fra stranieri e stranieri, quand'anche appartenenti a stati diversi» (**sentenza n. 54 del 1979**). Sotto quest'ultimo profilo,

si è ritenuto che lo Stato italiano, mediante la ratifica della convenzione europea di estradizione e la contestuale riserva con cui l'Italia ha manifestato la volontà di non concedere l'estradizione per delitti puniti con la morte dall'ordinamento dello Stato richiedente, ha assunto un impegno che indirettamente garantisce i cittadini degli stessi Stati i quali non abbiano ratificato la convenzione europea, «giacché non troverebbero una giustificazione di ordine costituzionale comportamenti diversi delle nostre autorità, che in tal campo assoggettassero ad opposti trattamenti gli uni rispetto agli altri soggetti interessati, secondo le varie relazioni internazionali esistenti fra l'Italia e i rispettivi Stati di provenienza».

La tematica dell'eguaglianza tra stranieri di diversa provenienza introduce un ulteriore problema, che è oggetto del prossimo paragrafo, relativo alla portata normativa che può essere riconosciuta alla c.d. condizione di reciprocità.

2.2.3. segue: (c) il tendenziale venir meno della condizione di reciprocità

Un principio che ha tradizionalmente informato la condizione giuridica dello straniero trova la propria espressione nell'art. 16 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), che precedono il codice civile del 1942. Secondo quanto disposto nel primo comma dell'articolo, «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali».

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, parte della dottrina ha sollevato il problema relativo alla compatibilità tra la previsione delle preleggi e l'art. 10, secondo comma, Cost.

La Corte costituzionale ha riconosciuto, in astratto, la legittimità di una condizione quale è quella di reciprocità nel disegnare lo *status* giuridico degli stranieri, rimarcando però che la previsione di una siffatta condizione non può non essere contornata da limiti.

Particolarmente indicativa di una siffatta impostazione è la **sentenza n. 11 del 1968**, nella quale si è affrontata una questione di costituzionalità relativa alla disciplina dell'ordine dei giornalisti e, in particolare, al divieto di iscrizione all'albo dei giornalisti (e, quindi di svolgere la relativa professione) per gli

stranieri che siano cittadini di uno Stato che non pratica in proposito il trattamento di reciprocità. In quell'occasione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 della legge n. 69 del 1963 – che prevede che nessuno possa assumere il titolo né esercitare la professione di giornalista senza la previa iscrizione al relativo albo professionale – limitatamente alla sua applicabilità allo straniero al quale sia impedito nel paese di appartenenza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Invero, la Consulta, dopo aver affermato che, in sé considerato, il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso dello straniero alla professione giornalistica in Italia non sia illegittimamente stabilito – e ciò perché è ragionevole che in tanto lo straniero sia ammesso ad un'attività lavorativa in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale il primo appartiene – ha ritenuto che questa giustificazione non possa estendersi all'ipotesi dello straniero che sia cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche e, quindi, della più eminente manifestazione di queste. In tal caso, atteso che ad un regime siffatto può essere connaturale l'esclusione del non cittadino dalla professione giornalistica, «il presupposto di reciprocità rischia di tradursi in una grave menomazione della libertà di quei soggetti ai quali la Costituzione – art. 10, terzo comma – ha voluto offrire asilo politico e che devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*».

A questo limite all'esplicazione della condizione di reciprocità discendente dallo Stato di provenienza dello straniero, se ne aggiunge un altro, che la Corte costituzionale non ha esplicitato, ma che ha inequivocabilmente presupposto allorché ha affermato la indefettibilità del riconoscimento in capo a *qualunque* straniero della titolarità dei diritti inviolabili.

Un tale insegnamento è stato integralmente recepito in sede di redazione del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il cui art. 2, comma 1, stabilisce che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

Il d.lgs. n. 286, peraltro, va addirittura oltre, disegnando, per la condizione di reciprocità, un ruolo puramente sussidiario. Ne è testimonianza l'art. 2, comma 2, là dove, dopo aver precisato che «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente», subordina l'applicazione della condizione di reciprocità ai soli casi in cui essa venga espressamente contemplata dal testo unico ovvero dalle convenzioni internazionali¹.

3. Lo straniero come immigrato (la disciplina del fenomeno dell'immigrazione)

Complessa è stata l'attuazione delle disposizioni costituzionali: ciò in quanto il legislatore (destinatario della riserva di cui all'art. 10, secondo comma) si è trovato nella necessità di contemperare la generosa impostazione dei Costituenti con le contingenze nelle quali il fenomeno dell'immigrazione si calava. L'evoluzione normativa conosciuta dall'ordinamento italiano si è manifestata con tratti di forte parallelismo rispetto agli *inputs* sociali, e ciò sia sotto il profilo dell'*an* della disciplina sia sotto quello dei contenuti da essa assunti.

Il disposto dell'art. 10, secondo comma, Cost. è rimasto per lungo tempo pressoché integralmente inattuato: l'assenza di interventi legislativi si è coniugata con la sostanziale marginalità dell'immigrazione come fenomeno. In tal senso, basti pensare che il primo anno in cui il numero di immigrati ha superato quello degli emigranti è stato il 1973, e che, comunque, di un vero e proprio flusso in

¹ Tra i pochissimi casi in cui il testo unico del 1998 prevede la condizione di reciprocità, il più significativo appare quello di cui all'art. 35, comma 2, secondo cui «restano salve le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia in base a trattati e accordi internazionali bilaterali o multilaterali di reciprocità sottoscritti dall'Italia».

entrata non si è potuto parlare fino alla fine degli anni settanta e, fors'anche, fino agli anni ottanta.

La limitatezza del numero di stranieri, dovuta ad una molteplicità di fattori, tra i quali spicca certamente la relativa povertà del paese nell'immediato secondo dopoguerra (ma anche la sua scarsa tradizione coloniale), ha divaricato l'Italia da altri Stati europei e spiega, probabilmente, il «ritardo» con cui si è mosso il legislatore. Un ritardo che è relativo, e che non può essere connotato in termini negativi: semplicemente, l'inerzia del Parlamento era il frutto dell'assenza di esigenze pressanti che spingessero all'azione. Quando problemi si ponevano, erano sufficienti il riferimento alle normative di provenienza internazionale (si pensi, ad esempio, alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati) e comunitaria (con riguardo, ovviamente, agli stranieri che fossero cittadini di Stati membri della Comunità) o interventi eccezionali e di portata specifica (è il caso delle leggi dettate a tutela dei profughi), oppure l'applicazione analogica (facendosi luogo ora ad una *analogia legis* ora ad una *analogia juris*) di disposizioni ad altri fini dettate o comunque caratterizzate dalla loro portata generale.

3.1. L'emergere dell'esigenza di una disciplina dei flussi migratori

Con gli anni ottanta, man mano che il numero di stranieri che facevano (o che avevano fatto) ingresso in Italia andava crescendo in modo considerevole, l'inattuazione dell'art. 10, secondo comma (oltre a quella del terzo comma, in tema di diritto di asilo), ha cominciato a porre problemi agli operatori giuridici ed ha iniziato ad impegnare il legislatore. Una prima dimostrazione si è avuta con la legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante «Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine», atto che, come emerge dallo stesso titolo, non detta una disciplina organica in materia di immigrazione, limitandosi a coprire essenzialmente l'ambito del lavoro.

Con questa legge viene inaugurata una stagione caratterizzata da interventi parziali, dettati sovente da una logica emergenziale, non di rado sotto l'impulso delle richieste provenienti dagli Stati nostri *partners* europei, i quali temevano che il dilagare del fenomeno dell'immigrazione irregolare in Italia

potesse avere ripercussioni anche negli altri paesi della Comunità economica europea e, poi, dell'Unione europea.

In un contesto siffatto, la legislazione e la produzione normativa di rango secondario si sono sviluppate a ridosso di eventi particolari e spesso avallando lo stato di fatto attraverso sanatorie, che venivano ritenute l'unica strada percorribile per ripristinare *ex post* una legalità che le condizioni fattuali avevano reso sostanzialmente impossibile da rispettare *ex ante*².

Del duplice binario che si articola nella reazione ad una urgenza e nella sanatoria di situazioni di fatto è segno lo stesso titolo del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416 (Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato), convertito, con modificazioni, con la legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. legge Martelli), che pure è l'atto normativo più organico tra quelli posti in essere tra la fine degli anni ottanta ed i primi anni novanta.

Alla legge Martelli hanno fatto seguito numerosi altri interventi – generalmente adottati con fonti secondarie o comunque con fonti di provenienza governativa – originati dalle emergenze che si verificavano di volta in volta: dall'esplosione della crisi somala alla guerra nella ex-Jugoslavia, passando per la crisi endemica dello Stato albanese, il Governo italiano ha fronteggiato gli afflussi di stranieri, difficilmente gestibili attraverso la applicazione delle sole disposizioni contenute nella legge Martelli, attraverso l'emanazione di norme eccezionali che,

² Ad oggi si contano cinque sanatorie: le prime quattro (1987, 1990, 1995, 1998) hanno interessato, ciascuna, un numero di stranieri compreso tra 100.000 e 250.000, nella più recente (2002) il numero di regolarizzazioni ha addirittura superato la quota di 700.000.

per solito, avevano l'obiettivo di dotare i profughi di un permesso di soggiorno temporaneo³.

3.2. La ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della persona ed il controllo delle frontiere: (a) l'elaborazione di una legislazione organica in materia di immigrazione

Con l'ampliarsi dei flussi migratori in entrata, si è resa improcrastinabile una nuova normativa generale, che sostituisse quella dettata tra il 1989 ed il 1990 e che si ponesse come una compiuta attuazione della riserva di legge di cui all'art. 10, secondo comma, Cost., tale quindi, non solo da regolamentare l'ingresso, il soggiorno, l'allontanamento ed alcune altre vicende della vita degli stranieri in Italia, ma anche capace di delineare un quadro compiuto della loro condizione giuridica.

Con la legge 6 marzo 1998, n. 40, recante «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (c.d. legge Turco-Napolitano), alla quale ha fatto seguito il precitato d.lgs. n. 286 del 1998, si è provveduto ad un riordino di tutta la normativa di rango primario in materia, accorpata adesso in un unico atto, con la sola eccezione della disciplina attuativa della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, rimasta contenuta nell'art. 1 della legge Martelli, a tutt'oggi in vigore (con le modifiche successivamente intervenute: v. *infra*).

In linea con il principio personalista che informa l'ordinamento repubblicano, dalla legge Turco-Napolitano emergeva una visione dello straniero

³ Cfr., ad es., il decreto ministeriale 9 settembre 1992 (Norme sul rilascio del permesso di soggiorno temporaneo per motivi di lavoro o di studio ai cittadini somali privi del riconoscimento), l'ordinanza del presidente del Consiglio dei ministri 29 settembre 1994 (Interventi straordinari di carattere umanitario a favore degli sfollati delle Repubbliche sorte nei territori della ex Jugoslavia), il decreto legge 20 marzo 1997, n. 60 (Interventi straordinari per fronteggiare l'eccezionale afflusso di stranieri extracomunitari provenienti dall'Albania), convertito, con modificazioni, con la legge 19 maggio 1997, n. 128.

come una ricchezza potenziale per la società italiana. Questa ricchezza era però percepita come meramente potenziale, nel senso che l'immigrazione poteva generare benefici alla comunità di accoglienza soltanto qualora fosse stata adeguatamente disciplinata (e magari in modo anche piuttosto rigido), onde tracciare un netto *discrimen* tra stranieri regolari e stranieri irregolari, capace di garantire l'ordinato svolgersi dei flussi migratori, modulati a seconda delle necessità di volta in volta emergenti nel paese: non a caso, una particolare importanza è stata riconosciuta alla regolamentazione dei flussi di ingresso (come testimoniato, in particolare, dall'art. 21 del d.lgs. n. 286 del 1998).

3.3. segue: (b) le novelle legislative succedutesi nell'ultimo decennio

Successivamente all'entrata in vigore della legge Turco-Napolitano, l'immigrazione ha continuato ad essere percepita come un problema sociale bisognoso di interventi normativi, posto che il flusso di immigrati irregolari non si è interrotto dopo il 1998.

Il disegno riformatore è stato portato a termine con la legge 30 luglio 2002, n. 189, recante «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo» (c.d. legge Bossi-Fini).

Pur se di ampio respiro, la legge Bossi-Fini non costituisce una normazione organica, limitandosi a modificare, talora in maniera anche molto profonda, il testo unico contenuto nel decreto legislativo n. 286 del 1998. La stessa legge modifica anche l'art. 1 della legge Martelli, relativamente alla condizione dei rifugiati e dei richiedenti asilo⁴.

⁴ Sulla base della legge Bossi-Fini sono stati, ad oggi, emanati due decreti ministeriali: il decreto del 26 agosto 2002, di attuazione dell'art. 33, comma 6, della legge, e, da ultimo, il decreto del 14 luglio 2003, contenente «Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina».

La legge Bossi-Fini è l'ultimo intervento di ampio respiro che il legislatore ha posto in essere in materia di immigrazione. Non sono mancati, tuttavia, altri atti, anche molto rilevanti, sebbene recanti discipline più circoscritte.

In proposito, senza alcuna pretesa di completezza, può segnalarsi, tra gli atti anteriori alla legge Bossi-Fini, il decreto legge 4 aprile 2002, n. 51, recante «Disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera», convertito, con modificazioni, con la legge 7 giugno 2002, n. 106. Successivamente, sono state approvate altre riforme settoriali, quali, in special modo, la revisione delle norme che regolano l'ingresso per lavoro degli immigrati a seguito di aggiudicazione di appalti (decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, recante «Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali», convertito, con modificazioni, con legge 6 aprile 2007, n. 46) e l'eliminazione della necessità del permesso di soggiorno in caso di permanenza in Italia per un periodo inferiore ai tre mesi (legge 28 maggio 2007, n. 68, recante «Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio»).

Gran parte delle innovazioni normative sono però derivate da atti di adeguamento a direttive comunitarie.

In proposito, debbono menzionarsi, almeno, il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, recante «Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo», il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, «Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare», il decreto legislativo 10 agosto 2007, n. 154, «Attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato».

Con precipuo riguardo alla protezione offerta, a livello comunitario, ai rifugiati, sono da segnalare, in particolare, il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140, recante «Attuazione della direttiva 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri», il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o

apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», oltre al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato».

A partire dallo scorso anno, si sono avuti vari interventi volti a disciplinare il diritto di circolazione e di soggiorno degli stranieri appartenenti a Stati dell'Unione europea. L'atto fondamentale, al riguardo, è il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Dal novembre 2007, si sono succeduti atti diretti, tra l'altro, a disciplinare le modalità di allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri comunitari per motivi imperativi di pubblica sicurezza. Al riguardo, dapprima è stato emanato il decreto legge 1° novembre 2007, n. 181 (Disposizioni urgenti in materia di allontanamento dal territorio nazionale per esigenze di pubblica sicurezza), che non è stato tuttavia convertito in legge, in quanto viziato, in alcuni punti, da errore materiale. È stato dunque emanato il decreto legge 29 dicembre 2007, n. 249, recante «misure urgenti in materia di espulsioni e di allontanamenti per terrorismo e per motivi imperativi di pubblica sicurezza», anch'esso, peraltro, decaduto per mancata conversione.

Il d.lgs. n. 30 del 2007 è stato, invece, modificato stabilmente dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 32, emanato sulla base dell'art. 1, comma 5, della legge 18 aprile 2005 n. 62, che autorizza il Governo ad emanare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi di attuazione delle direttive comprese negli elenchi allegati alla medesima legge (tra queste figura anche la direttiva 2004/38/CE) entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti stessi.

Pur senza che sul decreto legislativo n. 30 del 2007 fossero apportati ulteriori interventi, la materia è stata da ultimo ulteriormente innovata con il decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», in vigore dal 27 maggio 2008. Tra le altre previsioni, sono da segnalare quelle – contemplate all'art. 1 – che riguardano il codice penale, e segnatamente la sostituzione degli art. 235 e 312.

Ai termini del nuovo art. 235, «il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando lo straniero sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni» (il trasgressore di tale ordine di espulsione od allontanamento è punito «con la reclusione da uno a quattro anni»).

Secondo quanto previsto dal nuovo art. 312, inoltre, «il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino di Stato dell'Unione europea sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti previsti» dal Titolo I del Libro secondo del codice penale (il trasgressore di tale ordine di espulsione od allontanamento è punito «con la reclusione da uno a quattro anni»).

3.4. La legislazione e la Costituzione: la forte crescita, negli ultimi anni, del numero di giudizi in via incidentale

La scarsa incidenza sul piano sociale del fenomeno immigrazione, associata all'assenza di una normativa di rango legislativo direttamente attuativa delle disposizioni costituzionali, ha fatto sì che, per molti anni, la Corte costituzionale non fosse chiamata, se non in modo sporadico, a pronunciarsi su questioni inerenti allo *status* giuridico degli stranieri e, soprattutto, alla disciplina dell'immigrazione *ut sic*.

Non sono mancate, ovviamente, pronunce, anche molto importanti in materia (le prime risalgono alla seconda metà degli anni sessanta): le decisioni, tuttavia, riguardavano sempre aspetti specifici e, nonostante esse recassero affermazioni di principio di portata generale, non era agevole rintracciare una *doctrine* della Corte relativa a gran parte dei problemi che si ponevano o che potevano porsi.

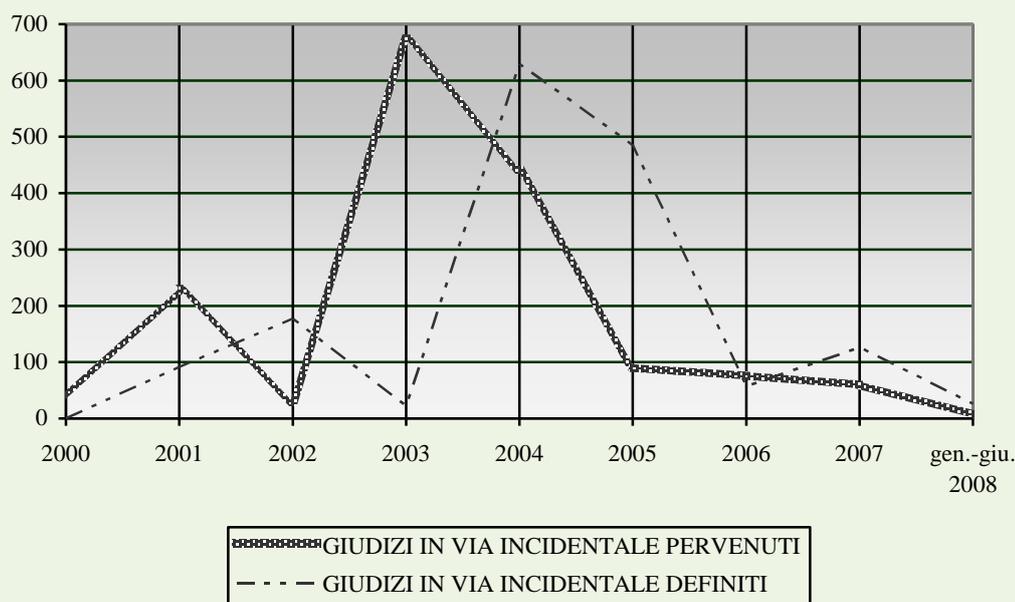
Del resto, il numero di questioni che sono giunte alla Corte fino a tutti gli anni novanta non ha mai superato, in un anno, poche unità (tra il 1991 ed il 1996, le ordinanze di rimessione con cui sono state impugnate disposizioni della legge Martelli sono state, in totale, 48).

Successivamente, in particolare dall'anno 2000, il numero di questioni è cresciuto in maniera esponenziale, sino a raggiungere, nel 2003, il picco di 674 ordinanze di rimessione pervenute alla cancelleria della Corte (su un totale di 1196, ossia il 56,35%) relative alla materia immigrazione. Dopo il 2003, il numero di ordinanze di rimessione è progressivamente diminuito (nel 2004, peraltro, è stato sempre molto elevato, con 441 ordinanze su un totale di 1094, pari al 40,31%), restando comunque su livelli sensibilmente più alti rispetto al periodo anteriore al 2000.

Ora, il numero di ordinanze non può essere automaticamente tradotto come numero di questioni, poiché si sono avuti molti atti di promovimento che hanno sollevato questioni assolutamente identiche, tanto da poter essere decisi con un'unica pronuncia: in tal senso, si spiega, ad esempio, il dato inerente ai giudizi in materia definiti dalla Corte nel corso del 2004 (ben 629 su 1174, cioè il 53,58% del totale) e del 2005 (485 su un totale di 1149, pari al 42,21% del totale). Questa doverosa avvertenza non può comunque inficiare la constatazione che sono stati molti, in questi ultimi anni, i profili della disciplina inerente all'immigrazione sui quali la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, a testimonianza della crescente centralità, a livello sociale, che la tematica va assumendo.

Nella tabella e nel grafico riportati di seguito si illustrano le linee di tendenza per gli anni 2000-2008 che sono appena state sommariamente tratteggiate.

ANNO	GIUDIZI IN VIA INCIDENTALE PERVENUTI	GIUDIZI IN VIA INCIDENTALE DEFINITI
2000	36	0
2001	230	91
2002	29	177
2003	674	22
2004	441	629
2005	90	485
2006	76	57
2007	60	126
gen.-giu. 2008	7	26



3.5. Una competenza legislativa dello Stato che non esclude interventi regionali

Il giudizio di costituzionalità in via incidentale non è l'unica sede nella quale la materia immigrazione è giunta all'attenzione della Corte costituzionale; può infatti constatarsi come, specie di recente, non siano mancati casi in cui la materia è stata al centro di pronunce rese in giudizi di costituzionalità in via principale ovvero in conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni.

L'immigrazione è settore normativo che, come è chiaro, necessita di una disciplina tendenzialmente unitaria a livello nazionale (per tacere della indefettibilità, sempre più manifesta, di una politica a livello sovranazionale). Non può dunque stupire che, (anche) a seguito della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, avvenuta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la competenza esclusiva dello Stato si estenda alle materie «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» ed «immigrazione» (art. 117, secondo comma, rispettivamente lettere *a*) e *b*), Cost.).

Sulla portata in concreto di questi titoli competenziali, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi ripetutamente, a partire dal 2005.

Un primo accenno è contenuto nella **sentenza n. 50 del 2005**, là dove si è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale di una

disposizione della legge 14 febbraio 2003, n. 30 (c.d. «legge Biagi»), che prescrive il mantenimento da parte dello Stato delle funzioni amministrative relative «alla gestione dei flussi di entrata dei lavoratori non appartenenti all'Unione europea e all'autorizzazione per attività lavorative all'estero»: onde giungere alla declaratoria di infondatezza, la Corte ha in effetti rilevato che la materia «immigrazione» appartiene alla potestà esclusiva dello Stato.

Tale principio risulta confermato e approfondito nelle successive pronunce. In particolare, nella **sentenza n. 201 del 2005**, la Corte, dichiarando che le competenze statutarie della Provincia di Bolzano non risultano violate dalle disposizioni dettate dal decreto legge 9 settembre 2002, n. 195 (art. 1, commi 1, 4 e 5), in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari, ha affermato che le disposizioni impugnate disciplinano un particolare procedimento di legalizzazione del lavoro irregolare degli immigrati extracomunitari per i casi di mancanza od invalidità del permesso di soggiorno, senza incidere né sulla disciplina generale della regolarizzazione del lavoro in quanto tale, né sulle competenze legislative statutarie. Esse delineano un procedimento unitario, volto, attraverso il coesistente apporto delle competenze di due organi dell'amministrazione periferica dello Stato (la Prefettura – Ufficio territoriale del Governo e la Questura), a disciplinare il soggiorno dei lavoratori clandestini extracomunitari ed a legalizzarne contestualmente il lavoro, e dunque a regolare aspetti caratteristici della materia dell'immigrazione, di esclusiva competenza legislativa dello Stato.

Il primo intervento organico è stato, comunque, quello della **sentenza n. 300 del 2005**, che ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4, lett. *d*), e 5, e degli artt. 6, 7 e 10 della legge della Regione Emilia-Romagna 24 marzo 2004 n. 5 (Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati. Modifiche alle leggi regionali 21 febbraio 1990, n. 14, e 12 marzo 2003, n. 2), nella parte in cui recano norme concernenti materie, quali l'immigrazione, il diritto di asilo e la condizione giuridica di cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, di competenza esclusiva dello Stato.

L'occasione offerta da un ricorso governativo avverso una legge regionale «di ampio respiro» relativamente alla disciplina dell'immigrazione ha

consentito alla Corte di sistematizzare le proprie precedenti pronunce, su di esse (implicitamente) fondandosi e da esse prendendo spunto per una ricostruzione della struttura delle materie «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» ed «immigrazione» (una terza materia, il «diritto di asilo», pur se evocata tanto nel ricorso quanto nella decisione, è rimasta sullo sfondo, in quanto nessuna delle disposizioni puntualmente censurate la coinvolgeva direttamente).

In proposito, è da sottolineare come la Corte, evitando di specificare che cosa fosse da ricondursi al titolo competenziale «condizione giuridica dello straniero» e che cosa a quello «immigrazione», ha delineato una sorta di endiadi tra le due materie di competenza esclusiva dello Stato, onde far rifluire nel titolo competenziale complesso tutto ciò che incida direttamente sulla condizione dei migranti, vuoi in chiave dinamica (ingresso, soggiorno ed allontanamento), vuoi in chiave statica (diritti e doveri degli immigrati).

Ora, come emerge inequivocabilmente dal *decisum* della sentenza, l'endiadi «immigrazione» / «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari non si traduce, comunque, in una attrazione in capo allo Stato di tutto ciò che riguarda il fenomeno migratorio. La stessa Corte costituzionale lo ha chiarito allorché ha sottolineato che «l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano *ex* Costituzione competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente». In questa prospettiva, è significativo che uno degli argomenti su cui si è fatto leva in funzione definitoria sia stato quello secondo cui la legislazione statale (essenzialmente, il d.lgs. n. 286 del 1998) «disciplina la materia dell'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri [...] prevedendo che una serie di attività pertinenti la disciplina del fenomeno migratorio e degli effetti sociali di quest'ultimo vengano esercitate dallo Stato in stretto coordinamento con le regioni, ed affida alcune competenze direttamente a queste ultime».

La compenetrazione di competenze tra Stato e Regioni si apprezza, in particolare, sotto un duplice punto di vista: da un lato, nell'ottica di un coordinamento tra i vari livelli territoriali di governo, ciò che trova un preciso

riscontro anche nel terzo comma dell'art. 118 Cost., là dove si prevede che «la legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e regioni» (tra le altre) in materia di immigrazione; dall'altro lato, aprendo la possibilità ad interventi regionali, che siano esplicitamente legittimati dalla legge statale o che intervengano *praeter legem*, purché, ovviamente, non si pongano in contrasto con la logica del sistema.

Una tale prospettiva è stata integralmente confermata con la **sentenza n. 156 del 2006**, nella quale si è ritenuto che la competenza statale esclusiva in materia di immigrazione non risulta violata dagli articoli 16, comma 3, e 21, comma 1, lettera *f*), della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 4 marzo 2005, n. 5, che prevedono, rispettivamente, interventi per i minori stranieri non accompagnati anche dopo il raggiungimento della maggiore età e lo svolgimento, direttamente o indirettamente, di compiti istruttori da parte degli enti locali nell'ambito dei procedimenti per il rilascio e il rinnovo dei permessi di soggiorno e delle carte di soggiorno, nonché di richiesta di nulla-osta al ricongiungimento. Al riguardo, la Corte ha ricordato nuovamente che il d.lgs. n. 286 del 1998 ha, tra l'altro, attribuito alle Regioni determinate competenze, prevedendo, altresì, forme di cooperazione tra lo Stato e le Regioni. Da tali disposizioni risulta che, in materia di immigrazione e di condizione giuridica degli stranieri, è la stessa legge statale che disciplina una serie di attività pertinenti al fenomeno migratorio e agli effetti sociali di quest'ultimo, e che queste vengono esercitate dallo Stato in stretto collegamento con le Regioni, alle quali sono affidate direttamente alcune competenze. Ciò, tenuto conto del fatto che l'intervento pubblico non può limitarsi al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma deve anche considerare altri ambiti – dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla salute all'abitazione – che coinvolgono competenze normative, alcune attribuite allo Stato ed altre attribuite alle Regioni.

Pertanto, secondo la Corte, l'art. 16 della legge impugnata va interpretato nel senso che esso si limita a prevedere l'esercizio di attività di assistenza rientranti nelle competenze regionali, senza incidere in alcun modo sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di immigrazione. In sostanza, la «possibilità» di proseguire, in favore del minore non accompagnato, gli interventi di sostegno, anche dopo il raggiungimento della maggiore età, con la sua

conseguente ulteriore permanenza sul territorio nazionale, è subordinata al rilascio nei suoi confronti del permesso di soggiorno, cosa che potrà avvenire solo ricorrendo le condizioni a tal fine previste dal d.lgs. n. 286 del 1998. Anche l'art. 21, comma 1, lettera *f*), lungi dal regolare aspetti propriamente incidenti sulla materia dell'immigrazione, si limita, secondo la Corte, a prevedere in favore degli stranieri presenti sul territorio regionale una forma di assistenza che si sostanzia nel mero affidamento agli enti locali di quegli adempimenti che, nell'ambito dei procedimenti di richiesta e rinnovo di permesso di soggiorno e di carta di soggiorno, ovvero di richiesta di nulla-osta al ricongiungimento familiare, diversamente sarebbero stati svolti direttamente dagli stessi richiedenti. Inoltre, nella medesima sentenza si è sottolineato che il rispetto delle competenze statali nei procedimenti sopra indicati emerge, altresì, dal contenuto della norma impugnata la quale prevede che le attività in essa disciplinate siano svolte in accordo con le competenti strutture del Ministero dell'interno.

Gli stessi principi sono ribaditi nella recente **sentenza n. 50 del 2008** con la quale è stata, tra l'altro, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1267, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che istituisce un Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati, e finalizza lo stesso alla realizzazione di un piano per l'accoglienza degli alunni stranieri, anche per favorire il rapporto scuola-famiglia, attraverso «l'utilizzo per fini non didattici di apposite figure professionali madrelingua quali mediatori culturali». La Corte ha, infatti, rilevato che con tale disposizione il legislatore ha inteso perseguire, come risulta anche dalla stessa denominazione del Fondo, una chiara finalità di politica sociale, prevedendo uno stanziamento di risorse finanziarie al fine di assicurare l'adozione delle suddette misure di assistenza. Da ciò consegue che «la norma in esame, non prevedendo un intervento pubblico connesso alla programmazione dei flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale, non rientra nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di immigrazione, ma inerisce ad ambiti materiali regionali, quali quelli dei servizi sociali e dell'istruzione ».

Sempre in tema di immigrazione, la **sentenza n. 407 del 2006** ha respinto il ricorso per conflitto proposto dalla Regione Friuli-Venezia Giulia avverso la disposizione regolamentare di cui all'art. 24, comma 1, del d.P.R. 18 ottobre

2004, n. 334, con cui si dispone che nella Regione siano disciplinate, mediante l'emanazione di apposite norme di attuazione, forme di raccordo tra lo Sportello unico per l'immigrazione e gli uffici regionali e provinciali per l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di lavoro, attribuite allo sportello medesimo. La disposizione, secondo la Corte, non risulta lesiva della sfera di competenza riservata alle norme di attuazione dall'art. 65 dello Statuto speciale in quanto, nel prevedere la necessità che siano adottate forme di raccordo fra lo Sportello unico e gli uffici regionali e provinciali competenti in materia di lavoro, rimette l'individuazione della concreta disciplina all'adozione di apposite norme di attuazione, senza, pertanto, predeterminarne in alcun modo il contenuto. Non risulta lesa, inoltre – proseguono i Giudici – alcuna competenza regionale, poiché la disposizione impugnata si inserisce in un regolamento statale che disciplina la materia dell'immigrazione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *b*), Cost. In particolare, l'esigenza di un coordinamento fra gli uffici statali e regionali implicati è finalizzata ad assicurare la funzionalità del procedimento volto a disciplinare l'ingresso e l'avviamento al lavoro del cittadino extracomunitario. Dunque, la disposizione regolamentare, in quanto direttamente afferente alla materia dell'immigrazione, non determina – proseguono i Giudici delle leggi – alcun *vulnus* alle prerogative della Regione in materia di tutela del lavoro di cui agli artt. 117, terzo comma, e 118, Cost., in relazione all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001. Del pari, tenuto conto che l'ambito materiale su cui incide la norma regolamentare impugnata è riservato in via esclusiva allo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *b*), Cost., risulta infondata, secondo la Corte, anche l'asserita violazione del divieto di esercizio della potestà regolamentare in materie regionali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost., in relazione all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001.

PARTE SECONDA

L'INGRESSO, IL SOGGIORNO E L'ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO

1. L'ingresso ed il soggiorno

Lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e soggiorno nello Stato. Sotto tale profilo, infatti, è indubitabile che esiste una differenza fondamentale tra la posizione del cittadino e quella dello straniero, ben messa in luce dalla Corte costituzionale già a partire dalla **sentenza n. 244 del 1974**. In tale pronuncia, infatti, si è evidenziato che il primo ha nello Stato un domicilio stabile, «sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso», ha diritto di risiedere nel territorio senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo, mentre il secondo può entrare nel territorio dello Stato e soggiornarvi «solo conseguendo determinate autorizzazioni e, per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone». Nel medesimo senso, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la situazione soggettiva per la quale lo straniero può soggiornare in Italia, a differenza di quella del cittadino (art. 16 Cost.), non è di diritto soggettivo ma ha carattere affievolito e natura di interesse legittimo (cfr., per tutte, **Cass., Sez. I., sentenza n. 6370 del 2004**).

Sulla base di tali affermazioni sono state considerate legittime le limitazioni imposte dal legislatore al soggiorno o alla circolazione dello straniero nel proprio territorio, nella salvaguardia, pur sempre, dei diritti fondamentali. Gli stessi principi risultano ribaditi nella **sentenza n. 62 del 1994**, nella quale, peraltro, si precisa che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione – spettante in via primaria al legislatore nei limiti della manifesta irragionevolezza – di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione (sul punto si veda anche la **sentenza n. 353 del 1997**).

Il sistema normativo nazionale vigente per regolare l'accesso e l'immigrazione dei cittadini non appartenenti all'Unione europea impone, dunque, la richiesta di permesso di soggiorno. A questo riguardo, nel nostro ordinamento, sono gli artt. 4 (disciplinante l'ingresso nel territorio dello stato) e 5 (disciplinante

il permesso di soggiorno) del T.U. a costituire il punto di riferimento di tutta la materia.

1.1. Il visto d'ingresso

L'art. 4 del T.U. stabilisce che possono far ingresso nel territorio dello Stato soltanto gli extracomunitari che siano in possesso di un passaporto valido o di documento equipollente e del visto di ingresso - salvi i casi di esenzione - prevedendo, altresì, che l'ingresso debba avvenire attraverso i valichi di frontiera. Il visto di ingresso è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero, in seguito alla verifica della presenza dei requisiti richiesti dalla legge all'art. 4 comma 3.

L'ingresso in Italia può essere consentito con visti di soggiorno di breve durata, validi fino a 90 giorni, e per soggiorni di lunga durata, che comportano per il titolare la concessione di un permesso di soggiorno in Italia con motivazione che deve essere identica a quella menzionata nel visto. Secondo la giurisprudenza della Cassazione, la concessione del visto di ingresso, poiché «dà titolo alla concessione del permesso di soggiorno» (**Cass., Sez. I, n. 12585 del 2001**) ed esplica «una funzione ad esso strettamente connessa ed in parte sovrapponibile, è soggetta a condizioni e subordinata alla sussistenza di requisiti soggettivi del tutto analoghi» (**Cass., S.U., n. 1417 del 2004**). Le stesse Sezioni Unite, con la sentenza citata, analizzando la tipologia delle condizioni richieste per il rilascio del visto (essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, avere la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel paese di provenienza, non essere soggetto pericoloso per la sicurezza dello Stato e non aver commesso o essere accusato di aver commesso i delitti specificatamente elencati nell'art. 4, comma 3, cit.), ha escluso che lo straniero vanti un diritto soggettivo all'ottenimento del visto, in quanto tali previsioni impongono alla pubblica amministrazione valutazioni a contenuto discrezionale a fronte delle quali lo straniero è titolare di un mero interesse legittimo (nello stesso senso, anche **S.U. n. 6426 del 2005**).

Allorché non sussistano i requisiti previsti nel T.U. e nel regolamento di cui al D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal D.P.R. 18 ottobre 2004

n. 334, l'Autorità diplomatica o consolare comunica allo straniero il diniego del visto (art. 6 *bis* D.P.R. n. 394 del 1999). Il diniego deve essere motivato, salvo quanto previsto dall'art. 4, comma 2, del T.U. (motivi di sicurezza o di ordine pubblico): in proposito, la giurisprudenza amministrativa (**Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 971 del 2002**) ha affermato che la motivazione può avvenire anche *per relationem* con riferimento all'istruttoria svolta dal competente Commissariato di pubblica di sicurezza.

A norma del successivo art. 13, comma 2, lettera a), del T.U, il prefetto dispone l'espulsione dello straniero entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera; la norma, secondo giurisprudenza di legittimità costante, «non attribuisce all'autorità amministrativa competente alcun potere discrezionale, ma impone alla stessa [...] di adottare il provvedimento di espulsione per il solo fatto dell'ingresso nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera» (**Cass. sez. I, n. 2256 del 2004**), senza che il prefetto possa vantare alcun potere discrezionale al riguardo.

Perciò, «costituisce illecito ed è valida ragione di emissione del decreto di espulsione, il comportamento dello straniero che entri nel territorio nazionale eludendo i controlli di frontiera, a nulla rilevando la circostanza che questi, essendo già in precedenza entrato in Italia e avendo inoltrato domanda di soggiorno, ne sia successivamente uscito» (**Cass., Sez. I, n. 11870 del 2000**). Nella giurisprudenza di legittimità è frequente l'affermazione – contenuta, per esempio, in **Cass. sez. I, n. 5267 del 2003** – che «introduzione clandestina o con sottrazione vuol dire entrata in Italia senza la prescritta documentazione»; tale situazione si verifica anche allorchè lo straniero sia entrato grazie ad un visto rilasciato sulla base di documentazione falsa: infatti, si legge in **Cass. sez. I, n. 13864 del 2001**, «il termine sottrarsi non significa soltanto sfuggire ai controlli, come avviene nel caso di chi entri clandestinamente nel territorio nazionale, ma anche vanificare l'efficacia di tali controlli, aventi la finalità di impedire ingressi irregolari, giovandosi di un mezzo solo apparentemente legittimo». Secondo **Cass. sez. I, n. 20668 del 2005**, «in tanto si può parlare di ingresso clandestino, con sottrazione ai controlli di frontiera, in quanto dalle autorità preposte non venga effettuato alcun controllo sull'ingresso dello straniero»; laddove, invece, il controllo sia stato eseguito e non abbia evidenziato ostacoli all'ingresso –

ancorchè erroneamente, per esempio perchè lo straniero è privo del visto di ingresso - «non si versa più nell'ipotesi di sottrazione ai controlli alla frontiera, potendosi porre il diverso problema della mancanza di titolo di soggiorno». Ciò, sempre che, come detto, lo straniero non esibisca documenti falsificati.

1.2. I titoli di soggiorno

1.2.1. I requisiti per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno

In merito alle (ulteriori) condizioni in presenza delle quali l'ingresso dello straniero è legittimo, determinante è la titolarità di un valido titolo di soggiorno. Vengono in rilievo, in special modo, le previsioni di cui all'art. 5 del T.U., stante il rinvio operato dal comma 5 del medesimo articolo, il quale, ponendo sullo stesso piano le cause ostative, rispettivamente, del "rilascio", "rinnovo" e "revoca" dei permessi, stabilisce che «il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, «sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili». Su questa base, il **Tar Lazio, Sez. II, n. 9717 del 2007**, ha chiarito che l'amministrazione competente a decidere se accogliere oppure respingere la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno è tenuta a prendere in considerazione la condizione attuale dell'istante, verificando se il cittadino extracomunitario possiede i requisiti previsti dalla legge per il conseguimento del permesso di soggiorno al momento della decisione e non al momento della presentazione della domanda (conf. anche **Cass., Sez. I, n. 2417 del 2007**). Da ultimo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto «il diritto ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno, anche in assenza della titolarità di un regolare contratto di lavoro» nei confronti dei cittadini stranieri che, pur in attesa di occupazione, dimostrino che il datore di lavoro è disponibile ad assumerli, anche se non vi è ancora il contratto (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 2594 del 2006**).

In generale, l'art. 5 del T.U. prevede che possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati legalmente e muniti di regolare permesso di soggiorno ovvero di «titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da

specifici accordi». A questo riguardo la Cassazione esclude, per esempio, la legittimità di chi esibisce il mero "visto uniforme" di cui all'art. 13, comma secondo, della legge n. 388 del 1993 (di ratifica dell'Accordo di Shengen), costituente esso solo titolo di ingresso, ma non titolo di soggiorno nell'area dei Paesi aderenti (**Cass., Sez. I, n. 23134 del 2004**).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'appartenenza alla minoranza nazionale dei nomadi di etnia Rom non costituisce eccezione alla regola generale, dettata dal T.U., che richiede, perché lo straniero possa legittimamente soggiornare, che egli sia munito di titolo di ingresso e di soggiorno (**Cass., Sez. I, n. 17857 del 2002**).

Il permesso di soggiorno deve essere richiesto al questore della provincia in cui il cittadino extracomunitario si trova entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato. In merito la **Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 463 del 2005**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 13, commi 2 e 5, del T.U. nella parte in cui prevedono che l'omessa richiesta, da parte dello straniero, del permesso di soggiorno nel termine di otto giorni lavorativi dall'ingresso in Italia, comporti, anche quando l'ingresso sia avvenuto legittimamente e sussistano le condizioni per l'ottenimento del permesso, l'automatica emissione del decreto di espulsione, senza che venga svolta una preventiva valutazione sulla sussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno. La Corte ha precisato, in proposito, che l'automatismo espulsivo è un riflesso del principio di legalità che permea tutta la disciplina dell'immigrazione.

Ai sensi del comma 9 dell'art. 5 del T.U., il questore è tenuto a decidere sul rilascio del permesso di soggiorno, eventualmente anche convertendolo in permesso di altro tipo, «entro 20 giorni dalla richiesta». Ancora, il questore della provincia in cui lo straniero «dimora» è tenuto a decidere sulla domanda di rinnovo del permesso di soggiorno (che, secondo quanto stabilito dal **Cons. Stato, Sez. VI, n. 5114 del 2007** deve essere sottoscritta personalmente dall'interessato, non essendo valida nemmeno se firmata da un avvocato in forza di una procura allegata), verificando la sussistenza «delle diverse condizioni previste per il rilascio» dal T.U. (art. 5, comma 4, T.U.).

La domanda deve essere sufficientemente documentata nei termini della disciplina di settore, non sussistendo uno specifico onere, per la pubblica amministrazione, in presenza di documentazione del tutto inidonea, di richiedere l'integrazione della stessa (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 3535 del 2007**). Inoltre, il medesimo Consiglio di Stato ha rilevato che il rilascio del permesso di soggiorno agli extracomunitari, irregolarmente presenti in Italia, è subordinato alla rigorosa verifica della documentazione prodotta dallo straniero a corredo dell'istanza e, in quanto tale, non può non estendersi al riscontro di veridicità dei documenti allegati, a prescindere dalla natura delle norme in base alle quali viene esercitato il relativo potere (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 1057 del 2007**).

La giurisprudenza amministrativa e di legittimità mostrano una certa elasticità per ciò che concerne il rispetto del termine previsto dall'art. 5, comma 4, del T.U. per la presentazione della domanda di rinnovo, come dimostra il fatto che lo stesso viene considerato "non perentorio" (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 5240 del 2006; Cass., Sez. I, n. 8532 del 2005**). Inoltre, è stato giudicato illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno motivato con esclusivo riferimento al decorso del termine di legge, senza tenere conto delle circostanze che avevano determinato il ritardo nella presentazione della istanza di rinnovo; nella fattispecie, il ricorrente si trovava in stato di detenzione ed è stato ritenuto che l'Amministrazione avrebbe dovuto riscontrare la situazione di obiettiva difficoltà a presentare richiesta di rinnovo nei termini, ed in particolare a predisporre la documentazione necessaria per chiedere il rinnovo (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 5240 del 2006**). Secondo la Cassazione, invece, il giustificato ritardo sussiste solo quando l'atto dovuto non venga compiuto dallo straniero a causa di una forza esterna al suo volere che abbia irresistibilmente influito sulla sua possibilità di agire, escludendola totalmente. Ciò non è ravvisabile nello stato di detenzione di per sé solo, perché questo, pur limitando il detenuto nelle sue possibilità di movimento, non esclude che egli possa, tramite la direzione dell'istituto di pena, inviare alle competenti autorità istanze e richieste (**Cass., Sez. I, n. 10568 del 2004**). Conseguentemente, la mancata presentazione della richiesta di permesso di soggiorno (o di rinnovo) durante il periodo di restringimento in carcere è stata ascritta a mera negligenza dell'extracomunitario detenuto (**Cass., Sez. I, n. 20936 del 2004**).

Deve peraltro rilevarsi, in generale, che, pur in presenza di prassi maggiormente garantiste, non mancano affermazioni più rigorose tendenti a salvaguardare il nucleo essenziale della stessa normativa. Così, anche, dopo la “stretta” sui “requisiti” per l’ingresso, apportata dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, si è registrato un aumento dei casi in cui il diniego di rilascio e di rinnovo del permesso di soggiorno è stato motivato per la constatata “indisponibilità”, da parte dello straniero, di mezzi leciti di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno. È stato, dunque, ritenuto legittimo il rigetto dell’istanza di rilascio del permesso di soggiorno nel caso di indisponibilità, da parte del richiedente, di mezzi leciti di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno, atteso che tale indisponibilità comporta la mancanza di un requisito richiesto per il soggiorno nel territorio dello Stato (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 4599 del 2006**). Ancora, il **Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2231 del 2007** ha ritenuto legittimo il rigetto da parte del questore dell’istanza di rilascio del permesso di soggiorno richiesto da una donna dedita alla prostituzione.

Un altro “parametro” richiamato all’atto di motivare il diniego del permesso è quello della “pericolosità sociale” del soggetto richiedente. Stabilisce in proposito (seppur in riferimento al permesso di soggiorno per motivi familiari) l’art. 5, comma 5-*bis*, del T.U. che «nel valutare la pericolosità dello straniero per l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l’Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone ai fini dell’adozione del provvedimento di revoca o di diniego di rinnovo», si tiene conto «anche di eventuali condanne» per reati che destano particolare allarme sociale. In merito, una parte della giurisprudenza (**Cass., Sez. I, n. 12721 del 2002**) ha sostenuto che la valutazione sulla pericolosità sociale sia un’attività vincolata e che l’autorità amministrativa debba svolgere un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni e del requisito dell’attuale pericolosità. Ancora, si è affermato che debba essere esaminata globalmente l’intera personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita. Altra parte della giurisprudenza ha propeso per il riconoscimento di un più ampio potere discrezionale (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 6018 del 2006**) considerando la “pericolosità sociale” come il prodotto di un giudizio fondamentalmente prognostico della pubblica amministrazione, nel quale possono

essere utilizzati numerosi elementi (indizi, precedenti condanne, segnalazioni, tenore di vita ecc..) rivelatori della capacità e della propensione a delinquere, e soggetto al solo sindacato dei vizi di illogicità, carenza di presupposti o manifesta incongruità. Il medesimo Consiglio di Stato, poi, ha ritenuto illegittimo il provvedimento di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno adottato in ragione, oltre che del ritardo con cui è stata presentata la domanda di rinnovo, della pericolosità sociale desumibile da un unico precedente penale a carico dello straniero istante, tra l'altro risalente nel tempo (**Cons. Stato, Sez. VI. n. 982 del 2007**).

Da ultimo, sul tema della valutazione della pericolosità, è intervenuta la Corte costituzionale con la **sentenza n. 148 del 2008**, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità del combinato disposto dell'art. 4, comma 3, e dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e succ. mod., censurato per avere previsto, quale causa ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno, la condanna, a seguito di patteggiamento, per reati inerenti gli stupefacenti e senza alcuna valutazione in concreto della pericolosità del condannato. A tal proposito, la Consulta ha rilevato che non è manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo, come quelli puniti con la pena detentiva; né può considerarsi manifestamente irragionevole la scelta legislativa di non aver dato rilievo alla sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio della sospensione della pena, data la non coincidenza delle valutazioni sottese rispettivamente alla non esecuzione della pena e al giudizio di indesiderabilità dello straniero nel territorio italiano. Inoltre, secondo i Giudici delle leggi, il cosiddetto automatismo espulsivo «altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa».

La controversia riguardante il cd. diniego di "visto" o di permesso di soggiorno appartiene alla cognizione del giudice amministrativo. Infatti, al pari del diniego, della revoca o del mancato rinnovo del permesso di soggiorno, il diniego del "visto d'ingresso" è subordinato alla valutazione della sussistenza di

requisiti soggettivi o di condizioni internazionali, in ordine all'emanazione dei quali, la pubblica amministrazione dispiega e dispone di una specifica e ampia discrezionalità. Ciò fa escludere – in capo allo straniero – una posizione di diritto soggettivo e affermare una posizione di interesse legittimo (**Cass., SS.UU., n. 1417 del 2004**). Per quanto concerne, invece, il permesso di soggiorno per motivi familiari di cui all'art. 30 del T.U., è stato rilevato che si tratta di un atto dovuto in presenza delle specifiche situazioni tassativamente elencate, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario (**Cass., SS.UU., n. 383 del 2005; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1940 del 2005**).

1.2.2. Il permesso di soggiorno per lavoro autonomo

L'ingresso ed il soggiorno per lavoro autonomo dei cittadini extracomunitari è disciplinato, in generale, dall'art. 26 del T.U., il quale dispone che «l'ingresso in Italia dei lavoratori stranieri non appartenenti all'Unione europea che intendono esercitare nel territorio dello Stato un'attività non occasionale di lavoro autonomo può essere consentito a condizione che l'esercizio di tale attività non sia riservato dalla legge ai cittadini italiani, o a cittadini di uno degli Stati membri dell'Unione Europea». Inoltre, secondo la medesima disposizione, il cittadino extracomunitario che intende esercitare in Italia un'attività non occasionale di lavoro autonomo, non riservata dalla legge ai cittadini italiani o ai cittadini di uno Stato comunitario, deve possedere i requisiti specificatamente indicati nei commi 2 e 3 del medesimo articolo, requisiti che in parte ricalcano quelli previsti per il cittadino italiano che intenda esercitare la medesima attività e, in parte, sono specificatamente connessi alla condizione del lavoratore non comunitario che intende fare ingresso nel territorio nazionale.

Per quanto riguarda i requisiti aggiuntivi che il cittadino straniero deve possedere ai fini dell'ingresso, essi possono essere raggruppati in quattro unità fondamentali, che impongono altrettanti adempimenti al lavoratore straniero e concorrono a definire la complessa procedura per il suo ingresso nel territorio nazionale. La prima unità attiene a quelle attività il cui esercizio comporti il rilascio di licenze, autorizzazioni o iscrizioni ai fini dell'abilitazione. Il secondo requisito riguarda l'accertamento della capacità economica dello straniero, il quale deve dimostrare di avere effettivamente a disposizione le risorse finanziarie con cui sostenere la futura attività.

Gli altri due requisiti aggiuntivi, che il lavoratore autonomo non comunitario deve possedere e dimostrare, riguardano la sistemazione alloggiativa ed il reddito proveniente da fonti lecite (art. 26, comma 3, T.U.). L'onere della allegazione e produzione documentale di cui al citato art. 26, comma 3, grava su chi intende ottenere il permesso di ingresso nel territorio nazionale o il rinnovo dello stesso e va adempiuto all'interno del procedimento amministrativo avanti all'autorità (questore) competente al rilascio dell'autorizzazione al soggiorno (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 6257 del 2006**). L'incompleto assolvimento dell'onere di allegazione e produzione documentale, nella fase di valutazione e verifica in sede amministrativa del possesso dei requisiti per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, non può formare oggetto di integrazione nel giudizio proposto avanti al giudice amministrativo contro l'atto che ha negato l'autorizzazione richiesta. Il giudizio che si instaura avanti al Tar riveste, infatti, natura impugnatoria e ha ad oggetto un provvedimento autoritativo, la cui legittimità va verificata sulla base degli elementi acquisiti nella fase istruttoria ad esso preordinata, e non il rapporto che si instaura fra organo pubblico e lo straniero che intende permanere nello Stato, cosicché possono essere introdotti per la prima volta in sede contenziosa fatti ed elementi non portati alla precedente cognizione dell'autorità amministrativa (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 6257 del 2006**).

1.2.3. Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo

Infine, un accenno deve farsi anche alla nuova disciplina del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, introdotta con il d.lgs. n. 3 del 2007 di attuazione della direttiva 2003/109/CE. Per ottenere questa autorizzazione lo straniero deve essere in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità. In proposito, il **Tar Emilia Romagna, Sez. I, n. 4615 del 2007**, ha ritenuto che il prescritto periodo di cinque anni decorre dalla data in riferimento alla quale la dichiarazione di emersione di lavoro irregolare ha avuto effetto.

Altro requisito fondamentale è il reddito. Lo straniero deve dimostrare la disponibilità di un reddito derivante da una fonte lecita che non deve essere inferiore all'importo dell'assegno sociale. In merito a tale requisito, la giurisprudenza ha ritenuto che esso «è chiaramente finalizzato ad evitare l'aggravio per il pubblico erario che comporterebbe l'esercizio del diritto di

accedere ai servizi e alle prestazioni erogate dalla pubblica amministrazione, riconosciuto ai titolari di carta di soggiorno dall'art. 9, comma 4 lett. c), da parte di soggetti non in possesso di un adeguato reddito e, quindi, mira ad evitare l'inserimento nella collettività degli utenti dei servizi pubblici e degli aventi diritto alle prestazioni sociali di soggetti che non offrano un'adeguata contropartita in termini di partecipazione fiscale alla spesa pubblica e soprattutto che finiscano per gravare sul pubblico erario come beneficiari di assegno sociale in quanto indigenti» (**Tar Toscana, Firenze, Sez. I., n. 725 del 2007**).

Anche il permesso CE per lungo-soggiornanti non potrà essere rilasciato e, se rilasciato, potrà essere revocato “agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato”. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche delle condanne non definitive, per i reati previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p. (art. 9, comma 4, T.U.).

1.2.4. La legalizzazione del lavoro irregolare come attribuzione di un valido titolo di soggiorno

La Corte costituzionale, in diverse pronunce, si è occupata della speciale procedura di legalizzazione del lavoro irregolare che, come noto, consente di regolarizzare gli stranieri soggiornanti nel paese senza permesso di soggiorno.

Con la **sentenza n. 78 del 2005** è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 33, comma 7, lettera c), della legge n. 189 del 2002 e dell'art. 1, comma 8, lettera c), del decreto legge n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, nella legge n. 222 del 2002, nella parte in cui non consentono la regolarizzazione del lavoratore extracomunitario denunciato per uno dei reati per i quali gli articoli 380 e 381 cod. proc. pen. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. La Corte ha ritenuto fondata la questione in riferimento all'art. 3 Cost., giudicando contrario al principio di ragionevolezza «l'automatismo delle conseguenze ricollegate alla sola denuncia».

Hanno osservato, infatti, i Giudici che «nel nostro ordinamento la denuncia, comunque formulata e ancorché contenga l'espreso riferimento a una o a più fattispecie criminose, è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce», sicché è irragionevole una normativa che faccia derivare dalla denuncia «conseguenze molto gravi in danno di chi della medesima è soggetto passivo,

imponendo il rigetto dell'istanza di regolarizzazione che lo riguarda e l'emissione nei suoi confronti dell'ordinanza di espulsione; conseguenze tanto più gravi qualora s'ipotizzino denunce non veritiere per il perseguimento di finalità egoistiche del denunciante e si abbia riguardo allo stato di indebita soggezione in cui, nella vigenza delle norme stesse, vengono a trovarsi i lavoratori extracomunitari». La medesima questione è stata affrontata **nell'ordinanza n. 250 del 2006**, la quale ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, essendo la norma già stata dichiarata illegittima "*in parte qua*" dalla **sentenza n. 78 del 2005**, poiché in contrasto con il principio di ragionevolezza.

A seguito delle predette pronunce è stato considerato illegittimo il provvedimento con il quale è stata respinta una istanza di regolarizzazione presentata ai sensi della suddetta norma facendo riferimento ad alcune denunce penali, senza alcuna verifica della colpevolezza o della pericolosità del denunciato ed indipendentemente dall'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'inizio di un procedimento penale (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 7375 del 2005**).

La sentenza di condanna costituisce, invece, motivo implicito di diniego dell'autorizzazione alla legalizzazione *ex art. 1* del decreto-legge n. 195 del 2002, convertito nella legge n. 222 del 2002, come si ricava dallo stesso tenore della lett. *c)* del comma 8, disp. cit., la quale esclude il divieto di regolarizzazione del rapporto di lavoro dello straniero nell'ipotesi in cui il procedimento penale si sia concluso con una sentenza assolutoria, con la conseguenza che, per converso, il divieto opera nel caso di denuncia seguita da condanna; la stessa norma fa salvi gli effetti della riabilitazione, il che consente agli interessati di rimediare all'ultrattività di sentenze di condanna risalenti nel tempo, consentendo, quindi, l'estensione dell'operatività della norma anche nei loro confronti (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 3307 del 2006**).

La tematica della regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari è stata poi affrontata dalla Corte costituzionale nella **sentenza n. 206 del 2006**, che ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 8, lettera *a)*, del d.l. 9 settembre 2002, n. 195, convertito con modificazioni nella legge 9 ottobre 2002, n. 222, nella parte in cui non consente di procedere alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari in posizione irregolare che siano stati destinatari di provvedimenti di espulsione da eseguire mediante

accompagnamento alla frontiera. Premesso che «al fine di un'esatta comprensione della presente questione occorre aver riguardo alla disciplina dell'espulsione degli extracomunitari [...] contenuta nella versione originaria del testo unico di cui al d.lgs. n. 286 del 1998», la Corte ha evidenziato come detta disciplina prevedesse l'accompagnamento alla frontiera non in relazione a lievi irregolarità amministrative ma per «coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo». Secondo i Giudici, «la scelta del legislatore di escludere la legalizzazione dei rapporti di lavoro dei cittadini extracomunitari colpiti da provvedimenti di espulsione con accompagnamento alla frontiera non è manifestamente irragionevole», tenuto conto «del complesso degli interessi da tutelare», considerato che «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione», la cui valutazione spetta al legislatore ordinario.

La Corte ha escluso anche la paventata violazione dell'art. 35 Cost., poiché, se è vero che «i lavoratori extracomunitari che siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia [...] godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani», è altrettanto innegabile che «rapporto di lavoro e regolarità della loro posizione in Italia sono situazioni che spesso s'intrecciano e si condizionano reciprocamente» e il legislatore può «subordinare la stessa configurabilità di un rapporto di lavoro al fatto che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno di quegli interessi sulla base di una valutazione condotta con criteri non arbitrari».

L'ordinanza n. 44 del 2007 ha affrontato una questione identica a quella già dichiarata non fondata dalla sentenza n. 206 del 2006, richiamata in motivazione. Ribadendo le osservazioni contenute nel sopracitato precedente, i Giudici costituzionali, dopo aver evidenziato che la norma contestata si riferiva alla legalizzazione dei rapporti di lavoro antecedenti alla legge 30 luglio 2002, n. 189 – che ha sensibilmente modificato la disciplina dell'espulsione – hanno affermato che, in riferimento a tale pregresso quadro normativo, «l'espulsione amministrativa veniva di regola eseguita con intimazione all'interessato ad

abbandonare il territorio dello Stato e non tramite accompagnamento coattivo alla frontiera, sicché questa seconda modalità di esecuzione, correlata non a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità, non irragionevolmente implica il divieto di sanatoria della relativa posizione di lavoro».

Sulla stessa linea si colloca l'**ordinanza n. 218 del 2007**, in cui viene analizzato il medesimo problema, ma sotto il profilo della disciplina di cui all'art. 33, comma 7, lettera *a*), della legge 30 luglio 2002, n. 189, che detta, per i cosiddetti badanti e lavoratori domestici, una norma identica a quella oggetto dell'**ordinanza n. 44 del 2007**. Anche in questo caso la conclusione è stata di manifesta infondatezza, sulla base delle stesse argomentazioni sopra riportate.

Sul medesimo tema si registra anche l'**ordinanza n. 8 del 2006**, con cui la Corte, ritenendo manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità dello stesso art. 1, comma 8, lett. *a*) del d.l. n. 195 del 2002, censurato nella parte in cui esclude dalla regolarizzazione coloro che abbiano lasciato il territorio nazionale e si trovino nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, del d.lgs. n. 286 del 1998, ossia siano rientrati senza la prescritta autorizzazione del Ministro dell'interno, ha rimarcato come «la disparità di trattamento denunciata dal giudice remittente – legata ai molteplici fattori che possono, nei singoli casi concreti, determinare differenze applicative della normativa di cui si tratta – si risolv[a] in una disparità di mero fatto, inidonea come tale [...] a fondare un giudizio di violazione del principio di eguaglianza» (dello stesso tenore è anche l'**ordinanza n. 142 del 2006**).

La giurisprudenza amministrativa in tema di regolarizzazione del lavoratore irregolare ha poi sottolineato che i principi solidaristici, che informano la normativa in tema di disciplina dell'ingresso e di soggiorno dei cittadini extracomunitari, non possono prevalere sul corretto apprezzamento dei contrapposti interessi (privati e pubblici) in gioco, alla luce delle norme disciplinanti i flussi migratori, nell'ambito dei quali risulta imprescindibile il rigoroso accertamento dei presupposti necessari alla regolarizzazione delle situazioni lavorative anomale, che prescinde da quello concernente la valutazione della personalità dell'interessato (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 1527 del 2007**). Sulla

base di questo consolidato principio, è costante l'affermazione secondo cui, ai fini della regolarizzazione *ex d.p.c.m.* 16 ottobre 1998, è necessario che il cittadino extracomunitario fornisca la prova della sua presenza prima del 27 marzo 1998 in base ad atti muniti di data certa (**Cons. Stato, Sez. VI, n. 1939 del 2007; Cons. Stato, Sez. VI, n. 2296 del 2007; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1453 del 2007**).

In merito agli effetti che derivano dalla pendenza del procedimento di regolarizzazione, la **Cassazione, Sez. I, n. 6993 del 2004**, ha ritenuto che, a fronte della prospettazione, da parte dell'espulso ricorrente avverso il decreto del prefetto, della pendenza della procedura di emersione e di legalizzazione del lavoro irregolare di cui agli artt. 1 e 2 del decreto-legge n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2002, spetta al giudice solo accertare la data e l'avvenuto inoltro della dichiarazione prevista dall'art. 1 citato, ma non anche effettuare una prognosi sull'esito della domanda di emersione (ovvero uno scrutinio di «sanabilità»); da tale argomentazione è stato dedotto che, ove la domanda di sanatoria abbia preceduto il decreto di espulsione, questo è da ritenersi illegittimo a norma del menzionato art. 2, comma 1, per il quale, fino alla conclusione della procedura, non possono essere adottati provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale nei confronti dei lavoratori «in emersione», salvo che essi risultino pericolosi per la sicurezza dello Stato (ove invece la predetta domanda sia posteriore, nessun impedimento si frappone all'esercizio del potere espulsivo, il cui decreto è, tuttavia, da ritenersi revocato *ex tunc* in caso di accoglimento della domanda medesima: art. 2, comma 2).

Il divieto di espulsione non vale, però, a far sospendere la esecuzione del provvedimento che fosse già stato adottato prima dell'entrata in vigore della legge (**Cass., Sez. I, sent. n. 16569 del 2004; Cons. Stato, Sez. VI, n. 6422 del 2006**). Ed anzi è stato sostenuto che non costituisce giustificato motivo idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 14, comma 5 *ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998, come introdotto dall'art. 13 della legge n. 189 del 2002, la condotta del cittadino extracomunitario che si intrattenga in Italia per poter presentare richiesta di sanatoria ai sensi dell'art. 1 della legge n. 222 del 2002 in data posteriore a quella del provvedimento del questore, essendo quest'ultimo ostativo alla

successiva istanza di legalizzazione della sua posizione lavorativa in Italia (**Cass., Sez. I, n. 48863 del 2003**).

Nell'ipotesi in cui la procedura di regolarizzazione abbia esito positivo, in ragione della sussistenza dei presupposti legittimanti e dell'assenza delle situazioni ostative normativamente previste, nonché dell'effettuazione degli adempimenti prescritti ad opera degli interessati, la presentazione della dichiarazione di emersione consente, oltre che di legalizzare il rapporto lavorativo, anche di rimuovere la condizione di illegalità correlata alla presenza del lavoratore extracomunitario nel territorio dello Stato, attraverso il rilascio di un permesso di soggiorno (**Cass., Sez. I, n. 1191 del 2006**). Nella medesima sentenza si è, tuttavia, precisato che, qualora la procedura si concluda negativamente – e venga dunque meno l'operatività della norma di salvaguardia che, per far salvo *medio tempore* il detto effetto sanante, impedisce di adottare provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale nei confronti dei lavoratori compresi nella dichiarazione di emersione fino alla conclusione della procedura – lo straniero torna, a tutti gli effetti, nella pristina condizione di illegalità che impone l'immediata adozione del provvedimento di espulsione tramite accompagnamento alla frontiera.

Per quanto attiene all'applicazione ai datori di lavoro della normativa sulla regolarizzazione, si è ritenuto che la esclusione della punibilità prevista dall'art. 33, comma 6, della legge n. 189 del 2002, per chiunque inoltri la prescritta dichiarazione di emersione del lavoro irregolare, è applicabile anche al datore di lavoro, imputato della contravvenzione di cui all'art. 22, comma 10, del d.lgs. n. 286 del 1998, per aver occupato alle proprie dipendenze un lavoratore straniero sprovvisto di permesso di soggiorno, che abbia regolarizzato la posizione del proprio dipendente in epoca antecedente alla entrata in vigore della legge n. 189 del 2002; infatti, una diversa interpretazione determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra il datore di lavoro che si trovi nelle condizioni di poter presentare la dichiarazione di emersione di lavoro irregolare e, quindi, beneficiare della causa di non punibilità, e il datore di lavoro che abbia già provveduto a regolarizzare il proprio dipendente e che si troverebbe escluso da tale beneficio (**Cass., Sez. I, n. 18633 del 2003**).

La legittimazione a chiedere la regolarizzazione del rapporto compete al datore di lavoro, che deve presentare apposita dichiarazione, attraverso gli uffici postali, di aver occupato, nei tre mesi antecedenti la data di entrata in vigore della legge, alle proprie dipendenze lavoratori extracomunitari in posizione irregolare.

Ci si è chiesti se la denuncia di lavoro sommerso potesse pervenire direttamente dal lavoratore extracomunitario, evidentemente interessato a regolarizzare il proprio rapporto di lavoro, anche al fine di evitare la espulsione per assenza del titolo di soggiorno. La Cassazione ha risposto negativamente (**Cass., Sez. I, n. 6086 del 2005**), osservando che la legge esulava da un accertamento officioso del lavoro irregolare e dalla sanatoria a richiesta del solo lavoratore, trattandosi, invece, di uno strumento «originale quanto insostituibile» di sanatoria di massa.

L'esito della procedura di regolarizzazione del lavoro sommerso non può ritenersi avverata *per facta concludentia*, occorrendo che al richiedente sia comunicato, con atto scritto e ad esternazione formale, l'esito negativo della stessa (**Cass., Sez. I, n. 7472 del 2004**).

Infine, si rammenta che l'art. 1 del d.l. n. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, nella legge n. 222 del 2002, prevedeva che, ai fini della legalizzazione, l'occupazione fosse avvenuta almeno «nei tre mesi antecedenti l'entrata in vigore» del decreto (10 settembre 2002). I Tar avevano offerto interpretazioni contrastanti sia sulla necessità o meno che la prestazione fosse continuativa, sia sulla circostanza che il rapporto fosse ancora in corso al momento della presentazione della domanda (la tesi prevalente era che l'uso della preposizione «nei» non presupponeva la necessaria vigenza del rapporto per tutto l'indicato periodo temporale, ma soltanto la sua esistenza: es. **Tar Veneto n. 264 del 2004; Tar Lombardia, Brescia, n. 43 del 2005**).

Il contrasto è stato superato **dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 2006**, che ha ritenuto necessaria un'effettiva occupazione per l'intero periodo di riferimento e, dunque, una presenza continuativa del lavoratore in Italia, posto che la norma è tesa a regolarizzare un rapporto di lavoro in atto. Sulla stessa linea, più recentemente, il **Cons. Stato, Sez. VI, n. 4643 del 2006** ha valutato legittimo il diniego di regolarizzazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 del decreto-legge n. 195 del 2002, convertito nella legge n. 222 del

2002, per mancanza di un'occupazione lavorativa durante l'intero periodo preso a riferimento dal legislatore (10 giugno – 10 settembre 2002), atteso che la soluzione interpretativa della legge, in base alla quale si esclude la necessità di una prestazione lavorativa di carattere continuativo per l'intero periodo di tre mesi, risulta incompatibile con il sistema delineato dalla normativa in questione (in quanto il contributo richiesto dal 3° comma dell'art. 1 del decreto-legge n. 195 del 2002 è correlato all'attività lavorativa svolta per un intero trimestre), oltre che con le finalità proprie della normativa stessa (che non sono nel senso di assecondare iniziative concernenti situazioni che possono rappresentare la dissimulazione di un rapporto fittizio o sorto unicamente per la finalità della regolarizzazione).

È stato, altresì, sostenuto che il licenziamento disposto successivamente non fa venir meno i presupposti necessari ai fini della regolarizzazione, costituiti dal fatto che il richiedente abbia prestato attività lavorativa nei tre mesi antecedenti la data di entrata in vigore della legge e che il datore di lavoro abbia presentato nei due mesi successivi all'entrata in vigore della legge la denuncia di emersione (**Cons. Stato n. 3410 del 2006**).

2. Ingresso e soggiorno di stranieri in situazioni particolari: il diritto di asilo e lo *status* di rifugiato

Le decisioni passate sin qui in rassegna hanno avuto riguardo alla disciplina in materia di ingresso e di soggiorno che si applica a qualunque straniero extracomunitario. Sussistono, tuttavia, alcune categorie di stranieri che, per le situazioni fattuali presenti nei loro paesi d'origine, conoscono un trattamento di favore da parte dell'ordinamento italiano qualora facciano ingresso e soggiornino sul territorio della Repubblica. Le categorie che vengono in rilievo, al riguardo, sono principalmente quelle dei titolari del diritto di asilo e dei rifugiati. Le due figure – la prima disciplinata dall'art. 10, terzo comma, Cost. e la seconda dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati – presentano vari profili di sovrapposizione, tanto che, a seguito di una controversa evoluzione giurisprudenziale da parte della Corte di cassazione, allo stato appare difficile operare tra loro una chiara differenziazione.

2.1. Il diritto di asilo

Il diritto di asilo, riconosciuto dall'art. 10, terzo comma, Cost., ha conosciuto, negli anni immediatamente successivi al 1948, una fase di «congelamento», derivante, per un verso, dalla mancata approvazione di una legge attuativa e, per l'altro, dalla affermata natura programmatica della disposizione costituzionale, che non veniva ritenuta suscettibile di applicazione diretta (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 208 del 1952**). Soltanto negli anni sessanta la giurisprudenza mutava l'orientamento precedente, affermando – nel perdurare dell'inerzia del legislatore – la natura immediatamente precettiva del terzo comma dell'art. 10 Cost. e, quindi, la possibilità di farne applicazione diretta (**App. Milano, 27 novembre 1964**).

Inoltre, nel frattempo, era stata ratificata, con la legge 24 luglio 1954 n. 722, la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, che complicava il quadro normativo che si stava delineando. Infatti, i destinatari della Convenzione erano in parte gli stessi stranieri presi in considerazione dalla disciplina costituzionale: se per quest'ultima la protezione offerta dallo Stato italiano era condizionata alla (semplice) sussistenza di un impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ai termini della Convenzione la protezione era garantita (soltanto) a «chiunque [...], nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato» (art. 1, par. A, n. 2).

La differenza fondamentale tra le due definizioni consisteva, evidentemente, nella contrapposizione tra l'impedimento all'esercizio di libertà, da un lato, e la persecuzione (in atto o fondatamente temuta), dall'altro. Da qui la configurabilità, una volta ammessa la natura immediatamente precettiva della disposizione costituzionale in tema di asilo ed una volta entrata in vigore la normativa sui rifugiati, di un doppio binario, in base al quale agli stranieri perseguitati doveva riconoscersi lo *status* disegnato dalla convenzione ginevrina, mentre a coloro che erano impossibilitati ad esercitare le libertà democratiche, lo *status* che poteva ricavarsi dall'applicazione diretta del terzo comma dell'art. 10 Cost.

La convivenza tra le due normative non ha posto problemi fino almeno agli anni ottanta, e ciò in conseguenza della estrema esiguità delle ipotesi in cui l'Italia era destinataria di richieste di asilo o di rifugio. Successivamente, però, a causa della crescita significativa del fenomeno dell'immigrazione e, con esso, della frequenza dell'invocazione di una protezione particolare, *sub specie* di asilo e/o di rifugio, si è posta la necessità di specificare le differenze tra i due concetti, i cui confini sono stati ulteriormente confusi dalla prima normativa organica in tema di immigrazione (decreto-legge 30 dicembre 1989 n. 416, convertito con la legge 28 febbraio 1990 n. 39), la quale, nel dettare disposizioni in materia di «asilo politico», si è riferita esclusivamente ai «rifugiati» (art. 1).

In un primo tempo, la giurisprudenza ha confermato la distinzione tra il diritto sancito a livello costituzionale e quello previsto nelle fonti internazionali, ribadendo la applicabilità diretta del primo e, pur se con qualche esitazione, la sua portata soggettivamente più ampia rispetto al secondo. In particolare, la **Cassazione, SS.UU., n. 4674 del 1997**, decidendo su un'eccezione di competenza giurisdizionale, ha affermato che l'art. 10, terzo comma, Cost., ha natura precettiva e, dunque, è norma di diretta applicazione. Essa attribuisce direttamente allo straniero, che ne dimostri i requisiti, il diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che ne disciplini l'esercizio e le modalità di godimento. Il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici, secondo la Cassazione, non coincidono dal punto di vista soggettivo, «perché la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, in quanto la [...] convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, comma 3, Cost.». In mancanza, infatti, di una legge di attuazione del precetto di cui all'art. 10, terzo comma, cit., allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nel territorio dello Stato, mentre il rifugiato politico, ove riconosciuto tale, viene a godere in base alla Convenzione di Ginevra di uno *status* di particolare favore. La sentenza esclude, quindi, che la legge n. 39 del 1990 (recante norme in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari) contenga una normativa di attuazione dell'art. 10, terzo comma, Cost. e che il rapporto tra le due norme sia incongruente. La prima, infatti, prevede per il rifugiato una soglia

di accesso elevata a una tutela più intensa in virtù del verosimile rischio di persecuzione e dello stato di bisogno del perseguitato, la seconda, invece, una soglia di accesso più agevole a una tutela meno ampia, vista la non sussistenza di una verosimile persecuzione. La Cassazione ha concluso ribadendo, a proposito dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra, «che la norma in questione, infatti, non presuppone il godimento dello *status* di rifugiato ai fini della concessione del diritto di asilo, ma si limita a porre delle limitazioni alla possibilità di richiedere il riconoscimento di tale status (da parte di chi evidentemente non ne sia già in possesso), e disciplina la procedura da seguire per ottenere tale riconoscimento [...]. L'art. 10, comma 3, Cost. prevede invece un diritto un diritto soggettivo al quale non è applicabile la normativa che disciplina lo status di rifugiato».

Nella giurisprudenza di merito, invece, si registravano, anche dopo la decisione delle Sezioni Unite, orientamenti contrastanti. Invero, da un lato, taluni giudici (cfr. **App. Firenze, 13 aprile 2004**) sostenevano che, nella perdurante assenza di una legge di attuazione dell'art. 10, terzo comma, Cost., non è riconosciuto, nell'ordinamento italiano, il diritto di asilo democratico, come previsto dalla Costituzione; dall'altro, si rinvenivano anche interpretazioni più favorevoli ai richiedenti asilo come, ad esempio, quella del **Trib. Catania, 15 dicembre 2004**, secondo cui l'unico presupposto per il riconoscimento del diritto di asilo è quello, indicato nell'art. 10 Cost., dell'impedimento per lo straniero all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

L'alternativa tra la conferma e la smentita della propria giurisprudenza consolidata è stata dalla Suprema Corte elusa attraverso l'affermazione di un principio molto innovativo, teso a ridefinire i contorni del diritto di asilo (**Cass., Sez. I, n. 25028 del 2005**). Ribadita la portata immediatamente precettiva dell'art. 10, terzo comma, Cost., infatti, la Corte non ha più impostato la distinzione tra asilo e rifugio sulla base dei destinatari dell'uno e dell'altro, ma ha ricostruito il primo come il prodromo del secondo, ritenendo che «il diritto di asilo consiste nel diritto ad ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, finalizzato a consentire lo svolgimento del giudizio definitivo sulla domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato». Tale impostazione risulta anche confermata nella giurisprudenza successiva. Si rammenta in particolare la

sentenza della **Cass., Sez. I, n. 18549 del 2006**, con la quale i Giudici di legittimità hanno nuovamente rammentato che il diritto di asilo trova fondamento, nel diritto interno, nell'art. 10 Cost., e che la mancata adozione della normativa di attuazione non ne impedisce l'esercizio, stanti il carattere immediatamente precettivo della norma costituzionale e la possibilità di riferirsi alla legislazione in tema di rifugiati, la quale, nonostante la diversità ontologica della nozione di asilante da quella di rifugiato, stabilisce un "iter" procedimentale che le accomuna in particolare per quanto riguarda il rilascio del permesso provvisorio, in attesa che si accertino i requisiti per il riconoscimento del relativo "status", e il divieto di espulsione nelle more; hanno, inoltre, affermato che il diritto di asilo deve intendersi come diritto soggettivo di accedere al territorio dello Stato, al fine di esperire la procedura per ottenere lo "status" di rifugiato, e non ha un contenuto più ampio del diritto ad ottenere il permesso di soggiorno temporaneo (previsto dall'art. 1, comma quinto, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39), per la durata della relativa istruttoria, con la conseguenza che l'esito negativo della procedura priva di qualsiasi giustificazione il permesso di soggiorno, essendo quest'ultimo strumentale a consentire la permanenza nel territorio dello Stato solo fino all'esito della procedura (negli stessi termini **Cass., Sez. I, n. 18353 del 2006**).

Da ultimo, si segnala che recentemente sono stati approvati due importanti provvedimenti legislativi. Il primo è il d.lgs. 19 novembre 2007 n. 251 di attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Con tale decreto si stabiliscono le norme per la valutazione delle domande di protezione internazionale che gli Stati membri della UE devono esigere dal richiedente. Il secondo è il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, che recepisce un'altra direttiva europea, la n. 2005/85CE, relativa alle norme minime per le procedure applicate negli stati membri per il riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato. I due decreti modificano in maniera sostanziale le normative sull'asilo, abolendo, ad esempio, il trattenimento dei richiedenti asilo ed introducendo l'effetto sospensivo del ricorso contro il diniego della domanda di asilo e la possibilità, anche per coloro cui è stata concessa una protezione umanitaria, di ottenere il ricongiungimento familiare.

2.2. Lo *status* di rifugiato

In ordine ai presupposti in presenza dei quali viene riconosciuto lo *status* di rifugiato, il **Cons. Stato, Sez. IV, n. 11 del 1999**, ha affermato che in base alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata in Italia con l. 24 luglio 1954 n. 722, lo *status* di rifugiato politico va riconosciuto solo a chi ha il fondato timore di essere perseguitato nel paese di origine, con pericolo attuale di vita. Sulla base di questo principio, essendo necessario che la specifica situazione soggettiva del richiedente, in rapporto alle caratteristiche oggettive sussistenti nel suo paese, sia tale da far ritenere l'esistenza di un grave pericolo per l'incolumità della persona, la generica gravità della situazione politico-economica e la stessa mancanza dell'esercizio delle libertà democratiche, non sono state ritenute di per sé sufficienti a costituire i presupposti per il riconoscimento di tale *status* (conf. **Cons. Stato, Sez. IV, n. 291 del 1999**).

Conformemente a tale impostazione, il **Cons. Stato, Sez. IV, n. 6710 del 2000**, ha ritenuto indefettibile la sussistenza, nel paese d'origine dello straniero, di una particolare condizione, tale da far fondatamente temere una persecuzione, con pericolo attuale per la stessa esistenza del richiedente. Ancora, è stato ritenuto decisivo il riscontro di un rischio attuale per la libertà e l'incolumità che possa derivare allo straniero dal suo ritorno in patria (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 779 del 1998**).

La procedura che conduce all'accertamento dello *status* di rifugiato deve essere avviata al momento dell'ingresso in Italia, attraverso la presentazione della relativa domanda alla polizia di frontiera (**Cons. Stato, Sez. I, n. 11 del 99**). Il potere di iniziativa del procedimento in questione è configurabile sia in capo al richiedente, sia in capo all'amministrazione; tuttavia, a seconda di chi eserciti l'iniziativa, derivano conseguenze diverse in merito al riparto dell'onere della prova relativamente all'esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie, atteso che nel primo caso competerà allo straniero documentare i fatti specifici su cui orientare l'indagine (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 400 del 1998**).

Secondo **Cons. Stato, Sez. IV, n. 5735 del 2002**, la presentazione della domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato costituisce titolo per ottenere un permesso di soggiorno temporaneo fino alla definizione del procedimento.

L'interessato non può adire direttamente il giudice ordinario per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, senza avere previamente espletato l'apposita procedura amministrativa, giacché la cognizione del giudice interviene solo a conclusione dell'espletamento dell'*iter* amministrativo che il richiedente deve necessariamente percorrere, e dunque solo in sede di opposizione avverso l'eventuale provvedimento di rigetto (**Cass., Sez. I, n. 18940 del 2006**). Conformemente, è stato sostenuto che, in assenza della domanda di asilo e del riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, rimesso dalla legge in via esclusiva all'apposita commissione centrale, il giudice ordinario non può compiere un autonomo accertamento delle condizioni per tale riconoscimento, ma può soltanto accertare la sussistenza delle condizioni ostative all'espulsione indicate dall'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 (**Trib. Sorveglianza Sassari 30 gennaio 2003**).

Con specifico riferimento alla prova circa la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il **Cons. Stato, sez. IV, n. 6710 del 2000**, ha stabilito che ai fini della relativa decisione sono sufficienti le informazioni assunte *in loco* dall'ambasciata italiana, non sussistendo alcun obbligo per la commissione centrale di svolgere ulteriore attività istruttoria.

In merito alla motivazione che deve sorreggere il provvedimento emanato dalla commissione centrale, si legge in **Cons. Stato, sez. IV, n. 405 del 1998** che detto provvedimento deve essere motivato in modo congruo e deve dar conto delle risultanze dell'istruttoria esperita al fine di accertare la situazione personale di fatto del richiedente nel suo paese di origine, con particolare riguardo alle variazioni delle condizioni politico-istituzionali, di sicurezza pubblica e di vivibilità democratica (nella specie, è stata confermata la sentenza di primo grado che aveva ritenuto corretta la valutazione della commissione relativamente alla mancanza dei presupposti legittimanti la concessione dello *status* di rifugiato, fondata, tra l'altro, sull'avvenuta concessione, da parte delle autorità del paese di origine, del passaporto e sull'essere stati i richiedenti ritenuti liberi dalla cittadinanza di origine). Secondo **Cons. Stato, Sez. IV, n. 11 del 1999**, lo *status* di rifugiato ha carattere temporaneo e può essere revocato se vengono meno i presupposti per la sua concessione.

Con riguardo alla giurisdizione concernente le controversie relative al riconoscimento dello *status* di rifugiato, la **Cass., S.U., n. 907 del 1999**, ha stabilito con chiarezza che la qualifica di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 costituisce, come quella di avente diritto all'asilo, una figura giuridica riconducibile alla categoria degli *status* e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della relativa posizione rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria una volta espressamente abrogato – ad opera dell'art. 46 della legge n. 40 del 1998, – l'art. 5 del d.l. n. 416 del 1989, convertito con modificazioni dalla legge n. 39 del 1990, che attribuiva al giudice amministrativo la competenza per l'impugnazione del provvedimento di diniego dello *status* di rifugiato. Sulla stessa linea si colloca la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (cfr., per tutte, **Cons. Stato, Sez. VI, n. 3474 del 2007**).

In precedenza, il Consiglio di Stato, invece, affermava che, pur in presenza di detta esplicita abrogazione, la giurisdizione doveva ritenersi sempre del giudice amministrativo non potendosi negare l'esistenza di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione nell'apprezzamento dei fatti e della loro rilevanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 4336 del 2002**).

In pendenza del ricorso giurisdizionale avanti al tribunale, lo straniero può chiedere al prefetto di essere autorizzato a trattenersi nel territorio nazionale in presenza dei presupposti ed alle condizioni stabilite dall'art. 17 del d.P.R. 16 settembre 2004, n. 303. La Cassazione, di recente, ha affermato che «il giudizio promosso dallo straniero extracomunitario per ottenere l'annullamento del provvedimento prefettizio col quale è stata respinta la sua istanza di permanenza sul territorio nazionale nelle more della decisione, da parte del tribunale ordinario, sulla domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, è devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo, poiché l'impugnata decisione si fonda su di una valutazione discrezionale circa l'insussistenza di un concreto pericolo che lo straniero, nel periodo di attesa, possa sottrarsi all'esecuzione del provvedimento di allontanamento» (**Cass., SS.UU., n. 5089 del 2008**). In senso sostanzialmente

conforme, la **Cass. SS.UU., n. 7933 del 2008**, ha ritenuto, in una fattispecie cui non sono applicabili *ratione temporis* la legge n. 189 del 2002 e il d.P.R. n. 303 del 2004, che «il provvedimento del questore, di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari e di allontanamento dal territorio nazionale, emesso all'esito della decisione negativa della Commissione Centrale sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo, non costituendo atto meramente consequenziale del procedimento introdotto con la domanda di asilo ma, al contrario, avendo ad oggetto una valutazione politico-amministrativa autonoma del questore, riguardante l'esistenza delle ragioni di protezione indicate negli artt. 5, comma 6, e 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998».

3. L'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale

Per quanto la tutela dei diritti inviolabili debba essere garantita a cittadini e stranieri in condizione di eguaglianza, è tuttavia pacifico nella giurisprudenza costituzionale che «il principio trova delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero», poiché «non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti» (**sentenza n. 244 del 1974**).

Del resto, «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco» di cui il legislatore si è fatto carico nel prevedere l'espulsione degli stranieri che violino le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno; «lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate e non eluse, [...] essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (**sentenza n. 353 del 1997**).

3.1. L'allontanamento mediante foglio di via obbligatorio

Antecedentemente alle riforme profonde che, in tema di allontanamento dello straniero, sono state introdotte con la legge Turco-Napolitano del 1998, la Corte, con la **sentenza n. 244 del 1974**, nel dichiarare non fondato il dubbio di costituzionalità dell'art. 152 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, che dava facoltà ai prefetti delle province di confine di allontanare, per motivi di ordine pubblico ed in caso di urgenza, mediante foglio di via obbligatorio, gli stranieri di cui all'art. 150 della stessa legge di pubblica sicurezza e respingere dalla frontiera quelli che non sapessero dare contezza di sé o fossero sprovvisti di mezzi, ha evidenziato le differenze fra la posizione del cittadino e quella dello straniero, non fosse altro per il fatto che il primo ha nello Stato un domicilio stabile, «sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso», ha diritto di risiedere nel territorio senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo, mentre il secondo «non ha, di regola, un diritto di ingresso e soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni e, per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone». Perciò, la norma impugnata non determina una violazione della libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., poiché nell'ambito di applicazione del suddetto parametro rientrano le limitazioni imposte dal legislatore alla libertà di circolazione dello straniero «a tutela di particolari interessi pubblici, quali i motivi di sanità e di sicurezza, intesa, quest'ultima come ordinato vivere civile» e «non v'è dubbio che la mancanza di mezzi di sussistenza da parte dello straniero costituisce una condizione tale da giustificare nei suoi riguardi oltre alla revoca del diritto di soggiorno anche la limitazione di soggiorno e l'imposizione di determinati itinerari in caso di allontanamento».

3.2. L'espulsione amministrativa

Con l'entrata in vigore della disciplina organica in materia di immigrazione, contenuta nella legge Turco-Napolitano e, poi, nel T.U. del 1998, è stata profondamente ridisegnata la normativa inerente all'allontanamento dello straniero extracomunitario. L'istituto centrale, al riguardo, è divenuto quello dell'espulsione, provvedimento che, a seconda dei casi, è di spettanza del ministro

dell'interno (per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato: art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998) ovvero del prefetto (art. 13, commi 2 e seguenti). L'espulsione prefettizia rappresenta – insieme con il respingimento alla frontiera – il canale «normale» attraverso il quale lo straniero viene allontanato dal territorio. In ragione di ciò, non può stupire che, proprio su questo tipo di espulsione, la giurisprudenza (costituzionale ed ordinaria) abbia avuto modo di pronunciarsi ripetutamente, su un gran numero di profili, sovente resi problematici anche dall'evoluzione legislativa che l'istituto ha conosciuto.

3.2.1. L'impugnazione del provvedimento espulsivo

Con la **sentenza n. 161 del 2000** la Corte ha respinto il dubbio di legittimità di quella parte dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998 che non consente al giudice che decide dell'opposizione all'espulsione di sospendere, in via cautelare, l'efficacia del provvedimento impugnato. Posto che il procedimento avverso il decreto prefettizio di espulsione è caratterizzato da particolare speditezza e che la sospensione è una forma di tutela cautelare, anticipatoria dell'esito della decisione, la necessità di quest'ultima viene meno quando sia la stessa legge ad imporre che la pronuncia definitiva intervenga entro un breve termine dalla formulazione della domanda, come nel caso di specie, ove è stabilito che la decisione del giudice deve avvenire entro dieci giorni dal deposito del ricorso. Quindi, non vi è lesione dell'art. 24 Cost., in quanto si garantisce comunque all'interessato di ottenere entro un certo giorno un provvedimento definitivo, senza far ricorso all'anticipazione degli effetti della pronuncia di merito. Chiaro è, prosegue la Corte, che la tutela cautelare anticipatoria sarà sempre possibile «allorché, patologicamente deviando dallo schema normativo astratto, il procedimento non possa concludersi nei dieci giorni fissati».

La eccessiva brevità del termine di dieci giorni suindicato è stata, invece, contestata dai rimettenti della questione decisa con la **ordinanza n. 485 del 2000**, che alla sentenza n. 161 si richiama. Alla luce del principio secondo il quale «la congruità di un termine deve essere valutata comparando l'interesse di chi sia gravato dall'onere di rispettarlo con quello, generale, al sollecito compimento dell'atto processuale», la Corte ha concluso che il termine di dieci giorni appare adeguato, «poiché la necessità di una sollecita definizione del procedimento di impugnazione risponde all'interesse generale di un efficace controllo

dell'immigrazione da Paesi extracomunitari», mentre la impossibilità, lamentata dai rimettenti, di assumere informazioni o svolgere accertamenti medici in quel termine «costituisce una difficoltà di mero fatto».

La pronuncia prosegue escludendo anche la denunciata disparità fra extracomunitari in possesso di un permesso di soggiorno scaduto e non rinnovato e quelli privi dello stesso, «non essendo condivisibile l'assunto dal quale muove il rimettente, secondo cui l'espulsione sarebbe prevista dall'art. 13 del [...] d.lgs. n. 286 al solo fine di tutelare la sicurezza pubblica», laddove, viceversa, detta espulsione «è preordinata ad assicurare una razionale gestione dei flussi di immigrazione nel nostro Paese», con la conseguenza che «non è implausibile l'equiparazione operata dal legislatore [...] fra stranieri privi di permesso, per non averlo mai ottenuto, e stranieri il cui permesso sia scaduto senza essere rinnovato».

Aderendo alla motivazione della ordinanza n. 485 la Cassazione, con la sentenza **Cass. sez. I, n. 15414 del 2001**, qualifica il decreto di espulsione come “atto vincolato”, da emettersi, cioè, quando ricorrono le ipotesi di cui all'art. 13, comma 2, del T.U., e destinato a gestire i “flussi migratori”, con la conseguenza che tutte le valutazioni relative all'ordine pubblico, alla integrazione sociale, alle possibilità ed attività di lavoro attengono al procedimento di concessione e/o rinnovo del permesso, il cui controllo compete al giudice amministrativo, e qualora – come nella specie – non sia stato richiesto il rinnovo, «non può essere presa in esame, dal giudice dell'opposizione a decreto d'espulsione, la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5.5 d.lgs. n. 286/98». Inoltre, prosegue la pronuncia, poiché l'opposizione non ha effetto sospensivo, decorso il termine di legge l'espulsione è eseguita coattivamente dal questore e, conformemente al *dictum* della sentenza costituzionale n. 161 del 2000, «il giudice dell'opposizione è privo di poteri cautelari e non può sospendere l'intimazione del questore, che dà inizio alla fase esecutiva [...] dell'espulsione».

Ciò, del resto, è coerente con le esigenze di celerità – «particolari rispetto ai normali procedimenti amministrativi» – che connotano il procedimento espulsivo, come si desume dai tempi brevissimi previsti per la fase giudiziaria, dalla esclusione di forme di tutela cautelare e dalla esecuzione normalmente immediata (**Cass. sez. I, n. 12795 del 2001**).

Anche nel caso in cui il decreto espulsivo consegua all'inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore, il giudice dell'opposizione non può, secondo **Cass. sez. I n. 1518 del 2008**, accertare i vizi di tale ordine, ma deve limitarsi a verificare l'esistenza di una legittima intimazione o l'inesistenza di giustificati motivi per l'inottemperanza.

Posto che, secondo la disciplina di cui all'art. 13, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 286 del 1998, l'espulsione è disposta quando lo straniero, a vario titolo, è privo del permesso di soggiorno, o perché si è trattenuto nel territorio senza averlo richiesto nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, o perché il permesso è stato revocato o annullato oppure è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, in sede di opposizione «è onere dell'interessato che voglia dimostrare il fatto impeditivo di aver fatto richiesta tempestiva del permesso (o di non averla potuta effettuare per ragioni di forza maggiore), allegare o esibire la relativa documentazione, quale, ad esempio, il proprio passaporto con il timbro d'ingresso e la ricevuta del questore comprovante l'avvenuta richiesta del permesso» (**Cass. sez. I, n. 25360 del 2006**); e, al fine di verificare la decorrenza del termine per la richiesta del titolo di soggiorno, incombe sempre sullo straniero, colto in Italia, senza permesso, l'onere di provare la data di ingresso nel territorio nazionale (*idem*).

Nella giurisprudenza costituzionale, interessante appare anche la **ordinanza n. 165 del 2001** (ribadita dalla successiva **ordinanza n. 257** dello stesso anno), relativa alla legittimità dell'art. 13, commi 13 e 14, del d.lgs. n. 286. La disciplina in esame stabilisce che lo straniero espulso non può rientrare nel territorio italiano per un periodo di cinque anni, o per il diverso lasso di tempo determinato dal giudice con il provvedimento che decide sul ricorso avverso il provvedimento di espulsione. Secondo la Corte, il presupposto ermeneutico da cui prende le mosse il rimettente – la norma riconoscerebbe al giudice detto potere solo nel caso in cui debba decidere sul ricorso avverso il provvedimento espulsivo, escludendolo in caso di impugnazione del solo provvedimento relativo alla durata del divieto di reingresso – è errato, poiché il complesso delle disposizioni in esame presuppone, in realtà, «la possibilità di un'ampia tutela giurisdizionale contro il decreto di espulsione e le intimazioni e prescrizioni, comunque connesse, contenute nello stesso», tra cui il divieto di rientrare nel

territorio dello Stato, da cui «risulta evidente il disegno legislativo di concentrare la tutela giurisdizionale attraverso una tempestiva impugnazione del decreto di espulsione, anche riguardo alle prescrizioni consequenziali previste dalla norma».

Peraltro, successivamente alle pronunce in oggetto, il legislatore ha modificato la disciplina *de qua*, stabilendo, all'art. 12 della legge n. 189 del 2002, che la facoltà di riduzione del termine fissato *ex lege* concernente il divieto di reingresso in Italia dello straniero espulso non compete più al giudice ma solo al prefetto in sede di determinazione iniziale dell'espulsione (la Corte di cassazione ne prende atto, ad esempio nella sentenza **sez. I, n. 6080 del 2005**).

3.2.2. La convalida del provvedimento di espulsione

La disciplina originaria della procedura di convalida dei provvedimenti espulsivi contenuta nel d.lgs. n. 286 del 1998 è oggetto della **sentenza n. 105 del 2001**, con cui è stata giudicata non fondata la questione di legittimità dell'art. 13, commi 4, 5 e 6 e dell'art. 14, comma 4, del d.lgs. citato, considerati dal rimettente lesivi dell'art. 13 Cost. poiché oggetto di convalida sarebbe solo il provvedimento che dispone il trattenimento presso un centro di permanenza temporanea e non la misura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. La Corte ha *in primis* provveduto ad una ricostruzione della disciplina dell'espulsione amministrativa, disposta con decreto motivato ed eseguita o mediante intimazione a lasciare il territorio dello Stato o mediante accompagnamento alla frontiera, quando lo straniero si sia trattenuto indebitamente nel territorio oltre il termine fissato con l'intimazione e quando il prefetto ritenga che sussista un concreto pericolo che lo straniero si sottragga all'esecuzione del provvedimento; avverso il provvedimento di espulsione del prefetto è ammesso ricorso al giudice ordinario. Quando non sia possibile eseguire con immediatezza il provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto presso il centro di permanenza temporanea più vicino, con provvedimento che deve essere convalidato dall'autorità giudiziaria, pena l'inefficacia. Le censure secondo cui il giudice della convalida non potrebbe estendere la propria valutazione all'accompagnamento non possono essere condivise, sia sulla base del dato testuale – l'art. 14, comma 4, stabilisce che il giudice convalida solo “ove ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 13”, che regola l'accompagnamento alla frontiera, e l'art. 14, comma 3, dispone che il

questore del luogo in cui si trova il CPT trasmetta al giudice copia degli “atti”, non solo, quindi, il provvedimento di trattenimento – sia sulla base di considerazioni di ordine sistematico circa la funzione della misura del trattenimento nel procedimento di espulsione, trattenimento che costituisce la modalità organizzativa prescelta per rendere possibile l’accompagnamento: «il decreto di espulsione con accompagnamento [...] rappresenta quindi il presupposto indefettibile della misura restrittiva e, in quanto tale, non può restare estraneo al controllo dell’autorità giudiziaria».

A tale pronuncia hanno, poi, fatto seguito numerose ordinanze di manifesta infondatezza (n. **188, 177, 176, 170, 148, 44 e 35 del 2002**, n. **386, 385 e 298 del 2001**).

In seguito, la disciplina del d.lgs. n. 286 del 1998 è mutata. Di interesse appare, sul punto, la **sentenza n. 222 del 2004** che ricostruisce nel dettaglio la normativa e la sua evoluzione: posto che l’espulsione amministrativa è solo uno dei tre tipi di espulsione contemplati dalla legge, ossia quello ordinato dall’autorità di pubblica sicurezza nei confronti dello straniero entrato clandestinamente nel territorio o trattenutosi senza permesso di soggiorno, e che il sistema originario del d.lgs. n. 286 stabiliva che detta espulsione avveniva, di regola, mediante intimazione del questore a lasciare il territorio e eccezionalmente mediante accompagnamento alla frontiera, e lo straniero poteva presentare ricorso contro il decreto espulsivo al tribunale in composizione monocratica (e al Tar del Lazio se il provvedimento era stato emanato dal Ministro dell’interno per motivi di ordine pubblico), le regole sono state modificate dalla legge n. 189 del 2002, secondo cui l’espulsione viene disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame, e deve essere sempre eseguita mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, salvo il caso dello straniero che si trattienga nel territorio con permesso di soggiorno scaduto da più di sessanta giorni e non rinnovato. Laddove non sia possibile eseguire immediatamente l’espulsione mediante accompagnamento, lo straniero è trattenuto presso un centro di permanenza temporanea e, se anche ciò non è attuabile, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio entro cinque giorni, pena l’arresto da sei mesi ad un anno. Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, sono previste sia l’impugnativa del decreto espulsivo, sia la

convalida del provvedimento del questore di trattenimento presso un centro di permanenza temporanea nonché, *ex lege* n. 106 del 2002, del provvedimento di accompagnamento alla frontiera. Peraltro, secondo il rimettente, il procedimento di convalida, così come strutturato, si porrebbe in contrasto con l'art. 13 Cost., poiché, non prevedendo alcuna audizione dell'interessato ed intervenendo su un provvedimento di espulsione immediatamente esecutivo e non sospendibile dal giudice, prevederebbe una restrizione della libertà personale senza rendere possibile un effettivo e preventivo controllo della legittimità del provvedimento. La Corte ha accolto le censure, richiamandosi al precedente di cui alla sentenza n. 105 del 2001, nella quale si era affermato che l'accompagnamento alla frontiera investe la libertà personale e deve, pertanto, essere assistito dalle garanzie dell'art. 13 Cost., al pari del trattenimento presso un CPT: il procedimento regolato dall'art. 13 comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 vanifica la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., poiché il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida e lo straniero è allontanato coattivamente dal territorio senza che il giudice si sia potuto pronunciare sul provvedimento restrittivo della libertà personale; inoltre, è violato anche il diritto di difesa, perché la norma non prevede l'audizione dello straniero da parte del giudice.

Nella giurisprudenza di legittimità si forma, ben presto, un orientamento che si uniforma al *dictum* della Consulta. Partendo dal presupposto, su cui ci si è già soffermati, che il trattenimento presso un CPT è misura che incide sulla libertà personale, che trova limite e giustificazione nell'art. 13 Cost., e che deve, pertanto, essere assistito dalle garanzie in esso previste, la **Cass. sez. I n. 10559 del 2004** ha concluso che il giudice investito del potere di convalida dell'ordine con cui il questore ha disposto il trattenimento ha il dovere di esercitare un rigoroso controllo del titolo di privazione della libertà personale e, quindi, del presupposto dell'espulsione, costituito dall'espulsione prefettizia, perché, se è vero che, con il precedente di cui alla sentenza **sez. I, n. 5918 del 2002**, la Corte di legittimità ha circoscritto il diritto a ricorrere per cassazione avverso il decreto di convalida dell'ordine di trattenimento “alle ragioni riguardanti i presupposti, la durata e il procedimento relativi alla misura nonché a quelle poste alla base dell'altra (e successiva) dell'accompagnamento dello straniero alla frontiera, onde non sono deducibili ragioni attinenti il provvedimento espulsivo”, ciò non

significa che si sia inteso «escludere il controllo sull'esistenza (materiale e giuridica) del provvedimento espulsivo che rimane il primo dei presupposti la cui verifica è dovere officioso del giudice, in considerazione dell'incidenza che il trattenimento ha sulla libertà personale». Al contrario, prosegue la Cassazione, l'esistenza di tale provvedimento, che non può essere rimessa alla semplice enunciazione dell'amministrazione, «costituisce il *prius* logico-giuridico del trattenimento che, senza di esso, si rivelerebbe del tutto ingiustificato e carente di titolo, sì da comportare la sua mancata convalida».

Analogamente, la sentenza **Cass. sez. I, n. 16206 del 2004** testualmente stabilisce che l'esame del giudice in sede di convalida non può limitarsi alla sussistenza di un decreto di espulsione con accompagnamento alla frontiera e dei presupposti per il trattenimento, ma deve estendersi «anche agli atti presupposti al provvedimento di trattenimento», con la conseguenza che la convalida può essere negata «sia per la insussistenza delle condizioni previste per il trattenimento, sia per la illegittimità degli atti presupposti, e cioè del decreto di espulsione o dell'accompagnamento». In definitiva, si legge in **Cass. sez. I, n. 3268 del 2006**, il giudice della convalida deve verificare «che vi sia stato un provvedimento espulsivo e che esso sia efficace».

Sul tema della competenza a pronunciare la convalida dei provvedimenti di accompagnamento alla frontiera, si è espressa **l'ordinanza n. 109 del 2006**. I Giudici costituzionali hanno ritenuto manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998, considerato irragionevole dal rimettente in quanto attribuisce detta competenza al giudice di pace, nonostante quest'ultimo non possa pronunciarsi in materia di restrizione della libertà personale. Secondo la Corte, «il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* è implausibile, giacchè il provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, sebbene inerisca alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica le restrizioni della libertà personale [...], costituisce pur sempre una modalità esecutiva, adottata dall'autorità di pubblica sicurezza, dell'espulsione amministrativa e non può, dunque, per natura e funzione, essere assimilata alle misure pre-cautelari e cautelari penali» che sono escluse dalla competenza dei giudici di pace. Conseguentemente, «la scelta di attribuire al giudice di pace la

competenza sul giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera rientra comunque nell'esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa».

L'art. 14, comma 5-*bis*, del medesimo d.lgs. n. 286 del 1998 è al centro dell'**ordinanza n. 280 del 2006**, che ha concluso per la manifesta infondatezza delle censure rivolte alla norma laddove consente al questore di dare immediata esecuzione al decreto di espulsione mediante intimazione allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni, senza che sia prevista alcuna tutela giurisdizionale. A giudizio della Corte, le differenze di disciplina che caratterizzano l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera (che deve essere convalidato dal giudice di pace ed è davanti a questo impugnabile) e mediante intimazione sono giustificate dalla diversità oggettiva delle due modalità: «la previsione del procedimento di convalida», nel primo caso, è legata al fatto che i provvedimenti «incidono sulla libertà personale dei destinatari e, pertanto, devono essere assistiti dalla garanzia di cui all'art. 13 della Costituzione», mentre l'espulsione con intimazione «incide solo sulla libertà di circolazione» e non direttamente «sulla libertà personale [...], atteso che l'autorità di polizia non può esercitare alcuna forma di coazione fisica al fine di ottenerne l'adempimento».

Alle stesse conclusioni, e con le stesse motivazioni, è pervenuta anche l'**ordinanza n. 228 del 2007**.

Interessante è anche la giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. "automatismo espulsivo". L'**ordinanza n. 146 del 2002**, (alla quale ha fatto seguito l'**ordinanza n. 200** dello stesso anno), ha stabilito che la previsione, contenuta nell'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, a norma della quale il prefetto deve disporre automaticamente l'espulsione dello straniero, una volta accertati i presupposti previsti, «altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa»; non bisogna, inoltre, dimenticare che le ragioni umanitarie e solidaristiche, che secondo il rimettente dovrebbero guidare la decisione dell'autorità amministrativa, sono sufficientemente tutelate dall'art. 19 dello stesso d.lgs., che contempla svariate

ipotesi di divieto di espulsione, soddisfacendo «l'esigenza che siano tutelate particolari "situazioni personali" senza tuttavia abdicare al principio di legalità, il quale soltanto può assicurare un ordinato flusso migratorio».

Sulla stessa problematica (e sulla stessa norma) ritorna anche **l'ordinanza n. 463 del 2005**, che ha ribadito il medesimo orientamento in relazione all'automatica espulsione dello straniero che, entrato legittimamente nel territorio dello Stato, abbia omesso di richiedere il permesso di soggiorno nel termine prescritto. Posto che detta previsione è solo un riflesso del principio di stretta legalità, non possono essere messe a confronto le due situazioni accostate dal rimettente, ossia la omessa presentazione della richiesta di permesso e la tardiva presentazione della domanda di rinnovo, essendo diverse la rilevanza dell'obbligo rimasto inadempito – poiché nel secondo caso vi è già stato un esame positivo dell'autorità amministrativa circa la condizione personale dello straniero – nonché la tipologia di violazione, perché nell'un caso si discute della tardiva domanda di rinnovo e nell'altro della totale omissione della richiesta di permesso. Così, la scelta operata dal legislatore con la norma contestata rappresenta una non irragionevole espressione della discrezionalità che gli compete nella regolamentazione del fenomeno dei flussi migratori.

Sul punto, la giurisprudenza di Cassazione ripetutamente afferma che l'espulsione discende «con carattere di automaticità dalla ricorrenza delle ipotesi di entrata clandestina e di trattenimento illegale di cui alle lettere a) e b) del comma 2 dell'art. 13 del T.U.» (**Cass. sez. I, n. 3262 del 2004**; con le stesse parole si è espressa anche **sez. I, n. 2865 del 2005**), con esclusione «di qualsivoglia potere discrezionale del prefetto al riguardo» (**Cass. sez. I, n. 6670 del 2006**; prima, tra le altre, **sez. I, n. 16514 del 2003**) e «senza che assumano alcun rilievo [– nell'ipotesi di trattenimento illegale –] né la circostanza che lo straniero sia entrato regolarmente in Italia, né che vi svolga attività lavorativa, in assenza dell'attivazione della specifica procedura di sanatoria» (**Cass. sez. I, n. 25360 del 2006**).

Questa rigorosa normativa, si legge ancora nella **sentenza n. 3262 del 2004**, rappresenta la traduzione di scelte, comuni ai paesi dell'Unione Europea, «di salvaguardia della regolamentazione di "flussi di ingresso" in una logica di attribuzione dei diritti nella misura consentita dalle possibilità di occupazione».

L'automaticità è significativamente esclusa solo per l'ipotesi di tardiva presentazione della domanda di rinnovo del titolo di soggiorno (tra le altre, le già citate **Cass. sez. I, n. 3262 del 2004, sez. I, n. 2865 del 2005, sez. I n. 25360 del 2006**): in questo caso, secondo **Cass. sez. I, n. 23215 del 2005**, «essendo la concessione del permesso soggetta a procedura amministrativa su domanda e su istruttoria documentale (i cui tempi e la cui durata sono, pertanto, rimessi alla discrezionalità dell'amministrazione), l'unico onere gravante sullo straniero è quello di presentazione della richiesta di rinnovo, mentre, sino alla decisione sulla sua domanda, nessun provvedimento espulsivo può legittimamente essere adottato» (negli stessi termini, **sez. I, n. 8044 del 2002**).

A tal proposito, se è vero che, quando il permesso è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, l'espulsione è atto dovuto, «restando escluse necessità ed ammissibilità di una indagine ulteriore diretta a verificare caso per caso la sussistenza di ragioni giustificative ulteriori» (**Cass. sez. I, n. 9088 del 2003**, ma anche **sez. I, n. 5051 del 2002, n. 15414 del 2001**), ciò non significa che non possa – e non debba – distinguersi tra la posizione di chi abbia omesso di richiedere il rinnovo e chi lo abbia chiesto dopo la scadenza del termine, poiché «un'interpretazione costituzionalmente orientata permette [...] di escludere che il mero ritardo possa, di per sé solo, fondare il rifiuto del rinnovo, occorrendo tenere conto dell'eventuale incidenza sulla tardiva presentazione della richiesta di una situazione di forza maggiore». Pertanto, nel caso di ritardo, l'espulsione può essere disposta solo se la richiesta di rinnovo venga respinta, per sopravvenuta mancanza dei requisiti di legge; viceversa, nell'ipotesi in cui lo straniero non abbia avanzato richiesta di rinnovo, «resta esclusa l'ammissibilità di indagini rivolte ad accertare l'esistenza di ragioni giustificative del provvedimento espulsivo».

In tempi recenti, la Consulta è stata chiamata ad esprimersi sull'espulsione deliberata dal Ministro dell'interno o dal Prefetto per sua delega, per ragioni di terrorismo. I Giudici costituzionali, con la **sentenza n. 432 del 2007**, dichiarando non fondata la questione concernente l'art. 3, comma 4, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155, che esclude la sospensione dell'esecuzione del suddetto provvedimento per la mera presentazione del ricorso tribunale amministrativo,

rilevano che «ciò che il rimettente segnala come un'anomalia degna di attenzione sotto il profilo della legittimità costituzionale è, in realtà, la caratteristica di tutti i provvedimenti amministrativi, la cui efficacia non è sospesa – salva esplicita previsione legislativa – per il semplice fatto della proposizione di un ricorso in sede giurisdizionale».

3.3. L'espulsione «su richiesta» dello straniero sottoposto a misura cautelare o condannato con sentenza definitiva

In due **sentenze** del **1994**, la n. **62** e la n. **283**, la Corte si è occupata della disciplina dell'espulsione dello straniero sottoposto a misura cautelare o condannato con sentenza definitiva *ex* decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, nel testo integrato con gli emendamenti aggiuntivi introdotti dal decreto-legge 14 giugno 1993, n. 187, convertito, con modificazioni, nella legge 12 agosto 1993, n. 296.

In discussione è il potere del giudice procedente di disporre, su richiesta dell'interessato o del suo difensore, l'immediata espulsione nello Stato di appartenenza o in quello di provenienza, degli stranieri extracomunitari sottoposti a custodia cautelare per uno o più delitti diversi da quelli di cui all'art. 275, terzo comma, cod. proc. pen. ovvero condannati con sentenza passata in giudicato ad una pena non superiore a tre anni di reclusione.

Posto che «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero», la **sentenza n. 62** specifica che, per quanto concerne il particolare profilo in esame, «la posizione dello straniero si rivela del tutto peculiare e non comparabile [...] con quella del cittadino, poiché l'espulsione è una misura riferibile unicamente allo straniero e in nessun caso estensibile al cittadino» e la peculiarità «ha una ragione nel rilievo [...] secondo il quale la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione», ponderazione che compete in via primaria al legislatore, salvo il limite della non manifesta irragionevolezza.

Nella specie, la previsione dell'espulsione per gli stranieri sottoposti a custodia cautelare configura un'ipotesi di sospensione della custodia in carcere, così come l'espulsione del condannato in via definitiva costituisce una causa di sospensione dell'esecuzione della pena, «giustificata essenzialmente dall'interesse pubblico di ridurre l'enorme affollamento carcerario, di per sé difficilmente compatibile con un efficace perseguimento della funzione rieducativa della pena, e di allontanare dal territorio stranieri sottoposti a procedimento penale». Questa previsione, mentre non modifica la posizione dello straniero di fronte all'ordinamento penale, risulta connotata da cautele e limiti normativi che ne circoscrivono la possibilità di applicazione; inoltre, non impone al giudice di ordinare l'espulsione, ma gli attribuisce il potere di decidere discrezionalmente, valutate le informazioni di polizia, accertato il possesso del passaporto o di documento equipollente, sentito il pubblico ministero e le altre parti. Perciò, il complesso normativo in cui si colloca la norma censurata consente di ritenere non arbitraria la scelta legislativa di permettere la sospensione dell'esecuzione della misura custodiale o della pena, contestualmente all'allontanamento definitivo dello straniero dal territorio dello Stato.

Sulla stessa linea si è collocata la **sentenza n. 283**, che ha ribadito le motivazioni del precedente appena analizzato.

Chiaro è, secondo la Corte di cassazione, che l'espulsione *de qua* si riferisce solo allo straniero, con la conseguenza che non può essere richiesta dal cittadino italiano che posseda anche la cittadinanza di un altro Stato (**Cass. sez. I, n. 5436 del 1996**). Inoltre, non può far ricorso a detto istituto neppure lo straniero comunitario, poiché l'espulsione contrasterebbe con il diritto di libera circolazione nello Stato che allo stesso deve essere riconosciuto (**Cass. sez. I, n. 855 del 1997**; anche **sez. VI, n. 1052 del 1996**; sul punto, si veda, peraltro, il paragrafo sull'allontanamento del cittadino comunitario): «appare indubbio – si legge nella sentenza n. 855 del 1997 – che la legge sia intervenuta con l'intento [...] di disciplinare l'asilo politico, l'ingresso ed il soggiorno dei cittadini extracomunitari, nonché di regolarizzarne la posizione»; ciò non può valere per i cittadini comunitari, «in quanto i trattati europei non solo consentono la libera circolazione, ma vietano l'adozione di norme che discriminino tra cittadini italiani

– che non possono essere espulsi – e di altri paesi aderenti alla Comunità europea».

Il giudice, dopo aver valutato la sussistenza dei requisiti di legge, decide discrezionalmente se applicare allo straniero la misura in oggetto. Se si tratta di straniero sottoposto a misura cautelare, l'unica valutazione concerne il titolo di reato per il quale è disposta la custodia, con la conseguenza che il giudice non può prendere in considerazione parametri diversi come la gravità del fatto o l'entità della pena inflitta (**Cass. sez. I, n. 5664 del 1995**); viceversa, quando si tratti di straniero già condannato in via definitiva, l'unico elemento di giudizio è costituito dall'entità della pena detentiva da scontare e ciò, secondo **Cass. sez. I, n. 771 del 1995**, «non può ritenersi irragionevole o arbitrariamente discriminatorio, apparendo, al contrario, del tutto logico», e conforme alle diverse situazioni giuridiche che scaturiscono da condanna definitiva, «assegnare determinante rilievo alla misura della sanzione irrogata piuttosto che all'astratto titolo delittuoso».

Ciò vale sempre che il giudice non rilevi la sussistenza di “inderogabili esigenze processuali”, da accertare caso per caso (**Cass. sez. I, n. 6388 del 1998**). A tal proposito, la Suprema corte ha affermato che le esigenze processuali non debbono essere confuse con le esigenze cautelari; di conseguenza, non impedisce l'espulsione in oggetto il pericolo di reiterazione di condotte criminose dello stesso tipo di quella per cui si procede, che ha natura extraprocessuale e riguarda non il processo ma la condotta futura dell'imputato (**Cass. sez. I, n. 1827 del 1995**). Viceversa, qualora lo stato di libertà dell'imputato possa sicuramente rappresentare un ostacolo al corretto svolgersi del processo formativo della prova ed alla conservazione della stessa, deve ritenersi legittimo il diniego del provvedimento espulsivo, per l'esistenza di inderogabili esigenze processuali, «poiché è correttamente ravvisata l'assoluta necessità di evitare i rischi concreti attinenti alla completa salvaguardia del potenziale probatorio, inquinabile attraverso interventi impeditivi dell'imputato» (**Cass. sez. III, n. 2503 del 1995**).

Tra le condizioni per l'espulsione dello straniero “su richiesta” vi è anche il possesso del passaporto o di documento equipollente, da intendersi, secondo **Cass. sez. VI, n. 5189 del 1998**, come «un documento che adempia, sulla base di convenzioni internazionali, alle funzioni di identificare, sino a prova contraria, il

suo titolare, di consentirne l'ammissione in Italia e di garantirne la riammissione nello Stato che lo ha rilasciato»: tale non è, per esempio, l'estratto dei registri dello stato civile emesso dal paese di appartenenza a fini esclusivamente interni.

Sempre sull'espulsione dello straniero sottoposto a misura cautelare si ricorda, nella giurisprudenza costituzionale, la **sentenza n. 290 del 1995**, secondo la quale il fatto che detta espulsione «sia subordinata alla richiesta dell'interessato o del suo difensore non costituisce un arbitrario elemento di favore nei confronti dello straniero, ma rappresenta [...] un requisito diretto ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prendere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale»: pertanto, la mancata previsione che l'espulsione possa essere chiesta anche dal pubblico ministero, mentre trova una razionale giustificazione nella complessiva configurazione data alla espulsione dall'art. 7, comma 12-*bis* e 12-*ter*, come sospensione dell'esecuzione della custodia cautelare o della espiazione della pena, non può ritenersi irragionevole neppure rispetto alla disciplina dell'espulsione disposta dall'autorità amministrativa, essendo diversi i presupposti dei provvedimenti espulsivi.

L'istituto dell'espulsione su richiesta dello straniero è stato, poi, abrogato dal d.lgs. n. 286 del 1998: secondo la Corte di cassazione, però, tale abrogazione non comporta «la caducazione degli effetti (“sospensivo” dei termini di custodia cautelare e dell'esecuzione della pena e “ripristinatorio” dello stato di detenzione in caso di rientro nel territorio dello Stato dello straniero espulso) conseguenti *ex lege* alla esecuzione dell'espulsione disposta in conformità della previgente disciplina» (**Cass. sez. I, n. 33402 del 2001**). Ciò accade «sia per l'effetto, favorevole al condannato, sospensivo dell'esecuzione della pena – che altrimenti [...] dovrebbe essere riattivata, non potendosi in alcun modo considerare estinta ed essendo l'art. 673 c.p.p. applicabile solo in caso di abrogazione di norme incriminatrici – sia per quello sfavorevole ripristinatorio dello stato di detenzione» (**Cass. sez. I, n. 47237 del 2004**).

Sulla distinzione fra espulsione quale misura di sicurezza ed espulsione quale misura di polizia insiste la Corte costituzionale nella **sentenza n. 129 del 1995**, in cui viene analizzata quella parte dell'art. 7, comma 1, del decreto-legge n. 416 del 1989, convertito nella legge n. 39 del 1990, che obbliga il prefetto ad

espellere lo straniero cui sia stata inflitta una pena criminale in forza di sentenza di patteggiamento. Secondo il rimettente, il coordinamento fra le due forme di espulsione, entrambe regolate dal citato art. 7, produrrebbe «una nuova ipotesi di “accavallamento” », poiché, non potendo il giudice penale applicare la misura di sicurezza dell’espulsione in presenza di una sentenza di patteggiamento, dovrebbe surrogarlo il prefetto. In realtà, osserva la Corte, «la ripartizione “topografica” dell’espulsione, disciplinata dall’impugnato art. 7, fra il primo comma (... misura di sicurezza) e gli altri (ove è misura amministrativa, di polizia), comporta anche l’invalidità di quel recinto da parte delle diverse autorità preposte all’applicazione delle rispettive misure espulsive», considerata la «diversità strutturale, ontologica, fra le due misure, quale discende dalle due autorità statuali cui è attribuita la loro applicazione, sì che l’inapplicabilità di una di esse [...] non consente la surroga da parte dell’autorità non competente».

Affermazioni particolarmente rilevanti sono contenute nella **sentenza n. 34 del 1995**, con cui è stato giudicato in contrasto con l’art. 25, secondo comma, Cost., l’art. 7-*bis*, comma 1, del predetto decreto-legge n. 416 del 1989, nella parte in cui punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adoperava per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente. Si legge in motivazione che «l’espressione, impiegata dal legislatore, di “non adoperarsi per ottenere il rilascio del documento di viaggio”, in mancanza di precisi parametri oggettivi di riferimento diversi da mere sinonimie lessicali, impedisce di stabilire con precisione quando l’inerzia del soggetto che si sia intesa sanzionare raggiunga la soglia penalmente apprezzabile»: ciò non solo pone il destinatario del precetto nell’impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare le conseguenze della sua inosservanza, ma anche «non consente all’interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nella operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa». Non risulta, così, possibile stabilire «né il grado dell’inerzia punibile, né il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal legislatore debba essere compiuta, elementi, questi, indispensabili per la realizzazione del reato di omissione»; inoltre, neppure la valorizzazione dell’elemento finalistico risulta idonea a delimitare la condotta dell’adoperarsi, «giacché la natura omissiva del reato non consente di prestabilire

una relazione causale tra condotta e finalità: al di fuori e prima dell'ottenimento del documento è indeterminata e potenzialmente illimitata la serie dei comportamenti che possono dirsi non orientati a quel fine».

3.4. L'espulsione come misura di sicurezza e come sanzione alternativa alla detenzione

Il Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in particolare l'art. 86, primo comma, è al centro della **sentenza n. 58 del 1995**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'obbligo del giudice di emettere, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, eseguibile a pena espiata. Configurata come misura di sicurezza, l'espulsione del condannato straniero va inquadrata nell'ordinamento penale, nel quale «vige il principio che “tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa” »: perciò, un'ipotesi di presunzione *ex lege* della qualità di persona socialmente pericolosa, come configurata nella interpretazione data alla norma contestata dalla Corte di cassazione, va sottoposta ad uno scrutinio di costituzionalità rigoroso, considerato che le misure di sicurezza personali comportano, comunque, limitazioni o privazioni della libertà personale. Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte determina l'obbligo per il giudice di applicare automaticamente l'espulsione, in presenza delle menzionate condizioni, senza che gli sia consentito l'accertamento della effettiva sussistenza del requisito della pericolosità sociale del condannato, con l'ulteriore conseguenza che al giudice è preclusa la concessione della sospensione condizionale della pena: così, l'art. 86 contestato «non contiene, per chi abbia commesso i reati ivi indicati, altro presupposto legale, per la determinazione presuntiva della pericolosità sociale del soggetto, che il fatto della condizione di straniero del condannato». L'irragionevolezza di tale previsione è ancor più evidente se si considera che l'applicazione automatica dell'espulsione e la preclusione della concessione della sospensione condizionale «frappongono ingiustificati ostacoli, non soltanto alla libertà personale, ma anche alle possibilità di sviluppo della

personalità del condannato in vista dell'eventuale superamento della sua condizione come soggetto socialmente pericoloso».

A tale pronuncia hanno fatto seguito numerose sentenze della Corte di cassazione, che, richiamando adesivamente il precedente costituzionale, hanno affermato che «qualora lo straniero sia condannato per reati di spaccio di sostanze stupefacenti, il giudice di merito ha il dovere di accertare in concreto, non sussistendo – a seguito della sentenza costituzionale n. 58 del 1995 – la presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per i suddetti reati, la presenza di tale pericolosità» (**Cass. sez. VI, n. 26096 del 2004**; per il caso di patteggiamento allargato, **sez. IV, n. 42317 del 2004 e sez. IV, n. 46759 del 2007**). Detto accertamento deve essere compiuto, come per ogni misura di sicurezza, sulla base degli elementi indicati nell'art. 133 cod. pen., e congruamente motivato: qualora venga impugnata la sola disposizione della sentenza che concerne la misura di sicurezza, la competenza a giudicare spetterà non alla Corte di cassazione ma al Tribunale di sorveglianza, *ex art. 680, comma 2, cod. proc. pen.*

Chiaro è, prosegue la Suprema Corte, che detta misura di sicurezza, che va eseguita “a pena espiata”, non potrà essere applicata laddove al condannato sia stata concessa la sospensione condizionale della pena, «per il semplice motivo che l'esecuzione [...] presuppone l'avvenuta espiazione della condanna principale» (**Cass. sez. VI, n. 17183 del 2007**).

La giurisprudenza costituzionale si è pronunciata anche sull'istituto della espulsione dello straniero extracomunitario condannato a pena detentiva non superiore a due anni, che non debba essere sospesa, di cui all'art. 14 della legge 6 marzo 1998, n. 40, poi sostituito dall'art. 15 del d.lgs. n. 286 del 1998. Secondo la **ordinanza n. 369 del 1999**, tale istituto deve essere configurato non come una sanzione criminale, bensì come una misura amministrativa, vuoi per la lettera della norma, che qualifica l'espulsione come “misura”, vuoi per il fatto che l'esecuzione è affidata all'autorità amministrativa (a differenza dell'esecuzione della pena, promossa dal pubblico ministero), vuoi per il fatto che essa solo indirettamente riveste contenuto afflittivo, «posto che il suo effetto tipico si risolve nell'allontanamento dal territorio dello Stato di soggetti che vi sono entrati o vi si trattengono abusivamente, o che hanno tenuto condotte sintomatiche di

situazioni di pericolo per la pubblica sicurezza previste come tali dalla legge», vuoi, infine, per il fatto che l'art. 14, comma 1, richiama le condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa, «rendendo così evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica».

A questa ordinanza si richiama la successiva **n. 226 del 2004**, concernente l'espulsione, a titolo di sanzione alternativa alla detenzione, dello straniero che debba scontare una pena non superiore a due anni di reclusione o arresto, regolato dall'art. 16, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla legge n. 189 del 2002. Sottolineate le «rilevanti affinità» con l'espulsione di cui alla precitata ordinanza n. 369 del 1999, «va riconosciuta natura amministrativa anche alla espulsione prevista dall'art. 16, comma 5», posto che anche tale misura è subordinata «alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13, alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva, cosicché, nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni».

Ciò non toglie, continua la Corte, che l'istituto debba essere comunque assistito dalle garanzie che accompagnano l'espulsione *ex art.* 13 del d.lgs. n. 286 del 1998, tra cui il divieto di procedere all'espulsione dello straniero che si trovi in una delle condizioni indicate dall'art. 19, l'impugnabilità del decreto espulsivo e, in particolare per quanto concerne la misura in esame, l'opposizione al tribunale di sorveglianza.

La sentenza **Cass. sez. I, n. 4429 del 2006** ha qualificato la “sanzione sostitutiva” di cui all'art. 16 suddetto come «un'atipica misura alternativa alla detenzione e non [...] una “sanzione amministrativa” in senso tecnico, ai sensi e per gli effetti della l. 24 novembre 1981, n. 689», avverso la quale è ammessa opposizione dinanzi al Tribunale di sorveglianza: detta opposizione rappresenta, secondo la **sez. I, n. 15830 del 2004**, un autentico mezzo di gravame e, poiché il tribunale di sorveglianza, nelle materie di sua competenza, procede a norma dell'art. 666 cod. proc. pen., in virtù del richiamo operato dall'art. 678 dello stesso codice (tra le altre, **sez. I, n. 11643 del 2005**), non solo il giudizio deve svolgersi

nel contraddittorio orale fra le parti, previa fissazione dell'udienza camerale (**sez. I, n. 7144 del 2008**), ma nell'atto di impugnazione devono essere enunciati i motivi con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta (nuovamente **sez. I, n. 15830 del 2004**).

L'espulsione in oggetto ha la funzione di ridurre la popolazione carceraria (**Cass. sez. I, n. 20348 del 2006**), con la conseguenza che non è applicabile a coloro che siano stati ammessi alle misure alternative alla detenzione in senso proprio, quali l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare (**Cass. sez. I n. 518 del 2004**).

Secondo **Cass. sez. IV, n. 1471 del 2000**, mentre nel caso di straniero in posizione irregolare, l'interesse dello Stato alla espulsione può prevalere, entro un certo limite di pena e previa valutazione da parte del giudice, sull'interesse all'attuazione della pretesa punitiva, ciò non vale nell'ipotesi di straniero regolarmente soggiornante in Italia, con la conseguenza che appare razionale la scelta del legislatore di escludere per quest'ultimo l'applicazione della sanzione sostitutiva dell'espulsione e di ammettere, invece, l'applicazione dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza *ex art. 15 del T.U.*, in relazione alla quale rileva solo la pericolosità sociale del soggetto.

La giurisprudenza costituzionale si è occupata anche del dubbio di legittimità dell'art. 13, comma 3-*quater*, del d.lgs. n. 286 del 1998, in forza del quale, nel caso di avvenuta espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale, conseguente al rilascio del nulla osta, il giudice, se non è stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Con l'**ordinanza n. 143 del 2006** la questione è stata dichiarata manifestamente infondata: la dedotta violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost. – si legge in motivazione – correlata alla compromissione dell'aspettativa di proscioglimento nel merito, non sussiste in quanto «la declaratoria di improcedibilità per avvenuta espulsione è configurata dal legislatore come un “beneficio” per l'imputato, stante la rinuncia all'esercizio della potestà punitiva dello Stato»; in tale ottica, «è del tutto priva di fondamento la pretesa del rimettente di vedere rimosso, *sic et simpliciter* ed in termini generali, il “beneficio” dell'improcedibilità, in nome di un ipotetico ed astratto interesse

dell'imputato ad affrontare il processo al fine di conseguire un proscioglimento nel merito», interesse che l'imputato potrebbe non avere.

3.5. Le conseguenze dell'avvenuta espulsione

La disciplina sull'allontanamento dello straniero si collega ad alcune previsioni penalmente rilevanti. Sebbene non sia previsto (cfr. anche *infra*, par. 4), almeno allo stato, il reato di immigrazione irregolare, talune fattispecie di reato sono state inserite nel d.lgs. n. 286 del 1998, a marcare un particolare disvalore nella condotta dello straniero. Tra queste condotte, due, in special modo, sono state frequentemente oggetto di esame in giurisprudenza: trattasi di condotte che seguono ad una precedente espulsione, la cui esecuzione viene ingiustificatamente ignorata (nel reato di trattenimento in violazione dell'ordine di allontanamento), ovvero le cui conseguenze accessorie *pro futuro* vengono non osservate (nel reato di reingresso nel territorio dello Stato).

3.5.1. Il reato di trattenimento «senza giustificato motivo» nel territorio dello Stato

Una fattispecie criminosa più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale è quella prevista all'art. 14, comma 5-*ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998, aggiunto dall'art. 13, comma 1, della legge n. 189 del 2002, che, nella versione originaria, puniva con l'arresto da sei mesi ad un anno lo straniero che “senza giustificato motivo” si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore.

Di interesse è *in primis* la **sentenza n. 5 del 2004**, che ha affrontato, ritenendolo non fondato, il dubbio di costituzionalità investente in particolare la utilizzazione, nella descrizione della fattispecie, della locuzione “senza giustificato motivo”, considerata dal rimettente priva del requisito di necessaria determinatezza e, perciò, in contrasto con il principio di tassatività di cui all'art. 25 Cost.. La formula *de qua*, e le formule equivalenti quali “senza giusta causa”, “senza giusto motivo”, “arbitrariamente”, etc., compaiono frequentemente nel corpo delle norme incriminatrici, fungendo da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando, cioè, che la sanzione scatti allorché l'osservanza del precetto appaia inesigibile in concreto, anche al di fuori di vere e

proprie cause di giustificazione. Dette clausole hanno carattere necessariamente elastico, stante l'impossibilità per il legislatore di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l'inosservanza del precetto.

Il loro impiego non è, però, sempre legittimo sul piano costituzionale, occorrendo verificare se, nel singolo contesto, esse non pongano la norma incriminatrice in contrasto con il principio di determinatezza: tale verifica va condotta «non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce», in modo che il giudice sia messo nelle condizioni di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito assegnatogli.

Applicando questi criteri al caso di specie, la Corte conclude che «la valenza della clausola “senza giustificato motivo” riceve [...] adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta».

Sotto il primo profilo, la norma, mirando a rendere effettivo il provvedimento di espulsione, persegue l'obiettivo di «rimuovere situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato, nella cornice del più generale potere – che al legislatore compete – di regolare la materia dell'immigrazione, in correlazione ai molteplici interessi pubblici da essa coinvolti ed ai gravi problemi connessi ai flussi migratori incontrollati».

Sotto il secondo profilo, l'istituto si colloca in un quadro sistematico che vede regolati in modo diverso l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, per i quali l'espulsione o il respingimento sono preclusi, o di c.d. “migranti economici”, cui soli si applica la clausola in questione.

In tale prospettiva, la formula contestata ha riguardo «a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa». Il coordinamento della norma *de qua* con le altre disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998 e con gli ulteriori testi normativi concernenti lo straniero offre, poi, altri elementi per riempire di contenuti più precisi la clausola: così, ad esempio, i motivi che legittimano la pubblica amministrazione a

non procedere, in deroga al drastico imperativo di cui all'art. 13, comma 4, all'accompagnamento coattivo alla frontiera – necessità di soccorso, difficoltà nell'ottenimento dei documenti per il viaggio, indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo – «non possono non costituire sicuri indici di riconoscimento di situazioni nelle quali può ravvisarsi per lo straniero, la sussistenza di “giustificati motivi” per non ottemperare all'ordine del questore».

Sul tema la Corte è tornata con le **ordinanze n. 80 e 302 del 2004, n. 395 del 2005** e, soprattutto, con **l'ordinanza n. 386 del 2006**, nella quale, ribadendo il proprio orientamento, ha confermato che la clausola in oggetto è volta ad escludere la configurabilità del reato in presenza di situazioni che, senza integrare gli estremi delle cause di giustificazione, hanno però una significativa valenza: ciò vale, in considerazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, «quando l'inadempienza dipenda dalla condizione di assoluta impossidenza dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera e di acquistare il biglietto di viaggio, ovvero dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti». Sulla base di tale lettura, deve escludersi «che la norma incriminatrice si presti a reprimere anche inottemperanze dovute a situazioni di impossibilità incolpevole – oggettiva e soggettiva – di adempimento del precetto».

In tema di interpretazione della formula in esame copiosa è la giurisprudenza di legittimità.

Si legge, tra le altre, in **Cass. sez. I, n. 6605 del 2008**, che la valenza della clausola «si riempie di significato alla luce della finalità dell'incriminazione e del quadro normativo su cui essa si innesta». Infatti, dal primo punto di vista, la norma incriminatrice, mirando a rendere effettivo il provvedimento espulsivo, persegue l'obiettivo di rimuovere situazioni di illiceità legate alla presenza degli stranieri nel territorio, nel più generale quadro della regolamentazione legislativa dei gravi problemi connessi a flussi migratori incontrollati; sotto il secondo profilo, l'espulsione «si colloca in un quadro sistematico che, pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso [...] l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. migranti economici».

Così, se il pericolo di persecuzioni per motivi di razza, sesso, religione etc. preclude l'espulsione o il respingimento dello straniero, «analogia efficacia “paralizzante” è negata alle esigenze che caratterizzano la seconda categoria». In questo contesto si colloca la clausola negativa di esigibilità, che ha riguardo «a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva o oggettiva, di adempiere all'intimazione».

Per esempio, si è affermato che esula dall'ambito applicativo dell'esimente ogni ipotesi di scelta volontaria o libera dell'espulso, pur se connessa ad esigenze meritevoli di tutela come la presentazione di istanza di emersione (**Cass. n. 19131 del 2006; n. 45431 del 2005; sez. I, n. 48863 del 2003**); invece, deve darsi rilievo allo stato di reale condizionamento psichico esercitato dalle circostanze concrete sulle capacità individuali di adempimento (**Cass. sez. I, n. 32929 del 2005**).

In merito alla rilevanza delle condizioni economiche dello straniero, è posizione costante quella secondo la quale non è sufficiente la mera difficoltà di reperire i fondi necessari all'acquisto del titolo di viaggio (**Cass. n. 19086 del 2006**) ma è indispensabile che si verifichi una situazione di reale ed assoluta impossidenza (**Cass. sez. I, n. 8352 del 2008; ex multis, n. 25640 del 2006, sez. I, n. 13416 del 2008**), che non può essere fondata soltanto «sulla mancanza di una stabile dimora o di una certa attività lavorativa o di una semplice difficoltà economica, se non accompagnata da accertamenti in ordine alle relazioni e disponibilità familiari, al tempo trascorso in Italia, al grado di inserimento nella realtà socio-economica del Paese, agli eventuali precedenti penali, da cui poter desumere una capacità reddituale non necessariamente lecita, al costo del viaggio, al nucleo familiare ed all'espletamento di tutte quelle pratiche per ottenere dal consolato o dall'ambasciata dei paesi di origine un contributo per adempiere all'ordine di allontanamento» (**Cass. sez. I, n. 19427 del 2008**).

Compete comunque al giudice di merito effettuare il dovuto scrutinio, al di là dell'onere di allegazione che comunque grava sull'interessato, e di tale scrutinio il giudice è tenuto a rendere conto con adeguata e logica motivazione (**Cass. sez. I, n. 8352 del 2008; n. 30774 del 2006**).

Nel momento in cui il giudice si trova a dover decidere in merito alla responsabilità per il reato di indebito trattenimento in violazione dell'ordine di

allontanamento del questore è tenuto – secondo giurisprudenza di legittimità prevalente – a vagliare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, «sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello formale, con riferimento a tutti e tre i vizi tipici che possono determinare l'illegittimità degli atti amministrativi» (**Cass. sez. I, n. 11710 del 2008**; *idem, ex plurimis, sez. I n. 20305 del 2008, n. 14978 del 2008, n. 13314 del 2006, n. 47677 del 2004*). Detto provvedimento deve essere motivato, come tutti gli atti amministrativi, e la mancanza di motivazione ne comporta l'illegittimità e rende non configurabile il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter (**SS.UU. n. 2451 del 2007**); l'art. 14, comma 5-bis, del T.U., del resto, enuncia specificamente le situazioni – impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea – che legittimano l'intimazione di allontanamento, indicando, così, l'oggetto di tale motivazione: il questore non è, però tenuto ad esplicitare i dettagli tecnici, che devono restare riservati anche per ragioni di sicurezza (**Cass. sez. I, n. 8357 del 2006**; *anche n. 11598 del 2006*).

Sul punto, secondo **Cass. n. 11710 del 2008**, non può condividersi «l'opinione che esclude l'obbligo di motivazione considerando il provvedimento del questore un atto vincolato la cui motivazione già si rinviene nell'ordine prefettizio ad esso presupposto», poiché le motivazioni dei due provvedimenti non sono sovrapponibili, «riguardando la prima i presupposti dell'espulsione e la seconda le modalità della stessa» (*anche n. 14978 del 2008 e n. 9121 del 2006*).

Inoltre, si osserva in **sez. I, n. 14006 del 2008**, «l'obbligo di motivazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato impartito dal questore allo straniero destinatario di provvedimento di espulsione [...] non può considerarsi assolto con la mera ripetizione, nel testo del provvedimento, della formula legislativa, ma può essere soddisfatto anche in modo sintetico, purché nel provvedimento stesso si dia conto degli elementi di fatto che giustificano la riconducibilità della vicenda concreta alla fattispecie astratta delineata dalla norma».

Il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del T.U. è integrato anche dall'inosservanza dell'ordine di allontanamento che trovi il suo presupposto nel respingimento *ex art. 10, comma 2*, dello stesso d.lgs. (**Cass. sez. I, n. 41546 del 2006**; *idem, n. 34416 del 2006, n. 14200 del 2008, n. 8543 del 2008*): secondo **Cass. sez. I n. 28480 del 2007**, «la situazione dello straniero respinto è stata

indiscutibilmente compresa nell'ambito della espressa previsione della sanzione a carico del soggetto inosservante all'ordine di allontanamento, espulso per entrata clandestina». Una diversa lettura della norma condurrebbe «a conseguenze inaccettabili sul piano della coerenza interpretativa e del rispetto dei valori costituzionali», dal momento che la tesi della omessa previsione sanzionatoria postula un errore del legislatore, che ha esteso il precetto anche al soggetto respinto «ed ha poi riservato le sanzioni solo ad una quota degli inosservanti».

Nella giurisprudenza costituzionale che si è occupata della tematica in esame, appare di particolare importanza la **sentenza n. 223 del 2004**, in cui viene dichiarato illegittimo l'art. 14, comma 5-*quinquies*, dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui stabiliva che, per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, sopra analizzato, era obbligatorio l'arresto in flagranza dell'autore del fatto. La norma censurata prevedeva l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, in relazione al quale non possono essere applicate misure cautelari coercitive, e per di più sanzionato con una pena detentiva di gran lunga inferiore a quella per la quale il codice ammette la possibilità di disporre dette misure, con la conseguenza che il giudice della convalida doveva, comunque, disporre l'immediata liberazione dell'arrestato: pertanto, la misura "precautelare" prevista dall'art. 14, comma 5-*quinquies*, non essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, «si risolve in una limitazione "provvisoria" della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi manifestamente irragionevole».

Successivamente alla sentenza sopracitata la Corte ha emesso numerose ordinanze aventi ad oggetto la stessa disposizione dichiarata illegittima, per lo più restituendo gli atti ai giudici *a quibus*, in considerazione del mutamento di disciplina determinato dal decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito, con modificazioni, nella legge 12 novembre 2004, n. 271, che ha, tra le altre cose, trasformato il reato di indebito trattenimento in un delitto ed innalzato i limiti edittali alla reclusione da uno a quattro anni (art. 14, comma 5-*ter*, primo periodo).

In tempi recenti, la Consulta è tornata sul tema con la **sentenza n. 236 del 2008**, che ha giudicato privo di fondamento il dubbio di costituzionalità sollevato avverso quella parte dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, che qualifica

l'arresto per il reato di indebito trattenimento come obbligatorio anziché facoltativo. La previsione legislativa dell'arresto obbligatorio in flagranza – si evidenzia nella pronuncia – obbedisce all'intento di contenere la discrezionalità della polizia giudiziaria in tutti i casi in cui il legislatore ritiene sussistenti inderogabili esigenze di tutela della collettività. Nel codice di rito questo tipo di arresto è contemplato oltre che per alcuni reati individuati sulla base della gravità della pena edittale, anche per altri, consumati o tentati, rispetto ai quali sussistono “speciali esigenze di tutela della collettività”: dette esigenze «vengono apprezzate dal legislatore in rapporto ad una serie molteplice di elementi, storicamente mutevoli e frutto di scelte di politica criminale non censurabili in sede di controllo di legittimità costituzionale, a meno che non si tratti di opzioni manifestamente irragionevoli».

Tale non appare, secondo la Corte, la scelta operata con l'art. 14, comma 5-*quinquies* impugnato, sia perché «l'ordinamento conosce previsioni di arresto obbligatorio in flagranza per reati, consumati o tentati, le cui pene, minime e massime, sono fissate dal legislatore su valori analoghi a quelli del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato», sia perché la decisione di introdurre l'arresto obbligatorio per la fattispecie *de qua* «è collegata ad una risposta politica che il Parlamento ha ritenuto di attuare, in questo come in altri casi, a fronte dell'aumentata percezione sociale della pericolosità di un fenomeno (nella specie, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento conseguente ad un provvedimento di espulsione), ferma restando la garanzia del controllo del giudice sull'esistenza dei presupposti per l'applicazione della misura». La norma, quindi, non è irragionevole in rapporto ad ipotetici *tertia comparationis*, poiché si colloca «sulla stessa linea che ha indotto il legislatore a previsioni simili in altri casi»; né è irragionevole in sé, poiché l'arresto obbligatorio è previsto per un crimine cui può essere applicata una misura cautelare personale.

In tema di convalida dell'arresto per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, la giurisprudenza della Corte di cassazione si divide: il maggior numero di pronunce ritiene che il giudice non abbia alcun potere di vagliare la legittimità dei provvedimenti che ne costituiscono il presupposto, ma debba limitarsi a valutare la legittimità dell'arresto secondo le regole procedurali di cui al codice di rito, dal

momento che la sua cognizione ha come oggetto esclusivo la violazione dell'ordine di allontanamento emesso dal questore e la sussistenza di un decreto di espulsione emesso dalla competente autorità amministrativa (**Cass. sez. I, n. 14486 del 2006; sez. I, n. 24147 del 2004, sez. VI, n. 36788 del 2003, sez. I, n. 5822 del 2003**). Ad esse si affianca, però, anche un orientamento secondo cui, all'opposto, il giudice sarebbe tenuto a verificare previamente la legalità formale e sostanziale del provvedimento che si assume violato, atteso che la struttura del reato è del tutto corrispondente a quella dell'art. 650 cod. pen. (**Cass. sez. I, n. 42011 del 2005**).

Di interesse è anche la problematica scaturita dalla modifica dell'incriminazione del reato di indebito trattenimento a seguito della legge n. 271 del 2004. Secondo la Suprema Corte – ad esempio nelle **sez. I, n. 18012 del 2006, sez. I, n. 46814 del 2005, sez. I, n. 5216 del 2005** – esiste una sostanziale continuità strutturale fra le fattispecie criminose disciplinate dalle leggi succedutesi nel tempo dal 1998 al 2004, in tema di condotta omissiva dello straniero che, soggetto passivo di un decreto di espulsione, non ottemperi all'ordine del questore di lasciare il territorio entro cinque giorni; ciò a prescindere dalla sopravvenuta trasformazione della contravvenzione in delitto e dal conseguente, più grave, regime sanzionatorio, poiché le fattispecie hanno in comune «sia l'interesse tutelato che l'elemento strutturale rappresentato dal tipo di condotta sanzionata» (**sez. I, n. 22804 del 2007**). Trattandosi di reato permanente, prosegue la Cassazione, dovrebbe trovare applicazione la normativa più severa sopravvenuta: peraltro, poiché il reato consiste nel trattenersi nel territorio in violazione dell'ordine di allontanamento impartito ai sensi del comma 5-bis, e questo richiede che nel provvedimento del questore siano indicate le conseguenze penali della sua trasgressione, per l'applicazione della nuova ipotesi dolosa sarebbe necessario che l'ordine del questore riportasse l'avviso che la violazione è delitto punibile con la reclusione da uno a quattro anni. Ovviamente, laddove si tratti di ordine emesso prima dell'entrata in vigore della novella, tale indicazione manca ed è, invece, presente, l'avvertimento della possibile punibilità a titolo di contravvenzione, con la conseguenza che si farà applicazione della più mite fattispecie contravvenzionale e solo per la parte della condotta rientrante nella fattispecie configurata come contravvenzione. Infatti, la conclusione, cui sono pervenuti alcuni giudici di merito, secondo la quale la condotta omissiva non

sarebbe in alcun modo sanzionabile «deve ritenersi erronea, oltre che inaccettabile sul piano della ragionevolezza, perché farebbe all'atto pratico conseguire addirittura l'impunità della trasgressione da una iniziativa legislativa diretta ad inasprire la risposta penale» (sempre **sez. I, n. 22804 del 2007**).

Un'altra interessante tematica legata alla novella è la previsione, di cui all'ultima parte del citato art. 14, comma *5-ter*, che nei confronti dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento debba in ogni caso procedersi all'adozione di un nuovo provvedimento espulsivo, da attuarsi con le modalità dell'accompagnamento coattivo alla frontiera. Giurisprudenza di legittimità prevalente (ad esempio, *ex multis*, **Cass. sez. I, n. 21891 del 2006, n. 580 del 2005, n. 5888 del 2006, n. 9120 del 2006**) esclude la possibilità di adottare, dopo una prima condanna, una nuova intimazione finalizzata all'abbandono volontario del territorio: il dato testuale, che utilizza la pregnante locuzione “in ogni caso”, è corroborato da argomenti logici, «che fanno apparire indubbiamente incoerente e priva di ragionevolezza l'interpretazione favorevole alla previsione della possibilità di un nuovo ordine del questore, successivo alla condanna e ad una nuova espulsione, la cui esecuzione resti affidata alla sola volontà di un soggetto che ha già manifestato l'intenzione di non volere abbandonare il territorio italiano» (**sez. I, n. 21891 del 2006**). A ciò si aggiunga che l'art. 14, comma *5-quinquies* stabilisce che il questore, al fine di assicurare l'espulsione, deve adottare i provvedimenti di cui all'art. 14, comma 1, con la conseguenza che, laddove non sia possibile eseguire con immediatezza l'accompagnamento alla frontiera, il questore deve disporre che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea più vicino.

Anche la Corte costituzionale si è pronunciata sulla novella del 2004, con la **sentenza n. 22 del 2007**, che ha affrontato la fattispecie incriminata all'art. 14, comma *5-ter*, primo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998 sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, in particolare verificando la compatibilità con l'art. 3 Cost. sia della parte in cui è prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni, sia della parte in cui è fissata la pena minima in un anno di reclusione. Secondo i rimettenti, dette pene sarebbero palesemente sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità del fatto – consistente in un reato di pericolo, non sintomatico di per sé di pericolosità sociale – non assicurerebbero un adeguato bilanciamento

tra il sacrificio della libertà personale del condannato e i vantaggi che ne derivano in termini di tutela degli interessi protetti dalla norma incriminatrice e, infine, eccederebbero macroscopicamente i livelli di pena previsti da disposizioni assimilabili, relative a condotte di inottemperanza a provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa (ad esempio, art. 650 cod. pen., inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, art. 2 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, contravvenzione al foglio di via obbligatorio, art. 14, comma 5-ter, seconda parte, del d.lgs. n. 286 del 1998, straniero espulso per non aver chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno, etc.). Inoltre, la pena sarebbe analoga a quella prevista per comportamenti delittuosi di gravità molto maggiore, quali quelli contemplati dall'art. 13, comma 13-bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 per l'indebito reingresso sia dello straniero già colpito da provvedimento giudiziale di espulsione, sia dello straniero già denunciato per analogo precedente delitto e dall'art. 14, comma 5-quater, dello stesso d.lgs., per l'indebito reingresso dello straniero già espulso in base al precedente comma 5-ter.

La sentenza ha concluso per la inammissibilità. Infatti, osserva la Corte, un primo gruppo di norme assunte dal rimettente come *tertia comparationis* comprende previsioni che approntano una sanzione di carattere generale e residuale per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità o sono finalizzate a fronteggiare specifiche situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica create da soggetti che violino determinati ordini amministrativi, ed in nessuna di esse è rinvenibile la finalità che il legislatore persegue con la norma contestata, ossia il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio. «Si tratta di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze di ordine e sicurezza pubblica» e la comparazione con tali disposizioni non può essere condotta «in chiave di confronto rivolto alla rilevazione di ingiustificate disparità di trattamento censurabili dal giudice delle leggi, ma può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica».

Le medesime considerazioni valgono per il confronto con le altre norme contenute nello stesso testo unico in materia di immigrazione citate dai rimettenti, pur riconoscendo – evidenzia la Corte – «che il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, [...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa».

In questo ambito, però, il sindacato di costituzionalità può investire le pene scelte dal legislatore «solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio. [...] Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva, invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore».

Così, la Corte non può procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dalla legge, «giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate», anche se «la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore».

La stessa questione è stata poi dichiarata manifestamente inammissibile dalle **ordinanze n. 167** e **n. 354** dello stesso anno.

3.5.2. Il reato di reingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione del provvedimento di espulsione

«Per ciò che riguarda il diritto a permanere sul territorio nazionale la posizione giuridica dello straniero è diversa rispetto a quella del cittadino»: sulla base di tale assunto nell'**ordinanza n. 261** del **2005** viene dichiarata la manifesta infondatezza del dubbio di costituzionalità dell'art. 13, comma 13, del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato dal rimettente perché prevede un trattamento sanzionatorio più severo per lo straniero espulso che violi il divieto di reingresso

senza autorizzazione rispetto a quello stabilito dall'art. 650 cod. pen. per il cittadino italiano in caso di inosservanza di provvedimenti dell'autorità. Secondo la Corte, «l'evidente diversità esistente tra la generica inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e la trasgressione dello specifico divieto di rientrare nel territorio nazionale conseguente al provvedimento di espulsione» dà conto del differente trattamento sanzionatorio, fermo restando, però, che non sono ammesse discriminazioni fra cittadino e straniero quanto al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo.

Con la successiva **sentenza n. 466 del 2005** è dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, comma 13-*bis*, secondo periodo, dello stesso d.lgs., come modificato dalla legge n. 189 del 2002, che prevedeva la reclusione da uno a quattro anni per lo straniero espulso che avesse fatto rientro in Italia, se già denunciato per la contravvenzione di reingresso senza autorizzazione. Premesso che, successivamente all'ordinanza di rimessione, la norma impugnata era stata modificata e che tali modifiche non erano applicabili nel giudizio *a quo* in quanto peggiorative per l'imputato, con la conseguenza che la questione riguarda la disposizione nel testo vigente al momento della commissione del reato contestato, la Corte ha censurato il fatto che il legislatore del 2002 avesse trasformato in delitto una fattispecie contravvenzionale «per il solo fatto che lo straniero rientrato in Italia fosse stato denunciato per la contravvenzione di reingresso nel territorio nazionale senza autorizzazione ministeriale», considerato che «la denuncia è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce» e non può, pertanto, essa sola determinare conseguenze pregiudizievoli per il denunciato.

Il reato in esame, secondo giurisprudenza di legittimità costante, ha natura permanente, e si pone come finalità di regolare i flussi migratori e di «impedire l'illegale reingresso e la permanenza illecita nel territorio dello Stato del soggetto espulso» (**Cass. sez. I, n. 43028 del 2007**; in precedenza, ad esempio, **n. 12165 del 2006**, **n. 7958 del 2006**, **sez. I, n. 17878 del 2004**): il bene giuridico tutelato dalla incriminazione non è, quindi, violato solo mediante il rientro, ma proprio «per il perdurare della permanenza illegale, ovvero per la continuità di una condotta antiggiuridica volontariamente protratta nel tempo»

(così, da ultimo **Cass. n. 25105 del 2007**). Data la natura permanente, la durata cessa o con l'interruzione volontaria dell'attività illecita, ossia con l'abbandono del territorio da parte dello straniero, o a seguito della condanna di primo grado.

4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

Come accennato, le misure approntate contro l'immigrazione clandestina sono per lo più inquadrabili nell'ambito del diritto amministrativo. Non mancano, tuttavia, previsioni penali, come pure si è visto. Ora, tra le fattispecie di reato previste dal T.U. in materia di immigrazione, particolare rilievo occupa il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, regolato dall'art. 12, così come modificato dalla legge 12 novembre 2004, n. 271.

La prima ipotesi, contemplata al comma 1, è costituita dalla condotta di chi, in violazione delle disposizioni del T.U., compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero, ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente.

Trattasi di una fattispecie a consumazione anticipata, per la quale sono sufficienti "atti diretti a procurare l'ingresso". Secondo giurisprudenza consolidata della Suprema Corte, «la condotta punibile [...] mira ad impedire ogni ingresso illegittimo, indipendentemente dal fatto che possa essere illegale o clandestino ai sensi dell'art. 4, cioè per violazione della normativa sul visto» (**Cass. sez. I, n. 23210 del 2004**). Perciò il reato può essere integrato «anche quando l'ingresso in territorio nazionale, di fatto finalizzato a soggiorno prolungato per svolgimento di lavoro o per altre attività, sia avvenuto attraverso il prescritto valico di frontiera, con un documento valido e per dichiarati fini turistici» (**Cass. sez. I, n. 9233 del 2005**). In effetti, secondo **sez. I, n. 1815 del 2007**, «l'unica interpretazione possibile della normativa è che il legislatore abbia voluto punire il compimento di tutti gli atti che realizzano l'immigrazione di stranieri in violazione delle norme del testo unico, fra le quali vi sono anche le norme sull'ingresso e la permanenza per motivi di lavoro», in particolare «ogniquale volta la permanenza nel territorio dello Stato debba considerarsi illegale fin dal suo inizio, con l'atto di ingresso, perché già conseguenza di una azione illegale, in quanto, pur essendo determinato

da motivi di lavoro, questi vengono occultati, per motivi di profitto» (**Cass. sez. I, n. 45187 del 2004**). Lo spirito della legge, si legge ancora in **Cass. n. 1815 del 2007**, vuole evitare «qualsiasi artificio diretto a fare entrare in Italia persino i lavoratori, anche provenienti da Paesi che abbiano stipulato particolari accordi per la libera circolazione dei propri cittadini, per impiegarli in violazione delle leggi sul lavoro».

Inoltre, «le attività dirette a favorire tale ingresso non sono solo quelle specificamente finalizzate a permettere l'arrivo in Italia degli stranieri, ma anche quelle immediatamente successive tese a garantire il buon esito dell'operazione, la sottrazione ai controlli della Polizia, l'avvio dei clandestini verso la località di destinazione» (**Cass. sez. III, n. 42980 del 2007**).

Secondo la Suprema corte, il reato sussiste anche se i clandestini appartengano ad un Paese che, successivamente alla commissione, abbia aderito alla Unione europea: sul punto, si rimanda al paragrafo relativo all'allontanamento del cittadino comunitario.

Qualora si tratti di atti diretti a procurare l'ingresso in altro Stato, la Corte di cassazione si divide. Secondo un primo, rigoroso orientamento, per la configurabilità del reato è necessaria e sufficiente la mancanza di un titolo idoneo a legittimare il semplice ingresso nel territorio di altro Stato, «non rilevando che tale ingresso sia asseritamente finalizzato non a una permanenza più o meno stabile del soggetto nel territorio, ma solo al suo attraversamento per raggiungere il paese d'origine» (**Cass. sez. I, n. 9001 del 2008**, che richiama, *ex plurimis*, **sez. I, n. 23193 del 2004, n. 124 del 2008**). Ciò perché, dal confronto tra il previgente testo della incriminazione e la novella, emerge chiaramente che «la norma, nella sua più recente versione, ha ampliato la sfera della propria operatività, ponendo non solo le condotte dirette ad agevolare l'ingresso degli stranieri extracomunitari in violazione della disciplina italiana, ma ricomprende anche tutte quelle condotte che sono finalizzate a consentire l'ingresso illegale in altri Stati confinanti». Tale modifica, sempre secondo questo filone interpretativo, appare giustificata dalla necessità di realizzare una più ampia cooperazione internazionale in tema di controllo e contenimento dei flussi migratori e, facendo riferimento all'«ingresso» nel territorio dello Stato, chiaramente considera irrilevante la destinazione finale dello straniero.

A detto orientamento se ne contrappone un altro, secondo il quale, se lo scopo della condotta non è procurare l'ingresso di clandestini in uno Stato terzo ma una finalità diversa, quale quella di consentire il rientro delle persone trasportate nel Paese di origine, la fattispecie criminosa non si realizza (ad esempio, **Cass. sez. I, n. 42117 del 2006, n. 7349 del 2007, n. 33232 del 2007**). Pertanto, qualora si ritenga provato «che il trasporto dello straniero era preordinato al suo ritorno nel Paese di origine attraverso il mero transito in altri Stati, alla luce del criterio di offensività e della *ratio* della norma incriminatrice (che è la lotta alle attività di impulso o gestione del fenomeno migratorio illegale [...]) il reato non è configurabile» (**Cass. sez. I, n. 1271 del 2007**). Peraltro, l'imputato ha l'onere «non solo di allegare la sua destinazione, ma anche di rendere noti gli elementi circostanziali che sostengono tale sua diretta finalità di viaggio ed il giudice ha il dovere di verificare – eventualmente anche in via di riscontro logico – l'effettività di tale prospettazione» (**Cass. sez. I, n. 9520 del 2008**).

Il comma 3 dell'art. 12 in esame prevede una pena ben più elevata per l'ipotesi in cui le condotte sopra esaminate siano commesse al fine di trarne profitto, anche indiretto. Secondo Cassazione uniforme (ad esempio, **Cass. sez. I, n. 7157 del 2008 e sez. I, n. 11578 del 2006**), la fattispecie in oggetto costituisce un reato autonomo e non una mera aggravante del delitto indicato al comma 1 (come sono, viceversa, quelle indicate ai commi 3-*bis* e 3-*ter*); ciò è confermato non solo dalla tecnica legislativa usata, «che costruisce l'ipotesi in parola formulandola in modo completo (precetto e sanzione) anziché fare semplice rimando alla condotta descritta dal primo comma (come normalmente avviene nel caso di aggravante)», ma anche dalla *ratio* della novella, che è il «colpire in modo più severo, e dunque imponendo un livello sanzionatorio non riducibile per effetto delle attenuanti, per quei casi contrassegnati da fine di lucro, connotati dunque da maggiore gravità e pericolosità sociale, ed anche altamente riprovevoli alla coscienza collettiva, per l'approfittamento delle condizioni disperate di tanti esseri umani» (così **Cass. sez. I, n. 7157 del 2008**).

Sul punto, si registra una **ordinanza** della Corte costituzionale, la **n. 445 del 2004**, che si è limitata a prendere atto delle modifiche apportate alla norma censurata dalla legge n. 271 del 2004, successiva all'ordinanza di rimessione, e ha

restituito gli atti per *ius superveniens*. La questione è stata, poi, riproposta, ma anche in questo caso la Consulta non è entrata nel merito, poiché il giudice *a quo* non aveva motivato autonomamente il nuovo provvedimento di rimessione (**ordinanza n. 75 del 2007**).

L'art. 12 del T.U. contempla, al comma 5, un'altra fattispecie criminosa rappresentata dalla condotta di chi, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero, favorisce la permanenza dello stesso nel territorio dello Stato, in violazione delle norme del T.U.. Trattasi di reato a forma libera, «indifferentemente realizzabile in modo commissivo od omissivo», che può essere integrato «anche dal mantenimento di una situazione o dalla protrazione di una condotta che, pur non considerata penalmente illecita in epoca anteriore, lo divenga in seguito» (**Cass. sez. I, n. 21049 del 2005**). Può, per esempio, integrare la condotta rilevante ai fini del delitto in oggetto il fornire un alloggio all'extracomunitario, ma solo nel caso in cui «dalla stipula del contratto l'imputato intenda trarre un indebito vantaggio dalla condizione di illegalità in cui si trova lo straniero» (**Cass. sez. I, n. 40398 del 2006**; ma anche **sez. I, n. 46066 del 2003, n. 46070 del 2003**). Per esempio, si è affermato che sussiste il reato qualora, nel mettere a disposizione un alloggio, il fine di profitto si realizzi mediante un comodato senza termine di durata, indipendentemente dal fatto che il prezzo sia equo (**Cass. sez. I, n. 5887 del 2006**), perché l'ingiusto profitto «consiste nell'aver indotto lo straniero a stipulare un contratto, per il proprietario, più vantaggioso rispetto a quello di locazione» (**Cass. sez. I, n. 40398 del 2006**).

5. *Excursus* sulla recente previsione della possibilità di allontanare il cittadino comunitario

Sebbene *a rigori* estranea all'ambito della presente trattazione, pare che possa essere di interesse la pur sommaria analisi di un istituto di recente introduzione mediante il quale si estendono, nei confronti dei cittadini comunitari, strumenti di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici tradizionalmente approntati dall'ordinamento con riferimento all'allontanamento di stranieri extracomunitari.

La giurisprudenza di legittimità tradizionalmente afferma che «i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea non possono essere assoggettati a nessuna forma di espulsione, la quale comporterebbe in ogni caso il divieto, sia pure temporaneo, di rientrare nel territorio dello Stato italiano. Ciò perché, a norma dell'art. 8A del trattato istitutivo della Comunità economica europea (così come introdotto dal trattato sull'Unione europea), “ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”» (Cass. sez. I, n. 1760 del 2000). Parimenti, secondo Cass. sez. I, n. 38656 del 2004, neppure può trovare applicazione la espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione *ex* art. 16 del d.lgs. n. 286 del 1998, «per la duplice ragione che tale misura è oggetto di disposizioni speciali non suscettibili di applicazione per via analogica e che per gli appartenenti ai Paesi aderenti all'Unione europea vale la regola della libertà di circolazione e di soggiorno, derogabile, a norma dell'art. 7 del T.U. n. 54 del 2002, soltanto per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica».

Viceversa, la misura di sicurezza personale contemplata dall'art. 86 del T.U. in materia di sostanze stupefacenti, consistente nell'espulsione, a pena espiata, dello straniero condannato per uno dei delitti di cui agli artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, dello stesso T.U., è applicabile anche al cittadino comunitario: «infatti – si legge in Cass. sez. VI, n. 40808 del 2004 – la normativa comunitaria che disciplina la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri fa esplicitamente salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico» e dagli altri suindicati. Non solo: la stessa Corte di Giustizia Europea ha chiarito che «ciò che uno Stato membro non può prevedere è l'espulsione in modo automatico, sulla base di motivi di prevenzione generale, di un cittadino di altro Stato membro a seguito di una condanna penale», poiché, anche in questo caso, è necessario tener conto del comportamento dell'autore del reato e del pericolo attuale che in concreto questi rappresenta. Pertanto, conclude la Suprema Corte, non è in alcun modo in contrasto con la normativa comunitaria l'applicazione al cittadino comunitario dell'espulsione come misura di sicurezza, se subordinata, secondo il diritto italiano, alla valutazione della pericolosità del soggetto (*idem*, Cass. sez. IV, n. 22511 del 2007).

Questa giurisprudenza, però, precede il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, modificato dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 32, che ha dato attuazione alla direttiva 2004/38/CE relativa al diritto di circolare dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. In particolare è da considerare l'art. 20: esso stabilisce che il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini comunitari può essere limitato solo per motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza o altri motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica, secondo quanto specificato nei successivi commi 2 e 3, e con ulteriori distinzioni a seconda delle tipologie di soggetti interessati (ad esempio, se si tratti di titolari di diritto di soggiorno permanente ex art. 14, di minorenni etc.). Il provvedimento di allontanamento viene, di regola, adottato dal prefetto del luogo di residenza del destinatario e deve essere motivato, salvo che vi ostino motivi attinenti alla sicurezza dello Stato, deve indicare il termine per lasciare il territorio nazionale (mentre nel caso in cui sia stato adottato per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi imperativi di sicurezza deve essere immediatamente eseguito dal questore secondo le modalità di cui all'art. 13, comma 5-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998) e la durata del divieto di reingresso. Se il destinatario si trattiene oltre il termine, il questore dispone l'esecuzione immediata dell'allontanamento, con provvedimento da convalidare ex art. 13, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 286 del 1998. È prevista la pena della reclusione per i casi in cui il destinatario rientri nel territorio violando il divieto di reingresso. Secondo il successivo art. 20-*bis*, laddove il destinatario del provvedimento di allontanamento sia sottoposto a procedimento penale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 13, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater* e 3-*quinqies* del d.lgs. n. 286 del 1998 (necessità del nulla osta dell'autorità giudiziaria precedente etc.) e, se si tratti di procedimento per reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, si può procedere all'allontanamento solo se il soggetto non sia sottoposto a misura cautelare detentiva. In deroga al divieto di reingresso, il destinatario dell'allontanamento, che sia sottoposto a procedimento penale o sia persona offesa nello stesso, può essere autorizzato a rientrare per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa.

Sul punto si registra, ad oggi, solo giurisprudenza di merito.

Per esempio, il **Tribunale di Roma**, con decreto **28 marzo 2008**, ha stabilito che non sussistono i presupposti per l'emanazione del provvedimento

prefettizio di allontanamento dal territorio nazionale dello straniero che abbia pendenti procedimenti penali per reati che non concretino comportamenti gravemente minacciosi per i diritti fondamentali della persona o per l'incolumità pubblica e non evidenzino, per tali ragioni, la sussistenza del *fumus* dei motivi imperativi di pubblica sicurezza.

Successivamente, con decreto **31 maggio 2008**, il **Tribunale di Bologna** ha rigettato l'istanza di convalida del provvedimento questorile che dava esecuzione al decreto prefettizio di allontanamento dello straniero comunitario per motivi imperativi di pubblica sicurezza: detta istanza è da rigettare – secondo il tribunale – allorché i fatti che la motivano non siano sufficienti ad integrare l'ipotesi della minaccia concreta, effettiva e grave ai diritti fondamentali della persona o alla pubblica incolumità e tali da rendere l'ulteriore permanenza sul territorio incompatibile con la civile e sicura convivenza.

Nel tema dell'allontanamento di cittadini comunitari rientra, altresì, la problematica relativa alle conseguenze determinate dall'ingresso nella Unione Europea di Stati precedentemente esclusi: particolare rilievo ha avuto, in tempi recenti, il profilo della persistente o meno punibilità del reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore – *ex art. 14, comma 5-ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998 – che fosse stato commesso prima della data di entrata in vigore del Trattato di adesione alla UE.

Nella **sentenza sez. I n. 1815 del 2007**, la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi su un caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di polacchi divenuti, nel corso del processo, cittadini europei, aveva ritenuto che non potesse trovare applicazione l'art. 2 cod. pen., che regola la successione delle leggi penali nel tempo. Secondo la Cassazione, si era verificata una vicenda successiva di norme extrapenali che non integravano il precetto ma determinavano «solo una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione alla UE, limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza far venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso» (nello stesso senso, sempre in tema di favoreggiamento, **Cass. Sez. I, n. 22805 del 2007, n. 29728 del 2007**).

Ancora, in **Cass. sez. I, n. 42412 del 2006** si legge che il delitto *de quo* si perfeziona con la mera realizzazione della condotta, sicchè non rilevano né la previsione di un futuro ingresso dello Stato di appartenenza nell'Unione europea, né l'adesione *in itinere* del Paese all'Unione; l'arrestato non si sarebbe potuto giovare del regime di cui all'art. 2 cod. pen. neppure successivamente, perché il perfezionamento dell'adesione avrebbe dato luogo a una vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria, ma comportano solo una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento, mentre permane intatto il disvalore penale del fatto.

A seguito dell'ingresso della Romania nell'Unione, il problema è emerso con maggiore evidenza, tanto da richiedere un intervento delle **SS.UU.**, che, con la **sentenza n. 2451 del 2008**, hanno posto un punto fermo in materia.

In *subiecta materia* il contrasto, per la verità, non è mai sorto fra le Sezioni semplici ma, se mai, fra la Corte di cassazione, orientata ad escludere qualsivoglia ipotesi abolitiva, e i giudici di merito, propensi, per lo più, ad assolvere i cittadini rumeni "perché il fatto non è (più) previsto come reato".

Osservano le **SS.UU.** che, con l'entrata in vigore, il 1 gennaio 2007, del Trattato di adesione della Romania all'Unione europea (legge 9 gennaio 2006, n. 16), ha perso efficacia il decreto di espulsione emesso dal prefetto a norma dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998 ed è venuto meno l'obbligo per l'imputato di lasciare il territorio dello Stato, con cessazione del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, dello stesso d.lgs.: «poiché, però, il reato era già stato commesso, c'è da chiedersi se ne permanga o meno la punibilità».

La risposta, secondo la Suprema corte, va cercata utilizzando i criteri già affermati in tema di successione di leggi penali nella sentenza n. 25887 del 2003, secondo cui l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali, quale è quella in esame, va condotta facendo riferimento non al fatto concreto ma alla fattispecie astratta. Bisogna stabilire «se la norma extrapenale modificata svolga, in collegamento con la disposizione incriminatrice, un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato»: in questo caso ci si trova in presenza di

un'*abolitio criminis* parziale. Qualora, invece, la modificazione della norma extrapenale «comporti solo una nuova e diversa situazione di fatto», la successione fra norme extrapenali non incide sulla fattispecie.

Ciò significa che, nella specie, «occorre stabilire se la qualità di appartenenti all'Unione Europea, acquistata dai cittadini della Romania [...], ha inciso sulla fattispecie del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5-ter, con effetto retroattivo o ha solo dato luogo a una modificazione della situazione di fatto».

Respinta la tesi dottrina secondo la quale il “fatto” di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2 cod. pen. sarebbe il fatto comprensivo di tutti gli elementi normativi extrapenali, la Corte evidenzia come una nuova legge extrapenale possa avere effetto retroattivo solo laddove integri la fattispecie penale, e ciò accade quando, come nel caso delle disposizioni definitorie, la norma extrapenale può sostituire idealmente quella parte della norma penale che la richiama: in questo caso si parla di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare ai sensi dell'art. 2 cod. pen., come successione di norme penali.

Inoltre, prosegue la sentenza, l'art. 2 cod. pen. può trovare applicazione in caso di norme extrapenali «che siano, esse stesse, esplicitamente o implicitamente retroattive», quelle, cioè, che «nella fattispecie non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano» (ad esempio, nel caso di abolizione del reato-fine rispetto all'associazione per delinquere).

In realtà, le disposizioni del trattato di adesione della Romania all'Unione europea non possono considerarsi integratrici della norma penale né possono operare retroattivamente, con la conseguenza che non c'è nessuna *abolitio criminis*.

Infatti, nell'economia della fattispecie, rileva *in primis* la nozione di straniero, che si ricava dall'art. 1 del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale rappresenta la norma integratrice del precetto: solo la modifica di quest'ultima in senso restrittivo estrometterebbe alcune categorie di soggetti attivi del reato, con conseguente, possibile applicazione, in loro favore, dell'art. 2, comma 2, cod. pen.. Viceversa, la modifica extrapenale apportata dal trattato di adesione della Romania non ha toccato l'art. 1 del T.U. del 1998, ma una norma esterna che costituisce mero presupposto per l'applicazione della norma definitoria: «ai fini

del reato in questione – si legge ancora nella parte motiva – l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo ad una successione di leggi riconducibile all'art. 2 c.p., comma 2, non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa». Secondo le SS.UU., posto che l'adesione di un Paese alla UE giunge al termine di un percorso di non breve periodo che il Paese stesso è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione e che l'adesione è produttiva di rilevanti effetti, «uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione», non si può condividere che i rumeni, ai fini penali, «vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2 c.p., comma 2». Se si dovesse ritenere il contrario, conclude la pronuncia, «rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione», senza dimenticare che la consapevolezza del futuro ingresso indurrebbe l'agente a trasgredire senza alcun timore il disposto dell'art. 14, comma 5-ter, confidando, poi, nella successiva *abolitio criminis*.

Sul merito della tematica in oggetto la Corte costituzionale non si è pronunciata, dal momento che, ogni volta in cui sono state sollevate questioni di costituzionalità di norme del T.U. per condotte realizzate da cittadini rumeni – divenuti successivamente cittadini comunitari – è sempre stata disposta la restituzione degli atti ai giudici *a quibus per ius superveniens* (si vedano, a tal proposito, le **ordinanze n. 455, n. 336, n. 295, n. 293 del 2007**).

PARTE TERZA

LO STATUS DELLO STRANIERO PRESENTE SUL TERRITORIO NAZIONALE

1. Premessa metodologica

Si è avuto modo di rilevare, in sede introduttiva (cfr., in particolare, Parte prima, par. 2.2 e seguenti), che la condizione giuridica dello straniero è fortemente caratterizzata da una significativa applicazione del principio di eguaglianza, alla luce della quale si superano, sotto molti aspetti, le differenze di *status* tra straniero e cittadino.

È l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998 a sancire gli approdi di una evoluzione normativa e giurisprudenziale ormai più volte decennale: «Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente».

Dalla disposizione appena citata emerge la necessità di precisare la portata dell'affermazione del principio di eguaglianza. Ciò in quanto di eguaglianza non può parlarsi in maniera generalizzata, né dal punto di vista soggettivo né da quello oggettivo.

Con riferimento ai soggetti, la (tendenziale) equiparazione avviene tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti: come pure si è visto, allo straniero irregolare viene garantito soltanto il godimento di quei diritti la cui fundamentalità impone una tutela nei confronti di qualunque essere umano.

Per quanto attiene, invece, all'ambito oggettivo, l'eguaglianza tra stranieri (regolari) e cittadini si apprezza essenzialmente con riguardo ai diritti civili: restano, dunque, esclusi i diritti politici (per i quali è richiesto un più intimo collegamento con lo Stato, assicurato appunto dalla cittadinanza), mentre in ordine ai diritti sociali non può affermarsi una piena equiparazione, non fosse altro perché decisivo può risultare il grado di collegamento tra lo straniero e la comunità nazionale (ad esempio, per godere di determinati diritti sociali può essere richiesto lo svolgimento di un'attività lavorativa; in taluni casi può essere sufficiente la mera presenza sul territorio mentre in altri può essere indispensabile l'elemento della residenza, etc.).

Questi rilievi intendono essere anche una sorta di delimitazione dell'ambito di indagine preso in considerazione in questa terza parte del quaderno.

L'opportunità di focalizzare l'attenzione sullo *status* dello straniero ha infatti consigliato di concentrarsi sugli aspetti che distinguono maggiormente lo *status* dello straniero da quello del cittadino, sottintendendo, così, in larga misura, gli aspetti sui quali, invece, si è prodotta una effettiva (o, quanto meno, una larga) equiparazione.

2. Le peculiarità della condizione giuridica dello straniero in riferimento ai diritti civili e sociali

Sulla scorta della delimitazione dell'ambito di indagine descritta nel paragrafo precedente, le tematiche sulle quali appare necessario soffermarsi, onde ricostruire lo *status* dello straniero extracomunitario, attengono ad alcuni diritti di libertà, quali quello alla libertà personale ed alla libertà di circolazione, ad alcuni diritti invocabili in sede processuale e nei confronti della pubblica amministrazione, nonché ad alcuni diritti connessi all'istituto familiare, ai rapporti di lavoro. A completare il quadro, si passeranno in rassegna le decisioni più significative concernenti diritti a prestazione, quali quelli connessi all'assistenza sanitaria ed all'assistenza sociale. In conclusione, qualche cenno verrà operato alla (applicazione della) normativa in tema di tutela avverso atti di discriminazione.

2.1. La libertà personale

Che la libertà personale sia da annoverarsi fra i diritti inviolabili da garantire anche allo straniero in condizioni di parità rispetto ai cittadini è affermazione che torna frequentemente nella giurisprudenza costituzionale; infatti, «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (**sentenza n. 105 del 2001**). Per quel che concerne la libertà personale, dunque, le differenze che si riscontrano tra gli stranieri ed i cittadini attengono, non già all'*an* della spettanza di tale diritto, bensì alle occasioni nelle quali esso

può essere dimidiato ed alle tipologie di trattamento punitivo che si traducono nella limitazione della libertà personale.

2.1.1. Le restrizioni della libertà personale concernenti specificamente gli stranieri

Secondo la Corte, tra le misure incidenti sulla libertà personale deve essere indubbiamente annoverato il trattenimento presso i centri di permanenza temporanea ed assistenza, con la conseguenza che detta misura non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost.: «il trattenimento – si legge nella sopracitata sentenza – è quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale” di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione», considerato che, secondo l'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata. Si determina, perciò, nel caso di trattenimento «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale».

Così, anche l'accompagnamento alla frontiera inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., «in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica [...] le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione».

A questa pronuncia si richiama la **sentenza n. 222 del 2004**, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 13, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, introdotto dall'art. 2 del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51, convertito con modificazioni nella legge 7 giugno 2002, n. 106, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa. Infatti, se l'accompagnamento alla frontiera investe la libertà personale e deve, perciò, essere assistito dalle garanzie di cui all'art. 13 Cost., la disciplina censurata vanifica dette garanzie in quanto il provvedimento di accompagnamento è eseguito prima della convalida e lo straniero è allontanato senza che il giudice si sia potuto pronunciare sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale.

Alla giurisprudenza costituzionale si è uniformata quella di legittimità, che qualifica il trattenimento presso i centri di permanenza temporanea come un provvedimento «idoneo ad ottenere la privazione della libertà personale, indotta da atti comunque e sempre sindacabili» (**Cass. sez. I, n. 10559 del 2004**; anche **sez. I, n. 9003 del 2000**), provvedimento che non è suscettibile di reiterazione da parte dell'autorità amministrativa una volta scaduto il termine massimo previsto dal legislatore (**Cass. sez. I, n. 15203 del 2001**).

Ancora, si legge nella **ordinanza n. 414 del 2001** che «deve escludersi una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero che si trovi nel territorio nazionale al di fuori dei limiti di vigilanza della frontiera, per la esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera».

Sulla stessa linea si è posta la **sentenza n. 240 del 2006**, giudicando non fondato il dubbio di legittimità dell'art. 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998, che attribuisce al tribunale ordinario la competenza a decidere sull'impugnazione del provvedimento prefettizio di espulsione. L'assunto del remittente, secondo cui ciò determinerebbe una violazione delle competenze costituzionali del giudice amministrativo relative alla tutela degli interessi legittimi, non può essere accolto: «è sufficiente osservare che il provvedimento di espulsione dello straniero con accompagnamento alla frontiera può incidere sul suo diritto alla libertà personale [...] per ritenere che l'affermata irragionevolezza dell'attribuzione a giudici diversi del sindacato sui provvedimenti predetti non potrebbe essere eliminata attraendo entrambi nell'ambito della giurisdizione amministrativa».

Se l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera incide sulla libertà personale, poiché presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica le restrizioni della libertà (**ordinanza n. 109 del 2006**), non altrettanto è a dirsi per la espulsione mediante intimazione di allontanamento dal territorio dello Stato, che, viceversa, concerne la sola libertà di circolazione, «atteso che l'autorità di polizia non può esercitare alcuna forma di coazione fisica al fine di ottenerne l'adempimento» (**ordinanza n. 280 del 2006**; v. anche la **ordinanza n. 228 del 2007**).

Anche in questo caso la Suprema Corte di cassazione ha aderito al *dictum* della Consulta, considerando l'ordine di allontanamento «estraneo alla sfera delle garanzie apprestate dall'art. 13 Cost.» (Cass. sez. I, n. 46182 del 2005; anche sez. I, n. 39811 del 2005; sez. I, n. 44897 del 2005).

2.1.2. Le tipologie di trattamento punitivo che distinguono gli stranieri dai cittadini

Con la **sentenza n. 120 del 1967**, al fine di legittimare un diverso trattamento punitivo, è stata posta in rilievo la diversa posizione dello straniero e del cittadino. Questi, infatti, seppure possa rendersi latitante o recarsi all'estero, se non ne viene legittimamente impedito, resta sempre soggetto alla sovranità dello Stato, all'osservanza delle sue leggi ed ai mezzi di coercizione che le leggi consentono. Lo straniero può abbandonare il paese dove ha commesso il reato e non sempre e non facilmente se ne può ottenere l'estradizione. Per cui, secondo i Giudici costituzionali, appare «ragionevole che, in taluni casi dei quali il legislatore valuta la gravità, la legge prescriva che sia mantenuta la detenzione se l'imputato straniero non presti cauzione».

Più di recente, appare di particolare interesse la **sentenza n. 78 del 2007**, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione in essi previste. Il rimettente era stato investito del giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento, ad opera della Corte di cassazione, del provvedimento con il quale era stata concessa la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale ad un extracomunitario privo del permesso di soggiorno: nel formulare, nella sentenza di annullamento, il principio di diritto vincolante per il giudice di rinvio, la Corte di cassazione aveva aderito all'orientamento secondo cui la condizione di clandestinità o irregolarità preclude senz'altro l'accesso alle misure alternative, in quanto non potrebbe ammettersi che l'esecuzione della pena nei confronti dello straniero presente *contra legem* nel territorio dello Stato abbia luogo con modalità tali da comportare violazione delle regole che configurano detta condizione di illegalità. Questa linea di lettura è, peraltro, contrastata da un opposto filone giurisprudenziale, che considera la presenza illegale nel territorio

non ostativa alla concessione delle misure alternative, che «mirano ad attuare i preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, [...] con la conseguenza che la loro applicazione non può essere esclusa a priori ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto».

Applicando il principio, più volte affermato, secondo cui le diverse funzioni che la Costituzione assegna alla pena devono coesistere armonicamente, con la conseguenza che le scelte legislative «risulteranno non irragionevoli [...] allorquando, pur privilegiando l'una o l'altra delle suddette finalità, il sacrificio che si arreca ad una di esse risulti assolutamente necessario per il soddisfacimento dell'altra e, comunque, purché nessuna ne risulti obliterata», i Giudici costituzionali hanno ravvisato, innanzitutto, una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., nella «radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». Detta esclusione assume carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative, e risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva «che di per sé non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima», con la conseguenza che detto automatismo finisce per irragionevolmente accomunare situazioni soggettive assai eterogenee. Ancora, nella stessa sentenza si è messo in evidenza che «il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno – diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative» alla detenzione, poiché ciò contrasterebbe con i principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario «che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità

delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

2.2. La libertà di circolazione

Con particolare riferimento alla libertà di circolazione dello straniero sul territorio dello Stato, con la **sentenza n. 104 del 1969**, è stato sostenuto che «non può escludersi che, tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti. Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati». Orbene, secondo la Consulta, «questa differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione è superfluo continuare, sono rilevabili in ogni ordinamento e si fondano tutte sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo». Sulla base dei suddetti principi è stato ritenuto legittimo un diverso trattamento relativamente ad indagini tendenti ad accertare dove lo straniero si trovi nel territorio dello Stato – sia che si consegua con l'obbligo a lui imposto di denunciare ogni suo spostamento da Comune a Comune (art. 142 del testo unico legge di pubblica sicurezza) o con l'obbligo concorrente, ed eventualmente sostitutivo, imposto a chi lo alloggia o lo ospita di segnalare la sua presenza (artt. 1 e 2 decreto legislativo n. 50 del 1948) – perché fondata sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi; e ciò non solo allo scopo di sottoporlo a controllo, ma anche di assicurargli

le forme di assistenza che gli sono dovute, partecipandogli, ad esempio, informazioni e notizie urgenti con le quali le sue autorità consolari intendano raggiungerlo.

Le differenze indiscutibili tra cittadini e stranieri che si riverberano sulla libertà di circolazione sono state evidenziate anche nella **sentenza n. 244 del 1974** (che a sua volta richiama le sentenze n. 20 del 1967 e n. 104 del 1969), secondo la quale rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 16 Cost. «le limitazioni imposte dalle norme vigenti alla libertà di circolazione dello straniero nel territorio dello Stato a tutela di particolari interessi pubblici, quali i motivi di sanità e di sicurezza, intesa, quest'ultima, come ordinato vivere civile», poiché il principio di eguaglianza, che deve «ritenersi esteso allo straniero, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili», trova limitazioni in relazione alla particolarità della posizione che lo straniero occupa all'interno del territorio nazionale (considerato che egli non ha, di regola, diritto acquisito di ingresso e soggiorno, può entrare e soggiornare solo con determinate autorizzazioni, deve sottostare alle regole che l'ordinamento gli impone).

2.3. I rapporti processuali

Sotto vari profili, la posizione processuale dello straniero presenta significative peculiarità. In proposito, sono da segnalare soprattutto alcune estrinsecazioni del diritto di difesa. Se è vero, infatti, che «non vi è dubbio che l'art. 24, secondo comma, della Costituzione garantisca la difesa, quale diritto inviolabile, anche allo straniero che sia imputato per fatti commessi in Italia» (**sentenza n. 492 del 1991** e **sentenza n. 198 del 2000**), è altrettanto vero che il legislatore «può regolare i diversi procedimenti giurisdizionali secondo scelte discrezionali e modulare sulle caratteristiche del tipo di procedimento prescelto l'esercizio del diritto di difesa, purché non ne venga intaccato il nucleo irriducibile» (**ordinanza n. 385 del 2001**).

Da ciò discende la configurabilità, per lo straniero, di trattamenti processuali particolari, tra i quali meritano di essere segnalati, in special modo, la garanzia del contraddittorio (segnatamente in taluni procedimenti), la traduzione degli atti processuali ed il diritto alla difesa tecnica.

2.3.1. La garanzia del contraddittorio

Così, in primo luogo, deve essere garantita allo straniero la possibilità di presenziare al giudizio instaurato nei suoi confronti, essendo la presenza dell'imputato a dibattimento «estrinsecazione essenziale del diritto di difesa» (**sentenza n. 492 del 1991**). Tale diritto ha trovato riconoscimento sin dalla **sentenza n. 109 del 1974** che, in relazione agli artt. 150 e 151 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, che ponevano il divieto di rientrare nel territorio per lo straniero espulso per motivi di ordine pubblico, ha stabilito che il diritto di difesa non veniva ostacolato né menomato, dal momento che il divieto di reingresso non aveva carattere assoluto, venendo a cessare in presenza di autorizzazione della pubblica amministrazione, cui era demandato il compito di valutare, volta a volta, i motivi per i quali lo straniero chiedeva di rientrare. «È vero – scrive la Corte nella motivazione – che l'autorizzazione è affidata alla discrezionalità dell'amministrazione, ma essa trova pur sempre un limite nel rispetto delle esigenze della giustizia, sicché non può essere negata allorché l'espulso si trovi nella necessità di comparire davanti al giudice per difendersi da una imputazione».

Più di recente, la **ordinanza n. 35 del 2002** ha ritenuto che l'adozione della procedura camerale nel giudizio di convalida del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea non sia in contrasto con l'effettività del diritto di difesa, posto che, «mentre le esigenze di speditezza e semplificazione formale cui la procedura intende rispondere sono innegabili, non risultano violati né il principio del contraddittorio né altre regole generali del processo», poiché il giudice deve sentire l'interessato in presenza del difensore e può avvalersi a fini probatori degli atti che il questore è tenuto a trasmettergli e dei documenti che lo straniero intenda presentare.

Una violazione del diritto di difesa dello straniero «nel suo nucleo incompressibile» è, invece, determinata dalla procedura che l'art. 13, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 prevede per la convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, dal momento che «la disposizione censurata non prevede che [lo straniero] debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore» (**sentenza n. 222 del 2004**). Certo non viene messa in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale

caratterizzato da celerità, considerate le esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico sottese alla disciplina in questione: peraltro, «quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale; non può, quindi, essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva».

In seguito a tale pronuncia, la Corte di cassazione ha reiteratamente affermato che «l'atto di convalida adottato in conformità alla disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima, ove non si sia ancora formato giudicato sulla relativa statuizione all'epoca della pubblicazione della citata pronuncia per l'avvenuta proposizione del ricorso per cassazione avverso il provvedimento medesimo, deve essere dichiarato illegittimo» (**Cass. Sez. I, n. 9497 del 2006; Cass. Sez. I, n. 10873 del 2005**).

Viceversa, in tema di giudizio sul ricorso dello straniero avverso il decreto prefettizio di espulsione, non è richiesta l'audizione personale del ricorrente, «né tale soluzione normativa appare lesiva dei diritti di difesa dell'espulso, assicurati dalla previsione dell'ampio termine "*ad opponendum*", dalla possibilità di sottoscrizione personale del ricorso e di sua presentazione per via consolare, dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, dall'assistenza di un difensore d'ufficio, mentre quella dell'audizione personale costituisce garanzia indefettibile con riguardo alla sola verifica della restrizione dello *status libertatis* dell'espulso cagionata dall'accompagnamento coattivo» (**Cass. sez. I, n. 26275 del 2005; idem, sez. I, n. 20670 del 2005; sez. I, n. 23134 del 2004**).

2.3.2. La traduzione degli atti processuali ed il diritto ad un interprete

La presenza in giudizio sarebbe, però, vanificata laddove all'imputato non fosse garantita anche la piena conoscibilità delle accuse a lui mosse, posto che il suo interesse «ad essere immediatamente e dettagliatamente informato nella lingua da lui conosciuta della natura e dei motivi dell'imputazione contestatagli deve essere considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile», la cui garanzia «esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile alla difesa» (**sentenza n. 10 del 1993**).

Alla luce di tali considerazioni la Corte, con la pronuncia citata, ha dichiarato non fondata “nei sensi di cui in motivazione” la questione di costituzionalità di una serie di norme del codice di procedura penale che, secondo i tribunali rimettenti, non prevederebbero il diritto dello straniero, che non conosce la lingua italiana, alla traduzione di determinati atti quale, ad esempio, il decreto di citazione a giudizio. I Giudici costituzionali, partendo dal presupposto che la natura di principio fondamentale della difesa in giudizio impone al giudice il vincolo interpretativo «di conferire alle norme, che contengono le garanzie dei diritti di difesa in ordine alla esatta comprensione dell'accusa, un significato espansivo», prendono le mosse dall'art. 143 cod. proc. pen., che, disciplinando il generale diritto dell'imputato a farsi assistere gratuitamente da un interprete, rappresenta una importante innovazione e sottolinea «il valore del diritto di difesa come strumento di reale partecipazione dell'imputato al processo attraverso l'effettiva comprensione dei distinti atti e dei singoli momenti di svolgimento dello stesso». Pertanto, non può essere condiviso il presupposto interpretativo secondo il quale detto articolo sarebbe norma di stretta interpretazione, che tollera come uniche eccezioni alla regola dell'utilizzazione dell'interprete per gli atti orali soltanto quelle espressamente previste nel codice di rito: «al contrario, trattandosi di una norma che assicura una garanzia essenziale al godimento del diritto fondamentale di difesa, riconosciuto altresì dalla comunità internazionale come principio derivante da un trattato multilaterale [...], l'art. 143, primo comma, c.p.p. va interpretato come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano». La norma *de qua*, in primo luogo, definisce significativamente il contenuto dell'attività dell'interprete in dipendenza della finalità generale di «garantire all'imputato che non intende o non parla la lingua italiana di comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa» e tale ampia dizione consente di estenderne l'applicazione a tutte le ipotesi in cui lo straniero, ove non potesse avvalersi dell'ausilio di un interprete, «sarebbe pregiudicato nel suo diritto a partecipare effettivamente allo svolgimento del processo penale». Pertanto, la mancanza di un espresso obbligo di traduzione nella lingua nota all'imputato straniero di determinati atti «non può impedire la piena espansione della garanzia assicurata dall'art. 143, primo comma, c.p.p., in

conformità ai diritti dell'imputato riconosciuti dalle convenzioni internazionali ratificate in Italia e dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione», con la conseguenza che la norma processuale in esame deve essere letta nel senso di imporre la nomina di un interprete o un traduttore immediatamente al verificarsi della circostanza della mancata conoscenza della lingua italiana da parte della persona nei cui confronti si procede.

Del resto, già con la **sentenza n. 50 del 1972**, che a sua volta richiamava i precedenti di cui alle sentenze n. 148 del 1969 e n. 86 del 1968, i Giudici costituzionali avevano ritenuto in contrasto con l'art. 24 Cost. l'art. 223, secondo comma, del vecchio cod. proc. pen., che consentiva all'autorità giudiziaria di procedere all'interrogatorio dello straniero senza l'ausilio obbligatorio di un interprete e senza la possibilità per l'imputato di far inserire nel processo verbale una eventuale sua dichiarazione scritta.

Con la **sentenza n. 198 del 2000** la Corte è andata oltre e, nell'occuparsi del dubbio di costituzionalità dell'art. 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998, che non consentirebbe l'opposizione tardiva al decreto prefettizio di espulsione qualora lo straniero non abbia avuto conoscenza, senza colpa, del suo esatto contenuto, ha affermato che «il pieno esercizio del diritto di difesa da parte dello straniero presuppone [...] che qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto ad incidere sulla sua sfera giuridica, sia concretamente conoscibile», con la conseguenza che il decreto espulsivo «deve essere redatto anche nella lingua del destinatario ovvero, se non sia possibile, in una delle lingue che – per essere le più diffuse – si possano ritenere probabilmente più accessibili dal destinatario». Nella medesima pronuncia viene altresì espressamente sottolineato che «il diritto ad un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale».

Lo stesso tema e la stessa disposizione del T.U. dell'immigrazione sono oggetto della successiva **sentenza n. 227 del 2000**: «il diritto di azione in giudizio contro atti della pubblica amministrazione – si legge in motivazione – presuppone ovviamente la conoscibilità del loro contenuto e, di tale conoscibilità, l'uso di una lingua comprensibile all'interessato è evidentemente condizione necessaria». È,

perciò, sulla premessa di tale conoscibilità che vale il termine perentorio di cinque giorni per la proposizione del ricorso avverso il decreto espulsivo di cui all'art. 13, comma 8, impugnato, mentre «il caso eccezionale in cui la premessa non si realizza, non essendo stata compresa la lingua impiegata, sta fuori della portata della disposizione», con la conseguenza che il giudice, ove tale conoscibilità non vi sia, dovrà far uso dei suoi poteri interpretativi e trarre dai principi dell'ordinamento una regola congruente con l'esigenza di non vanificare il diritto di azione dell'imputato (per esempio ritenendo l'inefficacia del provvedimento non tradotto in lingua comprensibile all'interessato).

Se «l'imputato deve poter comprendere, nella lingua da lui conosciuta, il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa», allora non può non essere riconosciuto all'accusato straniero, che non comprende la lingua italiana, il diritto ad un interprete: è alla luce di tale principio che, nella **sentenza n. 254 del 2007**, la Corte ha giudicato fondata la questione di costituzionalità dell'art. 102 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, illegittimo nella parte in cui non prevede la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete. La Corte ha richiamato la propria precedente giurisprudenza sull'art. 143 cod. proc. pen., che «configura il ricorso all'interprete non già come un mero strumento tecnico a disposizione del giudice per consentire o facilitare lo svolgimento del processo in presenza di persone che non parlino o non comprendano l'italiano, ma come oggetto di un diritto individuale dell'imputato, diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che [...] è parte ineliminabile del diritto di difesa». Tale diritto, affermano i Giudici costituzionali, non può «soffrire alcuna limitazione»: infatti, l'istituto del gratuito patrocinio, diretto ad assicurare anche ai non abbienti l'attuazione del precetto di cui al terzo comma dell'art. 24 Cost., prescrive che a questi siano assicurati i mezzi per agire e per difendersi, «e ciò in esecuzione del principio posto dal primo comma della stessa disposizione, secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

2.3.3. La difesa tecnica

Un altro importante aspetto del diritto di difesa è rappresentato dalla possibilità di ricorrere all'istituto del gratuito patrocinio (sul punto si veda anche la sentenza n. 194 del 1992).

Su questo tema i Giudici delle leggi si sono espressi con la **sentenza n. 219 del 1995**, che ha concluso per l'incostituzionalità parziale dell'art. 5, comma 3, della legge 30 luglio 1990, n. 217. La Corte dopo aver dichiarato non fondato il più radicale dubbio di legittimità dell'art. 1, comma 6, della legge citata, che estende allo straniero il trattamento riservato al cittadino italiano in tema di patrocinio a spese dello Stato, «perché anche lo straniero fruisce della garanzia costituzionale in ordine ai diritti civili fondamentali, in particolare in ordine al diritto di difesa, nel quale è compresa anche la difesa dei non abbienti», ha però evidenziato come la disciplina concessiva del beneficio anche allo straniero non possa non tener conto «delle peculiarità che contraddistinguono la situazione dello straniero da quella del cittadino, in particolare per quanto riguarda la sua situazione reddituale», che condiziona l'ammissione al beneficio e il relativo accertamento.

Viene, perciò, ritenuta fondata la censura rivolta alla norma che concerne la documentazione che attesti la posizione di reddito del richiedente: infatti, mentre il cittadino deve autocertificare la sussistenza delle condizioni reddituali e allegare copia dell'ultima dichiarazione dei redditi, produrre una elencazione di tutti i suoi redditi, di qualsiasi fonte e prescindere dal trattamento fiscale ed indicare la sua situazione patrimoniale, con una conseguente rigorosa procedura di controllo, non altrettanto è a dirsi per lo straniero, per il quale è sufficiente produrre l'autocertificazione della sussistenza del requisito reddituale, accompagnata dall'attestazione dell'autorità consolare competente dalla quale risulti che “per quanto a conoscenza” della stessa, l'autocertificazione non è mendace; «ciò svela l'irragionevolezza intrinseca della disciplina dell'onere documentale, perché il legislatore [...] non può rinunciare solo per lo straniero a prevedere una qualche verifica e controllo che non siano legati unicamente all'eventualità, meramente ipotetica ed eventuale, che all'autorità consolare già risultino elementi di conoscenza utili a valutare l'autocertificazione del presupposto».

Secondo la Corte di cassazione (**Cass. Sez. IV, n. 618 del 2004**), l'autorità consolare non può eludere il *dictum* della suddetta pronuncia costituzionale, utilizzando formule sostanzialmente analoghe a quella contenuta nella norma dichiarata illegittima: nella specie, l'autorità consolare affermava "di non avere elementi di conoscenza contrari alla autocertificazione" prodotta dallo straniero, così eludendo le ragioni che avevano indotto i Giudici delle leggi alla declaratoria di incostituzionalità. A tal proposito, si legge in motivazione che proprio dalla sentenza n. 219 del 1995 «scaturisce di certo l'onere [...] di verificare nel merito il contenuto dell'autocertificazione, indicando gli accertamenti eseguiti», con la conseguenza che il giudice di merito può e deve vagliare la dichiarazione dell'autorità consolare e, se la ritiene non congrua, revocare l'ammissione al beneficio (nello stesso senso, tra le molte, anche **Cass. Sez. III, n. 38718 del 2004, Cass. Sez. I, n. 9661 del 2001**).

Sul tema del patrocinio a spese dello Stato, si registra anche l'**ordinanza n. 144 del 2004**, in cui la Consulta ha affermato che, nella domanda di ammissione, lo straniero extracomunitario irregolarmente presente nel territorio non è tenuto ad indicare il codice fiscale ma deve inserire esclusivamente i dati di cui all'art. 4, primo comma, lettera a), del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 605, ossia cognome, nome, luogo e data di nascita, sesso e domicilio o sede legale all'estero.

Tale regola, in base all'interpretazione della Corte di cassazione, va riferita al solo straniero, che non sia titolare di codice fiscale, e non anche al cittadino italiano (ad esempio, **Cass. Sez. IV n. 45 del 2008**); inoltre, lo straniero è comunque tenuto ad indicare gli ulteriori elementi richiesti dal d.P.R. 115 del 2002, ossia le generalità della famiglia anagrafica e, laddove la legislazione del Paese di origine non preveda una certificazione anagrafica, ha l'obbligo «almeno di esplicitare la composizione della sua famiglia, quanto meno quale situazione di fatto comportante la presenza di persone con lui conviventi».

Ovviamente, qualora si tratti di straniero di cui non si conoscano le generalità, è legittimo il provvedimento che non ammette al patrocinio a spese dello Stato (**Cass. Sez. IV, n. 22912 del 2004**), poiché l'incertezza sulle generalità impedisce tutte le indagini preventive contemplate dalla legge e rappresenta un ostacolo all'individuazione delle variazioni di reddito che possono legittimare la revoca dell'ammissione.

Sulla effettività del diritto di difesa dello straniero nel procedimento di convalida del trattenimento in un centro di permanenza temporanea di interesse è l'**ordinanza n. 385 del 2001**, secondo la quale non viola la garanzia *ex art. 24 Cost.* la mancata previsione, nell'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, dell'obbligo del questore di dare avviso al difensore, fin dall'adozione del provvedimento amministrativo di trattenimento o, quantomeno, dal momento della comunicazione al giudice dell'inizio della misura. Infatti, argomentano i Giudici, «pur in un contesto procedimentale ispirato ad esigenze di celerità, semplicità ed immediatezza, l'effettività di tale diritto non viene compromessa, potendo comunque lo straniero, fin dall'inizio del trattenimento nel centro, ricevere visitatori provenienti dall'esterno e in particolare il difensore che abbia eventualmente scelto ed essendogli altresì garantita libertà di corrispondenza, anche telefonica»; inoltre, laddove lo straniero sia sprovvisto di un difensore, questo gli viene nominato d'ufficio dal giudice della convalida, e il difensore deve essere presente all'udienza e può acquisire al più tardi in quella sede tutti gli elementi di conoscenza utili alla difesa.

Infine, deve essere citata l'**ordinanza n. 84 del 2007**, in cui i Giudici costituzionali, nel dichiarare manifestamente infondato il dubbio di legittimità dell'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato in quanto non prevede la nomina di un difensore d'ufficio iscritto nelle liste speciali al momento dell'emissione del decreto prefettizio di espulsione, hanno evidenziato che il diritto di difesa va garantito nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale in cui sia in discussione una posizione giuridica sostanziale tutelata dall'ordinamento, mentre la norma contestata regola «una fase amministrativa», con la conseguenza che, essendo solo eventuale il ricorso all'autorità giudiziaria, «la disciplina impugnata non può ritenersi in contrasto con il dedotto parametro [di cui all'art. 24 Cost.], in quanto il destinatario del decreto di espulsione è posto nelle condizioni di potersi avvalere dei rimedi giurisdizionali che l'ordinamento appresta». Inoltre, non è neppure corretto il confronto che il rimettente fa tra il destinatario del decreto di espulsione e il destinatario di un atto avente natura penale, essendo tali fattispecie assolutamente eterogenee.

2.4. I rapporti con la pubblica amministrazione

Per quanto attiene ai rapporti tra gli stranieri e la pubblica amministrazione, la tematica che è più frequentemente oggetto di attenzione in giurisprudenza riguarda le problematiche connesse alla traduzione degli atti di cui gli stranieri siano destinatari.

In proposito, è da richiamare la **sentenza n. 257 del 2004**, secondo la quale, la previsione contestata di cui all'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, relativa all'obbligo di traduzione dei provvedimenti riguardanti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dello straniero "in una lingua a lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola", «rispondono a criteri ragionevolmente funzionali, e nella loro necessaria astrattezza idonei a garantire che, nella generalità dei casi, gli atti della pubblica amministrazione concernenti questa materia siano conoscibili dai destinatari, nel loro contenuto ed in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla loro violazione». La concreta valutazione dell'effettiva conoscibilità dell'atto compete ai giudici di merito, «che debbono verificare se il provvedimento abbia o meno raggiunto il suo scopo, traendone le dovute conseguenze in ordine alla sussistenza dell'illecito penale contestato allo straniero».

Sulla stessa linea si colloca l'**ordinanza n. 388 del 2006**, con cui viene giudicata manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 198 sollevata dal rimettente sul presupposto che la fattispecie criminosa prescinderebbe dall'effettiva conoscenza del contenuto del provvedimento del questore da parte del destinatario, non essendo prevista la necessaria traduzione dell'atto nella lingua madre dell'extracomunitario.

In merito all'obbligo di traduzione del decreto espulsivo e degli atti della pubblica amministrazione in generale si è pronunciata numerose volte la Corte di cassazione, che ne ha specificato la portata. Per la Cassazione, l'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, nel prevedere che i provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno o l'espulsione dello straniero debbano essere tradotti in una lingua a lui conosciuta, si ancora alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché al riconoscimento costituzionale del diritto di difesa. Tale obbligo, però, «sussiste soltanto qualora, al momento della emissione e

notifica del singolo provvedimento, emerga in modo certo la mancata conoscenza della lingua italiana da parte del cittadino straniero», mentre va escluso nel caso in cui lo straniero dimostri in qualunque modo di rendersi conto del significato degli atti e assuma iniziative rivelatrici della capacità di difendersi (**Cass. Sez. I, n. 19086 del 2006**; anche, *ex multis*, **Cass. Sez. I, n. 21698 del 2006**; **sez. I, n. 4334 del 2006**): la certa acquisizione di una sufficiente conoscenza della lingua italiana, desunta dalla lunga permanenza in Italia, integra, perciò, «pienamente il requisito normativo della lingua conosciuta» (**Cass. sez. I, n. 1753 del 2006**; fra le altre, **sez. I, n. 20936 del 2004** e citazioni ivi contenute)

Inoltre, l'obbligo non è assoluto ma appare «derogabile tutte le volte in cui l'autorità amministrativa attesti e specifichi le ragioni tecnico-organizzative per le quali tale traduzione non sia possibile e si imponga la traduzione in una delle tre lingue predeterminate dalla norma (francese, inglese, spagnolo)» (**Cass. Sez. I, n. 19132 del 2006**), sempre che l'autorità procedente verifichi preventivamente quale di queste tre lingue sia conosciuta dallo straniero, perché la traduzione in una delle tre lingue più diffuse non accompagnata da alcun accertamento sul punto è destinata ad inficiare la regolarità del provvedimento, posto che la *ratio* della norma è «assicurare allo straniero la comprensione della misura e l'apprestamento della sua difesa» (sentenza da ultimo citata; sul punto anche, tra le altre, **Cass. Sez. I, n. 9078 del 2000**). È, peraltro, orientamento consolidato della Suprema Corte quello secondo il quale è sufficiente l'indicazione delle ragioni che rendono impossibile la traduzione (per esempio, mancanza di personale che conosca la lingua, poco conosciuta, dello straniero), precludendo al giudice la possibilità di «sindacare nel merito la fondatezza delle ragioni addotte» (**Cass. Sez. I, n. 366 del 2003**; anche **sez. I, n. 5732 del 2003**, **sez. I, n. 9284 del 2006**; **sez. I, n. 6670 del 2006**).

2.5. Il diritto all'unità familiare

Il diritto all'unità familiare ha ricevuto, nella giurisprudenza costituzionale (oltre che in quella ordinaria), un ampio riconoscimento in linea di principio, sia antecedentemente che successivamente all'entrata in vigore del T.U. sull'immigrazione. Invero, nella **sentenza n. 376 del 2000**, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 2, lettera d) della legge 6 marzo

1998, n. 40, ora sostituito dall'art. 19, comma 2, lett. *d*) del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, si è messo in evidenza come i principi di protezione dell'unità familiare, con specifico riguardo alla posizione assunta nel nucleo dai figli minori in relazione alla comune responsabilità educativa di entrambi i genitori, non trovano riconoscimento solo nella nostra Costituzione, ma sono affermati anche da alcune disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia. Dal complesso di tali disposizioni, pur nella varietà delle formulazioni utilizzate, emerge, secondo la Corte, un principio, pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost., in base al quale «alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica». Orbene, la norma censurata, secondo i Giudici, non estendendo il divieto di espulsione al marito straniero convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, omette di considerare «proprio quelle ulteriori esigenze del minore e cioè il suo diritto ad essere educato, tutte le volte che ciò sia possibile, in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre» e pone la donna di fronte alla drammatica alternativa tra il seguire il marito espulso all'estero e l'affrontare il parto ed i primi mesi di vita del figlio senza il sostegno del coniuge. Tutto questo comporta la violazione del principio di «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi». Successivamente, peraltro, la Corte, con l'**ordinanza n. 192 del 2006**, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, lettera *d*), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato là dove prevede che il decreto di espulsione debba essere eseguito anche nei confronti dell'extracomunitario legato da relazione affettiva con una cittadina italiana, in stato di gravidanza, ha puntualizzato che, anche se la sentenza n. 376 del 2000 ha esteso al marito convivente la sospensione del potere di espulsione per le donne in

stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, tale estensione «presuppone una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare [...] nel caso di una relazione di fatto», con la conseguenza che «la questione di legittimità costituzionale, sebbene prospettata in termini di tutela della famiglia di fatto e dei conseguenti diritti-doveri, pone in realtà in comparazione trattamenti riservati a situazioni profondamente diverse – e cioè quella del marito di cittadina extracomunitaria incinta e quella dell'extracomunitario che afferma di essere padre naturale del nascituro – e, quindi, non irragionevolmente disciplinate in modo diverso dal legislatore». Sulla stessa linea si è posta l'**ordinanza n. 444 del 2006**, che ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità del tutto analoga (si trattava, in quel caso, di extracomunitario legato da relazione affettiva con una straniera in stato di gravidanza ed in attesa di permesso di soggiorno), richiamando la parte motiva dell'**ordinanza n. 192 del 2006** e mettendo in evidenza che «l'art. 31 della Costituzione è volto a salvaguardare la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e non può, quindi, essere invocato in riferimento ad una situazione quale quella prospettata dal rimettente».

In precedenza la Corte, con l'**ordinanza n. 481 del 2000**, aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma che prevede il divieto di espulsione per lo straniero convivente *more uxorio* con un cittadino italiano, ritenuta contrastante con il principio di eguaglianza perché creerebbe una disparità di trattamento tra tale soggetto e lo straniero che convive con il coniuge cittadino italiano. Secondo la Corte, «la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici che è invece assente nella convivenza *more uxorio*» (negli stessi termini è l'**ordinanza n. 313 del 2000**).

Tale orientamento è condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità. In merito si rammenta la sentenza **Cass, Sez. I, n. 5220 del 2006**, nella quale si è rilevato che, in tema di espulsione dello straniero, la causa di esclusione della

espulsione prevista dall'art. 19, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 286 del 1998, consistente nella sussistenza di un rapporto di coniugio, e di convivenza, dell'espellendo con una donna in stato di gravidanza, opera a condizione che tale rapporto trovi riconoscimento nell'ordinamento giuridico dello Stato di appartenenza dello straniero, ponendosi una diversa interpretazione, irragionevolmente estensiva della previsione, in contrasto con l'interesse nazionale al controllo dell'immigrazione (nella specie, è stato cassato il decreto con il quale era stata accolta la impugnazione del decreto di espulsione di un extracomunitario coniugato con rito *rom*, e convivente con una donna in stato di gravidanza). Sulla stessa linea si colloca anche la precedente sentenza **Cass. sez. I n. 3622 del 2004**, la quale ha interpretato l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, come rispondente all'esigenza di tutelare l'unità della famiglia relativamente a persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici, certezza che è stata ritenuta assente nella convivenza *more uxorio*, non essendo possibile equiparare la famiglia legittima e la famiglia di fatto nella materia della immigrazione clandestina, disciplinata da norme di ordine pubblico, nella quale l'espulsione incontra i soli limiti strettamente previsti dalla legge, allo scopo di escludere facili elusioni della disciplina stabilita per il controllo dei flussi migratori. Né è stato ritenuto in contrasto con principi costituzionali la previsione (contenuta nell'art. 19 cit.) del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado, atteso che essa risponde all'esigenza di tutelare da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici, che è invece assente nella convivenza *more uxorio* (**Cass., Sez. I, n. 13810 del 2004**). Sempre con riguardo al divieto di espulsione collegato alla sussistenza di legami familiari, la **sentenza della Cass., Sez. I, n. 2685 del 2004** ha evidenziato che il divieto di espulsione previsto dall'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, riguarda soltanto gli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado (o con il coniuge) di nazionalità italiana: siffatto divieto, pertanto, non sussiste in caso di convivenza con parente (o coniuge) straniero, ancorché munito di regolare permesso di soggiorno. Inoltre il medesimo divieto presuppone che il provvedimento espulsivo non sia stato emesso e non è applicabile con riferimento alle ipotesi in cui la situazione in essa contemplata si

sia realizzata successivamente alla emissione di detto provvedimento (**Cass. Sez. I., 16208 del 2006**).

2.5.1. Il ricongiungimento familiare come diritto dello straniero regolare

Con precipuo riferimento all'istituto del ricongiungimento familiare, antecedentemente all'approvazione del T.U. del 1998, che, anche *in subiecta materia*, detta una disciplina organica, nella **sentenza n. 28 del 1995**, la Corte costituzionale ha rilevato che l'art. 4, primo comma, della legge 30 dicembre 1986, n. 943, pur essendo compreso in una legge di tutela delle condizioni del lavoratore subordinato extracomunitario, acquista una sua autonoma rilevanza nel momento in cui fa riferimento all'istituto della ricongiunzione familiare, nel quale si considerano e si proteggono diritti – quali quelli della famiglia ed in particolare del minore – tutelati dalla Costituzione e riconosciuti da una molteplicità di atti internazionali (a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948). Tale disposizione, secondo la Consulta, attribuisce al lavoratore immigrato un vero e proprio diritto al ricongiungimento della sua famiglia, diritto che implica l'ammissione e il soggiorno del coniuge e dei figli minori nel territorio italiano; costoro, inoltre, una volta legalmente residenti in Italia, non possono essere privati del permesso di soggiorno nel caso in cui il lavoratore immigrato perda il posto di lavoro (art. 11, terzo comma, della legge). La specificità della legge si esprime, pertanto, nella garanzia di una esigenza – la convivenza del nucleo familiare – che si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori. La pronuncia, inoltre, aggiunge che il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e quindi tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri contemplati dalla legge in questione. Ancora, con la medesima sentenza, la Corte ha affermato che le finalità e i valori cui si ispira il citato art. 4 e, al tempo stesso, il rilievo che l'attività lavorativa all'interno della famiglia ha assunto nell'ordinamento, non possono comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di "occupazione" richieste per l'attivazione dell'istituto. Pertanto, il predetto art. 4, primo comma, va inteso nel senso che anche la cittadina extracomunitaria che

presti in Italia lavoro nella propria famiglia sia ricompresa nel novero dei lavoratori che hanno diritto al ricongiungimento con figli minori che risiedono all'estero. Secondo i Giudici, infatti, la diversa interpretazione della norma – che tale diritto negasse – risulterebbe non soltanto insostenibile, ma, soprattutto, lesiva delle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia, ai minori e al lavoro.

La stessa Corte di cassazione ha affermato più volte il principio secondo cui l'inviolabilità del diritto all'unità familiare deve ricevere ampia tutela anche con riferimento al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori. Il diritto al mantenimento dell'unità della propria famiglia viene tuttavia in considerazione solo per gli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato italiano, e cioè titolari di “carta di soggiorno o di permesso di soggiorno non inferiore all'anno” (cfr., sul punto, **Cass., Sez. I, sentenze n. 22206 del 2004, n. 25026 del 2005 e n. 4720 del 2007**). Non costituisce ostacolo per l'adozione da parte del questore e per l'attuazione del provvedimento di autorizzazione al ricongiungimento il fatto che lo straniero, beneficiario di detto provvedimento, sia stato precedentemente espulso e sussista, quindi, per il medesimo, il divieto di fare rientro nel territorio italiano – sempreché il decreto di espulsione non sia stato emesso per motivi connessi alla pericolosità sociale dello straniero. (**Cass., Sez. I, n. 5324 del 2008**).

Con l'**ordinanza n. 232 del 2001**, la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero coniugato e convivente con altro cittadino straniero in possesso di regolare permesso di soggiorno, ha testualmente dichiarato che «l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto dalla legge a condizioni volte ad assicurare “un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale” [...], ed in particolare “alla condizione che sussista la possibilità di assicurare al familiare, con cui si opera il ricongiungimento, condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa [...]»». In applicazione di tali principi, «il legislatore può legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri nel territorio nazionale effettuando un “corretto bilanciamento dei valori in gioco”,

esistendo in materia una ampia discrezionalità legislativa limitata soltanto dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli».

In ossequio a tali indicazioni, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il diritto al mantenimento dell'unità della propria famiglia è in via generale riconosciuto (alle condizioni sostanziali e nel rispetto delle regole procedurali previste nei successivi artt. 29 e 30, i quali dettano le modalità con cui viene tutelato il diritto anzidetto) soltanto ai cittadini stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato italiano, e in tale categoria non rientrano i soggetti colpiti da provvedimento di espulsione, onde l'esistenza di un nucleo familiare non è di per sé sufficiente a far ritenere legittima la permanenza in Italia di cittadini stranieri al di fuori delle regole che disciplinano il loro ingresso nel territorio dello Stato. Né tale disciplina si pone in contrasto con alcun principio, desumibile dall'art. 2 Cost., relativo alla tutela del diritto all'unità familiare, atteso che il legislatore ordinario può legittimamente limitare tale diritto, per bilanciare l'interesse dello straniero al mantenimento del nucleo familiare con gli altri valori costituzionali sottesi dalle norme in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri (cfr. **Cass., Sez. I, sentenze n. 12223 del 2003 e n. 22206 del 2004**). Ancora, la Corte di cassazione ha affermato, in tema di espulsione dello straniero, che «non è configurabile un ulteriore limite derivante dal rispetto di un supposto principio di proporzionalità tra sanzione amministrativa e interessi familiari dell'espellendo, dato che la materia è esaustivamente regolata dalla normativa vigente [...] che rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra interessi nazionali (e dell'Unione europea) alla regolarizzazione dei flussi migratori e diritti primari dello straniero alla sua dimensione familiare e non contrasta con l'art. 8 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, né con altre norme dell'Unione europea» (**Cass., Sez. I, n. 23134 del 2004**).

Il riferimento al corretto bilanciamento dei valori in gioco, nella disciplina concernente l'accesso dello straniero nel territorio dello Stato, esistendo in materia un'ampia discrezionalità legislativa, era stato in precedenza affermato dalla Corte costituzionale anche nella **sentenza n. 353 del 1997**, richiamata successivamente dall'**ordinanza n. 158 del 2006**, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, lettera c),

del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui si limita a prevedere il divieto di espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana senza prendere in considerazione la tutela degli stranieri *tout court*, già conviventi in Italia con il coniuge, in regola con il permesso di soggiorno, ed eventualmente con i figli. In merito, la Corte ha sottolineato che «la questione sollevata dal giudice rimettente, ove accolta, andrebbe a vanificare i fini sottesi alla legge per il ricongiungimento familiare, dal momento che sarebbe consentito in ogni caso allo straniero coniugato e convivente con altro straniero di aggirare le norme in materia di ingresso e soggiorno» e che, comunque, non può essere effettuato alcun giudizio di comparazione tra la situazione dello straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano. Le medesime argomentazioni si rinvengono, ancora, nell'**ordinanza n. 361 del 2007**, che ha esaminato un'identica questione di legittimità costituzionale, dichiarandola manifestamente infondata.

In un'altra occasione, la Corte, con l'**ordinanza n. 140 del 2001**, ha, invece, ritenuto che «le esigenze di tutela del nucleo familiare, individuate dal legislatore, cedono di fronte a quelle di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato»: il doveroso assolvimento degli obblighi familiari non giustifica sempre ed in ogni caso deroghe alle disposizioni del testo unico e la stessa Consulta mette in risalto la necessità di un bilanciamento fra la tutela dell'unità della famiglia e gli altri valori, dotati di pari dignità costituzionale, che potrebbero con la stessa confliggere, come la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico

2.5.2. I profili soggettivi del diritto al ricongiungimento

Nella **sentenza n. 224 del 2005**, la Corte costituzionale ha circoscritto il diritto al ricongiungimento alla sola famiglia nucleare e segnatamente al coniuge e ai figli minori.

Invero, la Consulta, nel rigettare una questione di costituzionalità avente ad oggetto la disciplina del ricongiungimento familiare contenuta nel T.U. sull'immigrazione, come modificato *in parte qua* dalla legge n. 189 del 2002, ha escluso che la nuova e più restrittiva disciplina introdotta dalla legge n. 189 del 2002 (che consente il ricongiungimento con i genitori solo nel caso di assenza di

altri figli nel paese di origine o provenienza ovvero di impossibilità degli altri figli, per documentati gravi motivi di salute, di provvedere al sostentamento dei genitori ultrasessantacinquenni) costituisca un ostacolo all'esercizio del diritto inviolabile ad una vita familiare – riconosciuto dalla Costituzione anche agli stranieri, pienamente equiparati ai cittadini in relazione al godimento di diritti fondamentali – con argomentazioni che valgono peraltro a definire il nucleo stesso del diritto all'unità familiare. La Corte ha osservato che tale diritto «deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione, e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori». Tuttavia, proseguono i Giudici costituzionali, il principio contenuto nell'art. 29 Cost. «non ha una estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori, in quanto nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori, l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, aprendosi contestualmente margini che consentono al legislatore di bilanciare “l'interesse all'affetto” con altri interessi di rilievo». In particolare, è legittima la limitazione del ricongiungimento «alle ipotesi in cui vi sia un'effettiva e grave situazione di bisogno di quei familiari che non possono in alcun modo soddisfare autonomamente le proprie esigenze di vita, non avendo nemmeno altri figli nel paese di origine in grado di sostentarli». La Corte ha, poi, sottolineato che «il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza».

Negli stessi termini è la **sentenza n. 464 del 2005**, nella quale si afferma che «il diritto al godimento della vita familiare va garantito senza condizioni a favore dei coniugi e dei nuclei familiari con figli minori, mentre negli altri casi esso può anche subire restrizioni, purché nei limiti della ragionevolezza». Nella medesima pronuncia, la Consulta ha rilevato che la scelta del legislatore (laddove ammette il ricongiungimento allo straniero residente in Italia dei genitori ultrasessantacinquenni solo qualora gli altri figli, residenti all'estero, siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute), non può ritenersi lesiva, oltre che dell'art. 29, dell'art. 3 Cost., dato che tale ultimo parametro può ritenersi riferito agli stranieri soltanto allorché si deduca che la violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza involga diritti

fondamentali e inviolabili dell'uomo, ciò che è da escludere con riguardo al rapporto con i figli maggiorenni.

Con l'**ordinanza n. 368 del 2006**, la Corte, richiamando le affermazioni della **sentenza n. 224** e dell'**ordinanza n. 464 del 2005**, nel caso di ricongiungimento tra figli maggiorenni e genitori, ha precisato che il legislatore ben può bilanciare l'interesse all'affetto con altri interessi meritevoli di tutela. Così, è stata giudicata manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato nella parte in cui non consente allo straniero di ottenere il ricongiungimento con entrambi i genitori nel caso in cui uno solo sia ultrasessantacinquenne ed il ricorrente abbia dimostrato che gli altri figli – che pure vivono nel paese di origine o provenienza – sono impossibilitati al loro sostentamento per gravi motivi di salute. Secondo la pronuncia, la scelta di limitare il ricongiungimento ai casi in cui vi sia un'effettiva situazione di bisogno di quei familiari che non sono in grado di soddisfare autonomamente le proprie esigenze primarie di vita è del tutto ragionevole, alla luce del corretto bilanciamento dei valori che entrano in gioco quando si tratti di regolare l'accesso degli stranieri nel territorio nazionale.

Da ultimo, le stesse argomentazioni sono state riprese nell'**ordinanza n. 335 del 2007**, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lettera *b-bis*), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato in quanto, consentendo il ricongiungimento dei figli maggiori d'età allorché risulti che non possono provvedere al proprio sostentamento a causa del loro stato di salute, comportante invalidità totale, violerebbe gli artt. 3, 29 e 30 Cost. In merito, i Giudici hanno ribadito i consolidati principi espressi con riferimento al diritto al ricongiungimento e segnatamente che, in materia, «la discrezionalità del legislatore risulta ancora più ampia», poiché «il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza». Quindi, il legislatore può regolare l'accesso degli stranieri «sulla base di scelte che tengano conto di un corretto bilanciamento dei valori in gioco», con la conseguenza che non appare irragionevole «consentire il ricongiungimento dei figli maggiorenni nelle sole ipotesi in cui vi sia una situazione di bisogno determinata dall'impossibilità permanente di provvedere alle proprie

indispensabili esigenze di vita, a causa del loro stato di salute». Inoltre, secondo la Corte, non appare praticabile neppure il giudizio di comparazione fra la disciplina riservata al ricongiungimento del genitore, per il quale sarebbe sufficiente l'assenza di figli nel Paese di origine che possano provvedere al suo sostentamento, e quella prevista per il figlio maggiorenne, stante l'eterogeneità delle due situazioni messe a confronto, posto che «solo per il figlio maggiorenne può ragionevolmente ritenersi che l'eventuale situazione di dipendenza economica dal proprio genitore sia legata a fattori contingenti e, conseguentemente, destinata a risolversi, salvo appunto il caso di uno stato di malattia che ne pregiudichi irreversibilmente la capacità lavorativa».

Gli orientamenti sopra espressi sono stati condivisi anche nella giurisprudenza di legittimità, per la quale il diritto al mantenimento dell'unità familiare riceve nella legislazione una specifica regolamentazione sulle modalità di ingresso e sulle condizioni per la sua attuazione che fissa punti di equilibrio tra i diversi valori, costituzionalmente protetti, della unità familiare e del controllo statale dei flussi di immigrazione (**Cass., Sez. I, sentenze n. 25026 del 2005, n. 22206 del 2004, n. 12223 del 2003**), con una sintesi che, ragionevolmente espressa, non compete al giudice sindacare (**Cass., Sez. I, sentenza n. 16453 del 2006**).

Sotto altro profilo, è da sottolinearsi che, allorché il diritto al ricongiungimento coinvolga i figli minori, esso non è più subordinato alla circostanza che i genitori siano uniti da un vincolo matrimoniale.

Con la **sentenza n. 203 del 1997** è stato, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'art. 4, comma 1, della legge 30 dicembre 1986, n. 943, nella parte in cui non prevede, a favore del genitore straniero extracomunitario, il diritto al soggiorno in Italia – sempreché possa godere di normali condizioni di vita – per ricongiungersi al figlio, considerato minore secondo la legislazione italiana, legalmente residente e convivente in Italia con l'altro genitore, ancorché non unito al primo in matrimonio.

In merito, la Corte ha innanzitutto premesso che la garanzia della convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e, in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori e che il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò

di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri. Conseguentemente, il diritto fondamentale del minore di poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, ed il conseguente diritto dei genitori di realizzare il ricongiungimento con il figlio, sono, per la Corte, violati da una disciplina normativa che, ai fini del ricongiungimento, ignora la situazione di coloro i quali, pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori. In definitiva, la situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento familiare non concerne il rapporto dei genitori tra loro, bensì il rapporto tra i genitori e il figlio minore, in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo.

2.5.3. La disciplina di favore approntata per i minori

Il Titolo IV del Testo Unico sull'immigrazione, intitolato "diritto all'unità familiare e tutela del minore", contiene puntuali disposizioni a protezione del minore extracomunitario.

Interessante è, a tal proposito, la giurisprudenza di legittimità in tema di art. 31 del T.U., che, nell'ottica di garantire al minore la maggior tutela possibile, riconosce al Tribunale per i minorenni il potere di autorizzare l'ingresso o la permanenza nel territorio di un familiare, quando sussistano gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore presente nel territorio italiano e tenuto conto dell'età e delle sue condizioni di salute. Sul punto, la Corte di cassazione stabilisce che, una volta concessa detta autorizzazione, il questore deve rilasciare il permesso di soggiorno al familiare per i motivi e per l'intero periodo indicati nel provvedimento giudiziale e non ha il potere di rimettere in discussione i presupposti in fatto e in diritto della statuizione adottata dal tribunale (**Cass. sez. I, n. 10136 del 2007**), con la conseguenza che, in caso di mancato o inesatto o incompleto rilascio del documento, è competente il giudice ordinario a conoscere delle doglianze dell'interessato (**Cass. SS.UU. n. 16301 del 2007**).

Peraltro, la Corte di legittimità chiarisce che non si può dare un'interpretazione troppo elastica dei gravi motivi che consentono il rilascio dell'autorizzazione alla permanenza nel territorio, per un periodo determinato, per

il familiare del minore presente in Italia, ancorché raggiunto da provvedimento di espulsione. Tali motivi, infatti, devono essere correlati esclusivamente alla sussistenza di condizioni di emergenza, ovvero di circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, tanto da richiedere il sostegno del genitore per fronteggiarle, e non possono essere configurati in rapporto a situazioni che presentino carattere di normalità e tendenziale stabilità – quali le ordinarie esigenze di compimento del ciclo scolastico o dell'intero processo educativo-formativo del minore, di indeterminabile o lunga durata – come si desume inequivocamente dal rilievo che tale autorizzazione deve essere temporalmente limitata e revocata con la cessazione dei motivi che ne abbiano giustificato il rilascio (**Cass. sez. I, n. 10135 del 2007**, ma anche **sez. I n. 747 del 2007**, **sez. I, n. 396 del 2006**).

Detta autorizzazione non può, perciò, essere rilasciata al familiare, in ragione delle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione del minore nel tessuto sociale che renda le sue condizioni di vita consone alle esigenze evolutive proprie dell'età e migliori rispetto a quelle godute o godibili nel Paese di origine o altrove. Diversamente, si produrrebbe il risultato di uno stabile radicamento nel territorio italiano del nucleo familiare, ovvero si configurerebbe un modo anomalo di legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri illegalmente presenti nel territorio nazionale attraverso una forma di strumentalizzazione, e non già di tutela, dell'infanzia. Né, d'altra parte, siffatta interpretazione contrasta con il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, atteso che il diritto all'unità familiare, regolato dagli artt. 29 e 30 del d.lgs. n. 286 del 1998, è tutelato in particolare attraverso l'istituto del ricongiungimento, il quale può essere invocato soltanto nell'ipotesi di regolare presenza in Italia del genitore o del minore, laddove, del resto, quest'ultimo, ai sensi dell'art. 19, comma secondo, lett. a) del citato d.lgs., ha diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione (**Cass. sez. I, n. 4197 del 2008**, anche **Cass. sez. I, n. 10135 del 2007**).

Sul punto, le **SS.UU. n. 22216 del 2006** hanno rimarcato che la presenza dei gravi motivi deve essere accertata dal tribunale come emergenza attuale solo nell'ipotesi di richiesta di autorizzazione all'ingresso nel territorio nazionale in deroga alla disciplina generale dell'immigrazione; quando, invece, si tratta di

richiesta di autorizzazione alla permanenza del familiare, che diversamente dovrebbe essere espulso, la situazione eccezionale nella quale vanno ravvisati i gravi motivi può essere attuale ma può essere anche dedotta come conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sino ad allora presente, e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile.

Chiaro è che presupposto indefettibile per l'operare di tale disciplina è la effettiva presenza del minore nel territorio italiano nel momento in cui sorgono le esigenze giustificative dell'eccezionale autorizzazione di cui si discute (**Cass. sez. I, n. 11951 del 2003**)

Di rilievo è anche **Cass. n. 15754 del 2006**, secondo cui l'inserimento del minore, figlio di straniero regolarmente soggiornante in Italia, nel permesso di soggiorno di quest'ultimo, pur non presupponendo necessariamente l'espletamento della procedura di ricongiungimento di cui all'art. 29, comma 1, lettera *b*), e commi 7, 8 e 9, del citato d.lgs. - in considerazione del superiore interesse del minore, che, in ragione delle condizioni di affidamento all'estero e della tenera età, non possa attendere in madrepatria l'esito di detta procedura - richiede, tuttavia, la regolare presenza del minore nello Stato accanto al genitore, e, cioè, postula che il minore non sia stato introdotto clandestinamente nel territorio nazionale, ma sia entrato dopo il rilascio del visto di ingresso, che non deve essere confuso con un mero visto di transito.

A questa giurisprudenza si correla quella secondo la quale il divieto di espulsione dei minori di anni diciotto contemplato dall'art. 19 del T.U. «non può interpretarsi nel senso che, nel caso di minori che siano figli di genitori clandestinamente introdottisi nel territorio nazionale, il divieto si estenda anche a tali genitori, per “insopprimibili esigenze di unità della famiglia”» (**Cass. sez. I, n. 9327 del 2000**). In effetti, lo stesso art. 19 precisa che, nell'ipotesi di genitori clandestini raggiunti da provvedimenti di espulsione, “il minore ha diritto di seguire il genitore espulso”, «con ciò rimanendo escluso il paventato *vulnus* alla unità familiare e, nel contempo, evitandosi l'aberrante conseguenza (che surrettiziamente si vorrebbe realizzare) che, in presenza dei minori, resti impedita l'applicazione della normativa nazionale di tutela della integrità delle frontiere anche nei confronti di stranieri maggiorenni, che quelle norme abbiano violato» (sul punto anche **Cass. sez. I, n. 12226 del 2003**).

Ciò, evidentemente, non riguarda l'ipotesi di minore con cittadinanza italiana, che ha diritto di risiedere nel territorio nazionale, con il conseguente divieto di espulsione del parente entro il IV grado con lui convivente, «non potendosi ipotizzare che il minore italiano possa essere costretto ad abbandonare il territorio nazionale per seguire il parente entro il IV grado convivente, che sia stato espulso» (Cass. sez. I, n. 3019 del 2006).

L'art. 31 del T.U. dispone che il figlio minore dello straniero, con questi convivente e regolarmente soggiornante, è iscritto nel permesso o carta di soggiorno di uno o entrambi i genitori fino al quattordicesimo anno di età e segue la condizione giuridica del genitore; analogo trattamento è riservato al minore affidato. Raggiunti i quattordici anni, al minore è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari valido sino alla maggiore età; a quel punto, secondo l'art. 32, allo straniero può essere rilasciato un permesso per motivi di studio, di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura: questo vale, a determinate condizioni, anche per i minori non accompagnati cittadini di Paesi terzi, ossia i minori che si trovino in uno Stato di cui non sono cittadini e siano separati dai genitori e non assistiti da un adulto che sia responsabile della loro cura e assistenza.

Oltre che a tali soggetti, il disposto dell'art. 32 del T.U. va riferito anche ai minori sottoposti a tutela: questo è quanto emerge dalla **sentenza n. 198 del 2003** della Corte costituzionale, che ha concluso per la non fondatezza “nei sensi di cui in motivazione” della questione di costituzionalità dell'art. 32, comma 1, che, secondo il rimettente, nel prevedere che possa essere rilasciato il suddetto permesso di soggiorno agli stranieri che compiano la maggiore età e siano in condizione di affidamento, non includerebbe i minori sottoposti a tutela. Ad avviso della Corte, la norma censurata non determina alcuna ingiustificata disparità di trattamento in quanto può essere letta in conformità a Costituzione, ossia «integrata in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento». Infatti, i due istituti, pur avendo diversi presupposti – poiché la tutela si apre con la morte o l'assenza dei genitori o l'impossibilità di questi ad esercitare la potestà, mentre l'affidamento può essere disposto allorché la famiglia di origine sia temporaneamente inidonea ad offrire al minore un adeguato ambiente di vita – ed

una diversa durata – poiché alla tendenziale definitività della prima si contrappone la temporaneità del secondo – «sono entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore», posto che l'affidamento ha lo scopo di favorire il reingresso nella famiglia di origine, ma compito dell'affidatario è provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione ed istruzione, allo stesso modo del tutore che, oltre ad amministrare il patrimonio, deve prendersi cura dei bisogni del pupillo. A ciò si aggiunga che sarebbe irragionevole una normativa che consentisse il rilascio del permesso di soggiorno «ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale gestito da un ente pubblico o privato» *ex art. 25 della legge n. 189 del 2002* e non lo consentisse, invece, in favore del minore straniero sottoposto a tutela. Pertanto, conclude la Corte, «una interpretazione meramente letterale dell'art. 32, comma 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 condurrebbe ad un sicuro conflitto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione ed in particolare con quanto previsto dall'art. 30, secondo comma, e dall'art. 31, secondo comma, e determinerebbe fondati dubbi di ragionevolezza».

Al *dictum* della Corte si è, in seguito, adeguato il Consiglio di Stato, che, con numerose pronunce, ha specificato che l'art. 32, comma 1, del T.U. va interpretato «tenendo conto dei principi enunciati dalla sentenza n. 198 del 2003», nel senso che il permesso va rilasciato «quando il minore sia stato sottoposto non solo ad un affidamento “amministrativo” o “giudiziario” [...], ma anche alla tutela ai sensi degli artt. 343 e seguenti del codice civile» (**Cons. Stato sez. VI, n. 1681 del 2005**; nello stesso senso anche **n. 564 del 2007, n. 1540 del 2007**).

Secondo la Suprema Corte, quando il minore straniero, ricongiuntosi al genitore presente regolarmente sul territorio e con permesso di soggiorno per motivi familiari, sia divenuto maggiorenne, non si può procedere al rinnovo del permesso, a meno che si tratti di figlio maggiorenne a carico, impossibilitato per ragioni oggettive a provvedere al proprio sostentamento a causa del suo stato di salute che comporti invalidità totale; è, viceversa, consentito solo il rilascio di un'altra autorizzazione a soggiornare in Italia, per i motivi di cui all'art. 32 del T.U. (studio, accesso al lavoro, esigenze sanitarie ...), salvo il caso in cui fosse stata rilasciata a favore dei genitori una carta di soggiorno permanente già durante la minore età del figlio (poiché solo in questo caso anche i figli avrebbero avuto il

diritto a soggiornare in Italia per la stessa durata indeterminata) (**Cass. sez. I, n. 13166 del 2005**).

2.5.4. Le condizioni in presenza delle quali si fa luogo al ricongiungimento

Oltre ai limiti soggettivi, esaminati nei paragrafi precedenti, il diritto al ricongiungimento incontra limiti anche da un punto di vista materiale, nel bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.

Così, già con la **sentenza n. 28 del 1995**, la Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto che il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono diritti fondamentali della persona che spettano in via di principio anche agli stranieri, ha affermato che questi possono, tuttavia, essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale. Ciò è quanto si è ritenuto avvenire nel caso di specie, in cui l'esigenza del ricongiungimento familiare è stata collegata alla condizione che lo straniero immigrato sia in grado di assicurare ai propri familiari «normali condizioni di vita». Il principio è ribadito nella **sentenza n. 203 del 1997**, con l'ulteriore precisazione che, nel caso in cui il ricongiungimento riguardi il genitore straniero di figlio minore legalmente residente in Italia, la medesima condizione potrà essere assolta, secondo i Giudici, sia attraverso le disponibilità economiche dell'altro genitore, sia attraverso le eventuali disponibilità economiche di cui possa godere il medesimo genitore straniero che chiede di ricongiungersi al figlio minore.

Anche la giurisprudenza di legittimità, nel valutare taluni requisiti posti dal legislatore allo straniero per l'ottenimento del ricongiungimento (segnatamente la disponibilità dell'alloggio e l'esistenza di un reddito annuo), ha ritenuto che la *ratio* della previsione legislativa sia quella di assicurare al familiare, con il quale si opera il ricongiungimento, condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa, avendo, peraltro, cura di precisare che il requisito del reddito può essere integrato anche sulla base di una prognosi fondata sul reddito prodotto al momento della domanda di ricongiungimento, non

essendo richiesto che lo straniero abbia già acquisito quel reddito per almeno un anno (**Cass., Sez. I, sentenza n. 6938 del 2004**).

In tema di alloggio, la medesima giurisprudenza ha rilevato che l'art. 29, comma 3, lett. *a*), del d.lgs. n. 286 del 1998, collega il diritto al ricongiungimento familiare alla disponibilità «di un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica» o, in alternativa e in ipotesi in fatto diversa dalla mancanza di un alloggio idoneo, «nel caso di un figlio inferiore agli anni 14 al seguito di uno dei genitori, del consenso del titolare dell'alloggio nel quale il minore effettivamente dimorerà». Secondo i Giudici di legittimità, le due fattispecie sono totalmente diverse, e la prevista ospitalità estesa (a prescindere dalle caratteristiche dell'alloggio) dal terzo nei confronti del figlio infraquattordicenne a seguito del genitore e dimorante con lui, costituisce situazione distinta, non applicabile in via analogica al computo dei vani che rendono idoneo l'alloggio nella disponibilità di chi vuole il ricongiungimento. Né tale normativa viola la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e la legge n. 176 del 1991 di ratifica di essa, in quanto l'art. 29 del T.U. sull'immigrazione impone requisiti di idoneità dell'alloggio riconosciuti come tali, solo al fine di soddisfare le esigenze vitali di tutti i componenti il nucleo familiare, assicurando quegli spazi che il legislatore, nazionale e regionale, ha ritenuto indispensabili a garantire gli interessi anche dei minori, che devono riunirsi ai loro genitori. (**Cass., Sez. I, n. 5380 del 2006**).

2.5.5. Il diniego del nulla-osta al ricongiungimento

Nel caso in cui l'autorità amministrativa competente non rilasci allo straniero il visto di ingresso in Italia per ricongiungimento familiare, il legislatore ha previsto una procedura che gli consente di presentare ricorso al giudice del luogo in cui risiede, che provvede *ex art. 737 e ss. cod. proc. civ.* e può, accogliendo il ricorso, disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla osta. Con l'**ordinanza n. 140 del 2001** la Corte ha ritenuto manifestamente infondato il dubbio che investiva proprio quest'ultima norma, contenuta nell'art. 28, comma 6, della legge 6 marzo 1998, n. 40, giudicando non manifestamente irragionevole il modulo procedimentale predisposto dal legislatore: infatti, la procedura *ex art. 737 cod. proc. civ.* – pur in camera di consiglio e senza formalismi non indispensabili, per ragioni di speditezza – è «comunque idonea ad assicurare il rispetto

dell'essenzialità del contraddittorio e delle altre generali regole processuali, con la possibilità di partecipazione dell'interessato e dell'amministrazione del cui rifiuto si discute la legittimità», considerato, altresì, che il giudice può avvalersi della documentazione che lo straniero deve aver presentato, in sede di istanza originaria, alla questura competente nonché della documentazione che successivamente abbiano prodotto sia lo straniero che la pubblica amministrazione. A ciò si aggiunga il potere del giudice di assumere informazioni, utilizzabile nei confronti di qualsiasi soggetto o ente pubblico o privato, operante nel settore dell'immigrazione e dell'assistenza.

Tale indirizzo risulta confermato anche in sede di giurisprudenza di legittimità. In proposito si rammentano la sentenza **Cass. Sez. I, n. 12223 del 2003** e la sentenza, **Sez. I, n. 3260 del 2004**, con le quali si è affermato che il giudizio conseguente al ricorso dell'interessato avverso il diniego di nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari (nonché contro altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare), investendo la denunciata lesione di veri e propri diritti soggettivi, ha natura contenziosa e si svolge, nelle forme del procedimento camerale di cui agli artt. 737 e ss. cod. proc. civ., nel contraddittorio nei confronti dell'Amministrazione, onde quest'ultima, nella persona del Ministro dell'interno, è legittimata a proporre reclamo avverso il decreto del tribunale.

Ancora la Cassazione, sempre in tema di procedimento camerale *ex art.* 30, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998, in materia di ricongiungimento familiare, ha affermato che, nell'ipotesi di mancata comparizione della parte, il giudice del reclamo – verificata la ritualità degli atti finalizzati a consentire la comparizione stessa – deve comunque decidere sul merito della controversia, restando esclusa la declaratoria di improcedibilità per tacita rinuncia all'impugnativa, atteso che i procedimenti in camera di consiglio sono caratterizzati da particolare celerità e semplicità di forme e sono dominati, quanto allo svolgimento, dall'impulso officioso (**Cass., Sez. I, n. 27080 del 2005**). Con la medesima sentenza si è poi aggiunto che è ammissibile il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost. contro il decreto con il quale la Corte di appello, constatata la mancata comparizione della parte ricorrente, abbia dichiarato l'improcedibilità del reclamo avverso il provvedimento del tribunale in tema di concessione del visto di ingresso per

ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 286 del 1998, atteso che il giudizio in materia di diritto dello straniero all'unità familiare investe la denunciata lesione di veri e propri diritti soggettivi e che la dichiarazione di improcedibilità del reclamo presenta i caratteri della decisorietà e definitività, rientrando quindi nel novero delle violazioni processuali che possono essere denunciate con il ricorso straordinario per cassazione.

2.6. I rapporti di lavoro

Per quanto concerne i rapporti di lavoro di cui siano parte gli stranieri extracomunitari, è opportuno tenere distinte le fattispecie concernenti il lavoro subordinato da quelle inquadrabili nel lavoro autonomo. La tematica, oggetto dei paragrafi seguenti, deve peraltro essere integrata attraverso un rinvio alla disamina, svolta *supra*, Parte seconda, par. 1.2.4, relativa alla legalizzazione del lavoro irregolare.

2.6.1. Il lavoro subordinato

L'art. 2 del T.U. garantisce «a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani» (comma 3).

Peraltro, la Corte costituzionale, con la **sentenza n. 144 del 1970**, ha inizialmente affermato che non vi è dubbio che, nel campo dell'assunzione al lavoro, esistano tra il cittadino e lo straniero differenze sostanziali, perché, mentre il primo è inserito nel sistema di avviamento al lavoro predisposto, in conformità dell'art. 4 Cost., dalle leggi che prescrivono l'iscrizione presso gli uffici di collocamento e regolano l'assorbimento delle forze non occupate, il secondo non entra nel giuoco di questa normativa se non quando, avendo chiesto il visto consolare per l'ingresso nel nostro Paese al fine di lavoro, ha ottenuto il relativo consenso, che può essergli concesso solo se non vi siano lavoratori nazionali idonei per il posto che chiede. In coerenza con tale principio è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza e dell'art. 2 del d.lgs. 11 febbraio 1948, n. 50, che impongono a chiunque assume alle proprie dipendenze uno straniero, di

comunicarne, entro le 24 ore, le generalità all'autorità locale di pubblica sicurezza, specificando il servizio cui è adibito.

Una volta entrato nel mercato del lavoro, il lavoratore extracomunitario non può subire differenziazioni a suo svantaggio. Questo è il principio che si ricava dalla lettura della **sentenza n. 454 del 1998**, con la quale la Corte ha dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1 e 5 della legge 30 dicembre 1986, n. 943, sostituiti dagli artt. 2, 3, comma 4, e 21 del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui, nell'attribuire al Ministro del lavoro il potere di fissare le direttive in materia di impiego e mobilità professionale dei lavoratori subordinati extracomunitari, «non assicura il diritto dei lavoratori extracomunitari invalidi civili di essere iscritti nell'elenco degli invalidi disoccupati di cui all'art. 19 della legge 2 aprile 1968 n. 482». Secondo la Consulta, dalle disposizioni legislative in vigore si trae la conclusione che ai lavoratori extracomunitari, una volta che siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia - godendo di un permesso di soggiorno rilasciato a tale scopo o di altro titolo che consenta di accedere al lavoro subordinato nel nostro paese - e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani, e così siano iscritti o possano iscriversi nelle ordinarie liste di collocamento, devono essere riconosciuti tutti i diritti di cui godono i lavoratori italiani. Né, ha aggiunto la Corte, perdono tali diritti per il fatto di rimanere disoccupati: «l'art. 22, comma 9, del testo unico n. 286 del 1998 stabilisce espressamente (come già l'art. 11, comma 3, della legge n. 943 del 1986) che “la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo per privare il lavoratore extracomunitario ed i suoi familiari legalmente residenti del permesso di soggiorno”, onde continua a valere nei loro confronti la garanzia di godimento dei “diritti in materia civile” e della “piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”, di cui all'art. 2, commi 2 e 3, dello stesso testo unico; e aggiunge che il lavoratore in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno e comunque per un periodo non inferiore ad un anno».

Sulla stessa linea si colloca la giurisprudenza di legittimità, in particolare l'indirizzo espresso nella sentenza delle **SS.UU. n. 62 del 2000**, che ha esaminato

la questione della legittimità dell'assunzione diretta di lavoratori extracomunitari presso le aziende con non più di tre dipendenti. La decisione è importante in quanto – nel ritenere che anche i lavoratori extracomunitari aventi titolo per accedere al lavoro subordinato in Italia possono essere assunti in tutti i casi previsti dalla legge e, quindi, anche nel caso di specie, della chiamata da parte di azienda con non più di tre dipendenti – segue il principio espresso dalla Corte costituzionale secondo cui, per affermare la esclusione del diritto degli stranieri extracomunitari dall'assunzione diretta, si sarebbe resa necessaria una norma che, implicitamente o esplicitamente, avesse derogato, in tal senso, al principio della piena eguaglianza dei diritti sancito dalla legge n. 943 del 1986 e dal d.lgs. n. 286 del 1988.

Diversamente è stato più volte ritenuto per ciò che concerne il diritto dello straniero extracomunitario ad accedere al lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità, il requisito del possesso della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art. 2 d.P.R. n. 487 del 1994 – e dal quale si prescinde solo per gli stranieri comunitari, nonché per casi particolari (art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001; art. 22 del d.lgs. n. 286 del 1998) – si inserisce nel complesso delle disposizioni che regolano la materia particolare del pubblico impiego, materia fatta salva dal d.lgs. n. 286 del 1998, che sancisce, in generale, parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani. Né l'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico (al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge) è, secondo la Corte di cassazione, sospettabile di illegittimità costituzionale, atteso che si esula dall'area dei diritti fondamentali e che la scelta del legislatore è giustificata dalle stesse norme costituzionali (artt. 51, 97 e 98 Cost.), anche con riferimento alla legislazione di sostegno ai lavoratori disabili, la protezione dei quali non supera il limite della cittadinanza (cfr., per tutte, **Cass., Sez. Lav., n. 24170 del 2006**).

Tra le altre questioni affrontate dalla giurisprudenza di legittimità nella materia in esame merita di essere rammentata quella relativa alla sorte del posto di lavoro nel caso in cui venga a cessare, in pendenza del rapporto, il permesso di soggiorno. Sul punto, la Cassazione ha escluso che la scadenza del permesso di

soggiorno comporti l'automatica risoluzione del rapporto di lavoro ed ha ritenuto che essa ne determini soltanto la sospensione ad ogni effetto economico e giuridico e possa costituire giustificato motivo di licenziamento a norma dell'art. 3 della l. 15 luglio 1966, n. 604, restando escluso il diritto alla retribuzione durante il periodo di preavviso, nel perdurare della mancata prestazione (**Cass., Sez. Lav., n. 9407 del 2001**).

Potrebbe, invece, accadere che il lavoratore extracomunitario inoltri rituale richiesta di rinnovo, continuando a prestare la propria attività lavorativa, e che il provvedimento di rinnovo intervenga dopo la scadenza del permesso di soggiorno. In siffatte ipotesi, la Corte di cassazione ha affermato che, anche anteriormente al 1° giugno 1987 (ossia prima dell'entrata in vigore della l. n. 943 del 1986, recante la normativa sui lavoratori extracomunitari ed in particolare la disciplina della procedura amministrativa di avviamento al lavoro), l'inosservanza degli adempimenti prescritti per l'assunzione al lavoro di uno straniero non impediva che da parte di cittadini stranieri "da regolarizzare" fossero rese prestazioni di lavoro subordinato, le quali – non ricorrendo l'ipotesi di nullità del rapporto per l'illiceità dell'oggetto o della causa contrattuale – producevano comunque gli effetti previsti dall'art. 2126 cod. civ. e, quindi, il lavoratore aveva diritto alla prestazione retributiva (e ad ogni altra prestazione prevista dal contratto e connessa con l'instaurazione del rapporto) per tutto il tempo in cui la prestazione lavorativa fosse stata concretamente e realmente effettuata (**Cass., Sez. Lav., n. 10128 del 1998**).

2.6.2 Il lavoro autonomo e le attività professionali

La disposizione sopra citata dell'art. 2, comma 3, del T.U., che assicura al lavoratore straniero ed alla sua famiglia «parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani», ha carattere generale e riguarda anche i lavoratori autonomi.

Con precipuo riferimento allo svolgimento di attività professionali, la Corte costituzionale, con la **sentenza n. 175 del 1980**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 della legge 4 marzo 1952, n. 137, come sostituito dall'art. 2 della legge 25 luglio 1971, n. 568, per contrasto con l'art. 33, quinto comma, Cost., nella parte in cui consente l'iscrizione dei profughi negli albi

professionali senza richiedere il possesso nello Stato di provenienza di requisiti equipollenti a quelli costituzionalmente prescritti nell'ordinamento italiano. Invero, secondo la Corte, la disposizione in questione, limitandosi a porre come condizione della iscrizione negli Albi professionali «la mera esplicitazione legale della professione nei territori di provenienza senza nulla richiedere e precisare intorno alle condizioni, compreso il superamento di un esame di Stato, alle quali è subordinato l'accesso della professione nel territorio di provenienza», non contiene quella garanzia dell'accertamento preventivo dei requisiti di preparazione e capacità che la Costituzione italiana prescrive per l'abilitazione all'esercizio professionale. Il mero fatto che una attività professionale sia stata consentita ed esercitata in un qualunque territorio di provenienza del profugo, senza quell'accertamento – perfino senza un titolo di studio nella materia attinente alla professione (cioè quanto, e null'altro, è richiesto dalla norma denunciata) – non può essere ritenuto sufficiente, dunque, a integrare il rispetto della prescrizione costituzionale.

Conformemente, la **Cass., SS.UU., n. 147 del 1999**, ha precisato che è necessaria la espressa previsione dello specifico diritto fatto valere (nella specie iscrizione all'albo degli avvocati), in difetto del quale il cittadino extracomunitario deve trovarsi in possesso dei requisiti richiesti dall'ordinamento professionale al cittadino italiano (nella specie si trattava dello svolgimento della pratica forense e superamento dell'esame di abilitazione).

Sempre con riferimento all'iscrizione da parte dello straniero ad albi professionali, con la **sentenza n. 11 del 1968**, la Consulta ha affrontato una delicata questione che coinvolgeva, oltre al diritto a svolgere una determinata professione, anche la libertà di manifestazione del pensiero. Nell'esaminare la questione di costituzionalità relativa all'iscrizione dello straniero all'albo dei giornalisti, dopo aver premesso che, in linea di principio, il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso dello straniero all'esercizio della professione giornalistica in Italia non può dirsi illegittimamente stabilito, tuttavia ha rilevato che nell'ipotesi di uno straniero che sia cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, il presupposto di reciprocità rischia di tradursi in una grave menomazione della libertà di quei soggetti ai quali la Costituzione – art. 10, terzo comma – ha voluto offrire asilo

politico e che devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*, tra cui proprio l'art. 21 Cost. che a tutti, e non ai soli cittadini, garantisce il fondamentale diritto di esprimere liberamente e con ogni mezzo il proprio pensiero.

2.7. L'assistenza sanitaria

Il diritto alla salute ed ai trattamenti sanitari (art. 32 Cost.) è ritenuto applicabile anche allo straniero presente sul territorio, quantomeno per ciò che concerne il suo «nucleo irriducibile».

In proposito può essere ricordata la **sentenza n. 252 del 2001** – concernente il caso della espulsione di uno straniero che era illegittimamente entrato in Italia per sottoporsi all'applicazione di una protesi al piede amputato (intervento questo che non sarebbe stato possibile nel suo paese di origine) – con la quale la Corte ha rilevato come il diritto ai trattamenti sanitari sia costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, «salvo il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto come ambito inviolabile della dignità umana», il quale deve essere riconosciuto anche agli stranieri, quale che sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno. Lo straniero, più in particolare, gode di una forma di tutela del diritto alla salute in forme diversificate, a seconda della posizione in cui lo stesso viene a trovarsi nel nostro paese (regolare, irregolare ecc.), mentre il suddetto «nucleo irriducibile» deve essere sempre e comunque garantito. La Corte conclude, pertanto, sostenendo che lo straniero irregolare, presente nel nostro territorio, ha diritto a tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti, trattandosi di un diritto fondamentale della persona e che la natura indifferibile ed urgente dovrà essere valutata dal giudice, di volta in volta, anche attraverso il ricorso a mezzi istruttori.

Alla Consulta ha fatto eco la Cassazione (**Cass., Sez. I, n. 15830 del 2001**), la quale ha negato che lo stato di tossicodipendenza dello straniero irregolare e privo di lavoro possa essere equiparato ad una malattia o ad un infortunio *ex art 35, comma 3, del T.U.* In particolare, la Suprema Corte rileva che la tossicodipendenza è certamente uno stato patologico, ma si tratta di una malattia cronica dalla quale non necessariamente deriva un imminente pericolo di

vita. Sicché deve escludersi che possano essere considerate «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché non continuative», a norma dell'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998, le cure di cui ha bisogno un tossicodipendente che non si trovi in una situazione patologica acuta. Mentre deve ritenersi che solo le cure urgenti o comunque essenziali per l'immediata sopravvivenza dello straniero irregolare possano giustificare, a norma del citato art. 35, una sua permanenza sul territorio nazionale, che, altrimenti, secondo quanto prevede l'art. 5 dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998, presupporrebbe comunque un permesso di soggiorno *ad hoc*.

Ancora, è stato affermato che lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni indifferibili ed urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, trattandosi di diritto fondamentale della persona che deve essere tutelato ai sensi dell'art. 2 dello stesso d.lgs. n. 286. Tuttavia, la valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico, se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge consente di utilizzare, anche nel corso di un procedimento d'impugnazione dell'espulsione, per quanto caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, di modo che non si possa eseguire l'espulsione nei confronti di colui che, per via dell'immediata attuazione del provvedimento, potrebbe subire irreparabile pregiudizio al suo diritto costituzionale alla salute (**Cass., Sez. I, n. 1690 del 2005**).

Più recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto che la situazione di inespellibilità temporanea *ex art. 35 del d.lgs. n. 286* è correlata «ad una condizione di necessità di un intervento sanitario non limitata all'area del pronto soccorso od a quella della medicina d'urgenza bensì estesa, perché la garanzia normativa sia conforme al dettato costituzionale, alle esigenze di apprestare gli interventi essenziali *quoad vitam* diretti alla eliminazione della grave patologia che affligge lo straniero». In particolare, rileva ancora la Suprema Corte, sono coperti dalla garanzia temporanea della inespellibilità quegli interventi e solo quelli che, successivi alla rimozione chirurgica della patologia od alla somministrazione immediata di farmaci essenziali per la vita, siano indispensabili al completamento dei primi od al conseguimento della loro efficacia, mentre

restano esclusi quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente (**Cass., Sez. I, n. 20561 del 2006 e n. 1531 del 2008**).

Un analogo orientamento è invalso anche presso le giurisdizioni amministrative. In merito si rammenta la sentenza del **Tar Veneto, Sez. III, n. 1303 del 2008**, secondo cui il diritto vigente impone che allo straniero, anche se entrato o rimasto irregolarmente in Italia, venga riconosciuto il diritto di ottenere, per il tempo necessario ad effettuare le cure mediche d'urgenza o che non potrebbe ricevere nel paese d'origine, un permesso di soggiorno idoneo a regolarizzare la sua situazione di inespellibilità.

2.8. L'assistenza sociale

Con riferimento ai diritti connessi all'assistenza sociale, viene innanzitutto in rilievo, per la generalità dei principi in essa affermati, la **sentenza n. 432 del 2005**, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1, come modificata dall'art. 5, comma 7, della legge regionale 9 dicembre 2003, n. 25, che non includeva «i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili».

La Corte ha, innanzitutto, inquadrato la *ratio* del beneficio previsto dalla norma censurata in una «logica di solidarietà sociale», «riconciliabile alla scelta del legislatore regionale di agevolare – attraverso la fruizione gratuita del servizio – l'accesso al sistema dei trasporti pubblici locali in favore di un gruppo di persone accomunate dalla appartenenza alla più grave condizione di invalidità», e ha escluso che esso sia destinato a garantire quel «“nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto della persona» che deve essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato». Ciò posto, i Giudici hanno osservato che al legislatore statale o regionale è consentito «introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati», ma soltanto in presenza di una «“causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria». Ed è sotto

questo profilo che, a giudizio della Consulta, la disposizione censurata, il cui «scrutinio va circoscritto all'interno della specifica previsione, in virtù della quale la circolazione gratuita viene assicurata non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100%, ma soltanto a quelli, fra essi, che godano della cittadinanza italiana», si pone in contrasto con il principio sancito dall'art. 3 Cost. Il requisito della cittadinanza si atteggia infatti nella disposizione in esame «come uno specifico presupposto che condiziona l'ammissione al regime di *favor*, non diversamente dagli altri specifici requisiti che valgono ad identificare le singole categorie privilegiate», ma distinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, i cittadini italiani dai cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce per «introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione».

La Corte ha, inoltre, rilevato che l'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui «gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste [...] per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti», costituisce, a norma dell'art. 1, comma 4, del medesimo decreto legislativo, principio fondamentale dello Stato ai sensi dell'art. 117 Cost., con la conseguenza che «qualsiasi scelta del legislatore regionale che introducesse rispetto ad esso regimi derogatori – come senz'altro è avvenuto nella disposizione oggetto di impugnativa – dovrebbe permettere di rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga».

Dalla norma censurata, hanno concluso i Giudici delle leggi, non è invece «enucleabile [...] altra *ratio* che non sia quella di introdurre una preclusione

destinata a scriminare, dal novero dei fruitori della provvidenza sociale, gli stranieri in quanto tali».

Rilevante è altresì la recente **sentenza n. 306 del 2008**, con la quale la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo il disposto dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 e poi sostituito dal d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, nella parte in cui esclude che l'indennità di accompagnamento per inabilità possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari che non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, in attuazione della direttiva 2003/109/CE).

La Corte pone in luce la manifesta irragionevolezza del «subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono [...] la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita - al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito». Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, «inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza»: ne consegue il contrasto con gli artt. 32 e 38 Cost. e, «tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona», con l'art. 2 Cost.

Risulta, infine violato anche l'art. 10, primo comma, Cost., poiché «tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato». Così, se è vero che il legislatore può dettare norme che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia e può subordinare l'erogazione di determinate prestazioni alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, peraltro, una volta «che il diritto a soggiornare [...] non sia in discussione, non si

possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini».

In merito ad altre forme di assistenza sociale agli stranieri si è pronunciata più volte la giurisprudenza di legittimità. Così, in materia di assegno sociale, la Cassazione ha statuito che l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 - a norma del quale l'assegno sociale è concesso, sussistendone le condizioni di legge, ai soli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno, con esclusione, quindi, dei titolari di permesso di soggiorno - non ha carattere di interpretazione autentica della precedente normativa ed è, quindi, privo di efficacia retroattiva; conseguentemente, tale disposizione non è di ostacolo alla fruizione del beneficio per il cittadino straniero titolare di permesso di soggiorno in Italia che abbia ottenuto tale beneficio durante la vigenza dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, che stabiliva l'equiparazione ai cittadini italiani, ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, degli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno (**cf. Cass., Sez. Lav., sentenze n. 16415 del 2005 e n. 1117 del 2005**). Lo stesso principio è stato affermato relativamente all'indennità di frequenza per i minori invalidi prevista dalla legge n. 289 del 1990 (**Cass., Sez. Lav., sentenza n. 12605 del 2007**).

2.9. La tutela contro atti di discriminazione

L'art. 43 del T.U. considera discriminatorio «ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizione di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

Introdotta al primo comma la clausola generale contro le discriminazioni, il legislatore procede, poi, al secondo comma, ad una elencazione non tassativa al fine di tipizzare cinque situazioni di sicura valenza discriminatoria: in particolare, la lettera a) contempla l'ipotesi in cui un pubblico ufficiale o la persona incaricata

di un pubblico servizio o esercente un servizio di pubblica necessità compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente; la lettera *b*) si riferisce all'ipotesi in cui chiunque si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico, o li fornisca a condizioni più svantaggiose; le lettere *c*) e *d*) aggiungono alle ipotesi da ultimo richiamate quelle in cui, per le stesse ragioni, vengano rifiutate od imposte condizioni svantaggiose nell'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione ed ai servizi sociali o socio-assistenziali, oppure venga illegittimamente impedito l'esercizio di un'attività economica nel caso di straniero regolarmente soggiornante in Italia; la lettera *e*) si sofferma sulle discriminazioni, dirette o indirette, che svantaggino lo straniero sul luogo di lavoro.

In aggiunta all'art. 43 del T.U., occorre considerare anche il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, di attuazione della direttiva 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, il quale, nell'art. 3, sotto la rubrica «nozione di discriminazione», dispone che, «per principio di parità di trattamento, si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica» e che «la discriminazione diretta» si ha «quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga», mentre la «discriminazione indiretta» si verifica allorché «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone».

La legge fa, comunque, salvo il disposto dell'art. 43, commi 1 e 2, del T.U., ma aggiunge che sono considerate come discriminazioni anche le molestie, «ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona o di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo».

Il quadro normativo deve essere poi completato con la disposizione di cui all'art. 44 del T.U., che disciplina l'azione civile contro la discriminazione, prevedendo la possibilità, per il soggetto discriminato, di ottenere non solo una tutela di tipo inibitorio, «ma ogni altro provvedimento idoneo, secondo le

circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione”, oltre al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

Tutto quanto sopra premesso, sono da segnalare alcune interessanti pronunce dei giudici di merito, tra le quali una del **Tribunale di Milano, 30 marzo 2000**, che ha condannato a un milione di lire a titolo di risarcimento del danno morale una società immobiliare che aveva pregiudizialmente rifiutato la propria opera di intermediazione a causa della nazionalità straniera dei richiedenti, in cerca di una casa di affitto per uso abitazione. A questa pronuncia è poi seguita una decisione del **Tribunale di Bologna, 22 gennaio 2001**, su un caso molto simile concernente un sito *internet*, gestito da una società immobiliare, nel quale, tra i criteri di selezione delle offerte, vi era anche quello di cittadino extracomunitario. La società immobiliare si era difesa dicendo che il criterio selettore era giustificato dal fatto che alcuni proprietari di case avevano espresso tale pregiudiziale negativa per cui sarebbe stato inutile e dannoso per tutti operare ignorando tale spontanea preferenza del mercato. La società è stata condannata alla cessazione del fatto lesivo mediante cancellazione del canale di selezione “extracomunitari”, oltre al risarcimento dei danni morali e alla pubblicazione del decreto di condanna.

Per quel che concerne altre applicazioni giurisprudenziali, degna di nota è innanzitutto la sentenza del **Tribunale di Milano, 21 marzo 2002**, secondo la quale assume carattere discriminatorio, ai sensi dell’art. 43 del T.U., l’attribuzione, nell’ambito delle graduatorie per l’assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, con conseguente trattamento deteriore di accesso agli alloggi pubblici per gli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia, solo in ragione del loro status di cittadini stranieri. Il **Tribunale di Verona, 25 luglio 2002**, ha affermato che la preventiva autorizzazione delle federazioni sportive d’appartenenza richiesta per i lavoratori sportivi extracomunitari costituisce un elemento di differenziazione rispetto ai lavoratori italiani tale da compromettere il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica e giustifica un provvedimento *ex art. 44 del T.U.* finalizzato alla cessazione del

comportamento. Secondo il **Tribunale di Monza, 21 marzo 2002**, costituisce comportamento discriminatorio dello straniero, ai sensi dell'art. 43 del T.U., la norma dello statuto di una cooperativa edilizia che limiti la possibilità di assumere la qualità di socio ai soli cittadini comunitari, escludendo, quindi, tale possibilità per i cittadini extracomunitari, in quanto tali.

Ancora il **Tribunale di Biella, 2 gennaio 2007** – sul presupposto che le disposizioni di cui agli art. 2 e 41 del d.lgs. n. 286 del 1998 (che sanciscono, rispettivamente, la parità di trattamento tra extracomunitari e italiani ed il diritto al riconoscimento delle prestazioni assistenziali a favore di tutti gli extracomunitari titolari almeno di permesso di soggiorno ultrannuale) esprimono principi generali cui occorre fare riferimento anche nell'interpretazione di norme di legge speciale che attribuiscono misure economiche di assistenza sociale, nelle quali il sostantivo «cittadino» deve pertanto essere interpretato in modo coerente con le predette norme del testo unico – ha dedotto che costituisce comportamento discriminatorio, ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. cit., il diniego da parte del ministero dell'economia e delle finanze di pagare l'assegno previsto dall'art. 1, comma 330, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (c.d. «*bonus bebè*») nei confronti di straniero titolare di permesso di soggiorno ultrannuale, in ragione della mancanza della cittadinanza italiana. Infine, più di recente, il **Tribunale di Milano, 11 febbraio 2008**, ha ritenuto che assume carattere discriminatorio il provvedimento con cui si subordina l'iscrizione del minore extracomunitario alle scuole dell'infanzia all'ottenimento da parte della sua famiglia del permesso di soggiorno. Il carattere discriminatorio, nella specie, è stato individuato in ragione dell'art. 43, comma 2, lett. *c*), del d.lgs. cit., secondo cui «compie un atto di discriminazione [...] chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso [...] all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero [...]». Il presupposto dell'applicazione della disposizione citata consisteva nella discriminazione subita dalla figlia minore della ricorrente, alla quale (in ragione della condizione di irregolarità della madre) veniva impedito l'accesso ai servizi educativi, sebbene fosse beneficiaria di un divieto di espulsione, in base all'art. 19, comma 2, lett. *a*), del d.lgs. cit., e fosse, di conseguenza, titolare di un permesso di soggiorno,

secondo quanto stabilito dall'art. 28, comma 1, lett. a), del d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394.

3. Il limitato riconoscimento dei diritti politici

Per quanto concerne i diritti politici, gli stranieri sono tendenzialmente privi della possibilità di partecipare alla politica nazionale, quanto meno seguendo i canali tradizionali. Sono noti gli interrogativi sollevati in dottrina, e tuttora irrisolti, relativi alla possibilità di estendere, in via interpretativa, agli stranieri i diritti di cui all'art. 49 (diritto di associarsi in partiti politici) ed all'art. 50 (diritto di petizione) della Costituzione, testualmente riservati ai soli cittadini. Il tema che, tuttavia, appare di maggior interesse, anche in ragione della sua attualità, riguarda la configurabilità di un diritto di voto, almeno in determinate consultazioni elettorali.

Quanto al diritto di voto degli immigrati residenti nelle elezioni amministrative, si rammentano due pronunce rese in sede di impugnazione degli Statuti regionali ordinari, ai sensi dell'art. 123 Cost, con le quali la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale concernenti le delibere statutarie della Regione Toscana e, rispettivamente, Emilia-Romagna nella parte in cui prevedono, sia pure nell'ambito delle facoltà che sono loro costituzionalmente riconosciute, l'estensione del diritto di voto agli immigrati residenti (**sentenze nn. 372 e 379 del 2004**).

La Corte ha affermato in entrambe le decisioni che il ruolo di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività, riconosciuto alle Regioni dalla giurisprudenza costituzionale giustifica l'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti delle Regioni, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo, che si esprimono attraverso proclamazioni di finalità da perseguire. A tali enunciazioni, tuttavia, anche se inserite in un atto-fonte qual è lo Statuto regionale, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto. Le norme che si collocano al di fuori

degli ambiti della competenza riservata e specializzata degli Statuti, in definitiva, esplicano una funzione di natura culturale o anche politica, ma non normativa.

Sul tema in oggetto si è più volte pronunciata la giurisprudenza amministrativa.

In materia di elezioni comunali, il **Consiglio di Stato n. 11074/04 (6 luglio 2005)** ha escluso che gli stranieri residenti nel nostro Paese e privi di cittadinanza europea abbiano diritto di elettorato attivo e passivo nelle circoscrizioni comunali, atteso che manca un esplicito riconoscimento del medesimo e posto che l'art. 8 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - che contiene il T.U. degli enti locali - prevede a favore degli stranieri solo la promozione di forme di partecipazione alla vita pubblica locale «che, per quanto ampie, in nessun modo possono riferirsi al diritto di elettorato (attivo e passivo) certo non configurabile nei confronti dei comuni, cui l'art. 8 si riferisce».

Per quanto concerne, in particolare, la partecipazione alle consultazioni referendarie comunali, è da ricordare la posizione della giurisprudenza di primo grado: secondo il **Tar Firenze (Sez. I, n. 316 del 1998)**, è legittima la previsione dello Statuto del Comune di Pisa che ha attribuito agli stranieri e agli apolidi residenti nel comune il diritto di voto nel referendum consultivo comunale.

I Giudici amministrativi hanno, infatti, premesso che “i diritti politici” in senso stretto - oltre al diritto elettorale, quelli di accesso agli uffici pubblici, nonché alle cariche elettive - spettano esclusivamente ai cittadini italiani. Ciò posto, si è sottolineato che, tutte le volte in cui non viene in rilievo quel peculiare collegamento politico, quella partecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico dello Stato, di cui è titolare il cittadino, la condizione dello straniero «non può non essere equiparata a quella di cittadino, secondo un principio di progressiva armonizzazione della condizione dello straniero ai valori costituzionali affermato dalla Corte costituzionale (cfr. sent. 19.1.1995, n. 28) e dalla evoluzione legislativa in materia di estensione della capacità giuridica dei cittadini agli stranieri (cfr. d.d.l. [C 4167] recante modifica dell'art. 48 Cost. per l'attribuzione del diritto di voto agli stranieri nelle elezioni amministrative comunali e provinciali)».

Parimenti, si legge in **Tar Veneto n. 1648 del 2000** che «né il diritto internazionale, né la Costituzione, né le altre leggi dello Stato [...] impongono il

riconoscimento agli stranieri del diritto di partecipare alle consultazioni referendarie», con la conseguenza che rientra «nella discrezionalità della potestà statutaria comunale l'estensione di tale diritto anche agli stranieri».

Il **Consiglio di Stato n. 8007/04 (28 luglio 2004)** ha ritenuto legittimo l'art. 50 dello Statuto del Comune di Forlì che attribuisce il diritto di elettorato passivo ed attivo per i consigli circoscrizionali agli stranieri extracomunitari residenti, posto che tale previsione «è coerente con la legge ordinaria (art. 17 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e non contrasta con i principi costituzionali (art. 48 e 50 Cost.), dal momento che lo straniero è chiamato a far valere le proprie esigenze in forma partecipativa e consultiva in organi sub-comunali e in materia di gestione dei servizi di base». Viceversa, secondo la successiva sentenza **n. 9771/04 (16 marzo 2005)**, «l'ammissione in sede statutaria dei cittadini di Stati non aderenti all'Unione europea all'elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali ed in quelle circoscrizionali costituisce invasione di un'area che la Costituzione riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato»; la pronuncia prosegue escludendo che detto diritto possa farsi discendere dall'art. 9, comma 4, lettera d) del d.lgs. n. 286 del 1998. Quest'ultima norma, nel testo vigente all'epoca, abilitava lo straniero soggiornante nel nostro paese a partecipare alla vita pubblica locale, aggiungendo che lo stesso straniero esercitava anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento ed in armonia con le previsioni del capitolo C della convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992. Peraltro, l'art. 9 citato è stato modificato dal d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, e si limita, ora, a statuire che lo straniero partecipa alla vita pubblica locale, «con le forme e nei limiti previsti dalla vigente normativa» (comma 12).

Infine, il **Consiglio di Stato n. 1842/06 (24 maggio 2006)** ha ritenuto legittimo l'annullamento straordinario da parte del governo «di norme statutarie comunali che consentono l'esercizio del diritto all'elettorato attivo o passivo anche a cittadini stranieri di provenienza extraeuropea o apolidi residenti stabilmente nel territorio comunale, in quanto materia di competenza statale».